

340
R
DONACION

Revista de Ciencias Jurídicas
Universidad de Costa Rica
Facultad de Derecho
Colegio de Abogados
No. 66 - Cuatrimestral
mayo - agosto - 1990 - págs.

I Derecho Revistas

BIBLIOTECA
FACULTAD DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE COSTA RICA

4 DIAS

Hecho el depósito de Ley.

Impreso en Costa Rica.

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

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

0034-7787



CONSEJO ASESOR:

POR EL COLEGIO DE ABOGADOS:

Lic. Carlos Echeverría Perera
Dr. Ovelio Rodríguez León

POR LA FACULTAD DE DERECHO:

Dr. Jorge Enrique Romero Pérez (Decano)
Dr. Víctor Pérez Vargas
Dr. Rodrigo Barahona Israel

IO
RICA

ECIENCIAS JURIDICAS

1990-1990

1990-1990

27 AÑOS



Director y Editor

Dr. Jorge Enrique Romero Pérez

UNIVERSIDAD DE COSTA RICA

FACULTAD DE DERECHO

19 ABR 2012

COLEGIO DE ABOGADOS

REVISTA
DE
CIENCIAS JURIDICAS

66

(1963-1990)

27 AÑOS

SAN JOSE, COSTA RICA

1990

MAYO-AGOSTO



3408
No. 66/1990
REVIS6086

JUNTA DIRECTIVA DEL
COLEGIO DE ABOGADOS

Sistema de Bibliotecas - UCR



REV 156086

1990

- Presidente:
Lic. Alfredo Bolaños Morales
- Vicepresidente:
Lic. Carlos I. Echeverría Perera
- Secretaria:
Licda. Egenery Venegas Villegas
- Prosecretario:
Lic. Juan Casafont Odor
- Fiscal:
Lic. José Manuel Arroyo Gutiérrez
- Tesorero:
Lic. Carlos E. Muñoz Vega
- Vocal 1:
Lic. Oscar Arias Valverde
- Vocal 2:
Dr. Ovelio Rodríguez León
- Vocal 3:
Lic. Federico Sáenz De Mendiola
- Vocal 4:
Lic. Carlos Ramírez Aguilar
- Vocal 5:
Licda. Rosa E. Blanco Matamoros



Nº Inscripción

REVIS6086

BIBLIOTECA
FACULTAD DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE COSTA RICA

"SALE POR 8 DIAS"

U. G. R.
BIBLIOTECA DERECHO
* 19 NOV 2012 *
1 474 470 (02)
CIRCULACION

o:
guez
as
:
l:
ntil:
ón:
o:
o Pérez
erecho:
gaciones Jurídicas:
ez Boza
s de Posgrado:
Editorial:
guez

SIBDI SISTEMA DE BIBLIOTECAS DOCUMENTACIÓN E INFORMACIÓN
UNIVERSIDAD DE COSTA RICA
VICERRECTORÍA DE INVESTIGACIÓN

PRESENTACION

En este número se publican estudios en los campos del Derecho Constitucional, Parlamentario, Penal, Ambiental, Internacional, Económico y sobre la Contratación Administrativa. Además se edita una importante reseña bibliográfica.

Esta Revista es un homenaje a los 50 años de fundada nuestra Universidad

El director y editor

CINCUNETENARIO UNIVERSIDAD DE COSTA RICA

Palabras del Licdo. Alfredo Bolaños Morales*

Presidente del Colegio de Abogados
de Costa Rica

* Discurso pronunciado el 25 de mayo de 1990, con motivo de la celebración del día del Abogado.

Señor Segundo Vice-Presidente de la República
Lic. Arnoldo López Echandi

Señor representante del señor Presidente de la Asamblea Legislativa.
Lic. Ovidio Pacheco Salazar

Señor Presidente Interino de la Corte Suprema de Justicia
Lic. Edgar Cervantes

Señor Presidente Interino del Tribunal Supremo de Elecciones
Lic. Enrique Meza

Lic. Fernando Volio Jiménez, Premio Fernando Baudrit Solera 1990.

Estimados abogados que celebran este año sus 50 y 25 años de ejercicio profesional.

Colegas y amigos,

señoras y señores:

Quiero iniciar estas palabras leyendo un pensamiento, lleno de esperanza, de la gran escritora chilena Gabriela Mistral, que recientemente leí en una publicación costarricense, el cual dice:

“Hay la alegría de ser sano y la de ser justo, pero hay, sobre todo, la hermosa, la inmensa alegría de servir ¡Qué triste sería el mundo si todo en él estuviera hecho, si no hubiera un rosal que plantar, una empresa que emprender! Que no te llamen solamente los trabajos fáciles. ¡Es tan bello hacer lo que otros esquivan! Donde hay un árbol que plantar, plántalo tú, donde haya un esfuerzo que todos esquiven, acéptalo tú

sé tú el que aparte la piedra del camino, el odio entre dos corazones y los obstáculos de un problema. Aquel que critica es el que destruye; tú sé el que sirve”.

Cada año, con motivo de la celebración del Día del Abogado, nos reunimos en esta sede de nuestro querido Colegio de Abogados, damos gracias al Creador e invocamos la memoria de los abogados que han fallecido.

También por medio del Colegio, todos los abogados hacemos un reconocimiento a los estimables colegas que cumplen 50 y 25 años de ejercicio profesional y la entrega del Premio Fernando Baudrit Solera. Todos ellos Jueces, funcionarios públicos y abogados litigantes, que por muchos años se han dedicado a ejercer la profesión, logrando cumplir etapas de sus vidas que merecen todo nuestro respeto y consideración. Hoy una vez más nos regocijamos, uniendo nuestros espíritus con quienes reciben este año el homenaje del Colegio.

Es oportunidad propicia, al cabo de tantos años de ejercer la profesión en los diferentes campos en que puede desempeñarse el abogado, para reflexionar sobre nuestras vidas. Y cada vez con más orgullo nos convence la idea de que el mayor tesoro que un hombre, y precisamente un abogado, puede guardar para siempre, es mantener su frente muy en alto y poder mostrar sin reticencias a sus hijos, a sus nietos y a las nuevas generaciones, una trayectoria limpia que se estampa en las huellas que deja nuestra vida, cuando se ha cumplido bien la misión que el destino nos impuso. Podríamos crear fortuna y heredar bienes, los cuales fácilmente pueden perderse. Pero el recuerdo que deja un hombre de bien, perdura.

Reciban todos ustedes, queridos colegas homenajeados en esta tarde, el abrazo cálido de reconocimiento de su Colegio profesional y que Dios les dé muchos años más de vida con salud para culminar su misión en la vida.

No podemos dejar pasar esta oportunidad sin hacer algunas reflexiones de carácter general, acerca de la función que un colegio profesional y en especial el Colegio de Abogados de Costa Rica, debe cumplir en los años que faltan de este siglo y en la perspectiva hacia el inicio del siglo XXI.

Hace casi diez años, en 1981, el Colegio de Abogados cumplió cien años de existencia. Cien años que permitieron a los abogados de Costa Rica desempeñar un papel beligerante y de gran importancia para forjar la patria que hoy tenemos. Durante todo un siglo los abogados costarricenses se mantuvieron activos, con un paso lento y firme, participando en la construcción de una democracia que ha logrado madurar dando ejemplo al mundo. Es

3404
No. 66/1990
REV 156086

cierto que todos los acontecimientos históricos de la época del Descubrimiento de América, la Conquista y la Independencia, dieron al costarricense una forma de actuar y de pensar con importantes diferencias en relación con otros pueblos de América. Estas circunstancias, dichosamente, han sido para bien de nuestras vidas. En toda esa época, la patria costarricense con un marco jurídico que hicieron brillar distinguidos miembros de este Colegio de Abogados, se fue formando en el crisol del derecho y moldeándose como la obra que, en forma lenta y paciente, logra el artista como manifestación de su espíritu.

En aquella fecha del año 1981 tuve el honor y el gusto de formar parte de la Junta Directiva de este Colegio. Celebramos los cien años y aún sentíamos con mayor fuerza, la presencia y gran influencia de toda esa época de oro para la institucionalidad costarricense.

En dicha celebración el ilustre ciudadano y abogado costarricense, de grata memoria, Lic. Luis Demetrio Tinoco expresó:

“Al volver la vista al pasado luminoso de nuestro colegio, se siente el peso de un compromiso ineludible que nos impulsa a no desmerecer de ese pasado, a superar si es posible sus esfuerzos por encontrar en cada etapa de la historia de Costa Rica las fórmulas vitales que aseguren la convivencia de los hombres y respondan a los ideales de justicia en esta tierra tan amada”. “Ejemplo y tradición, dice en una de sus brillantes obras Alfonso García Valdecasas, es lo que hace posible que haya progreso en la historia humana”. El ejemplo y la tradición que nos lega la historia del colegio, que hoy comienza a marchar por el segundo siglo de su vida, es prenda segura de que mientras exista la corporación mantendremos encendido —de eso estoy seguro— el fuego del culto a esa tradición que nos habla de afán de estudio, de amor a la patria, de esfuerzo por hallar la verdad y servir a la justicia. Que nuestro gremio, como dijo el Canciller D’Agnesseau en 1963 “es tan antiguo como la magistratura, tan noble como la virtud y tan necesario como la justicia”.

Hoy, casi diez años después, el Colegio de Abogados tiene aproximadamente cinco mil colegiados. En 1981 tenía alrededor de dos mil quinientos. Este simple dato numérico es una muestra de un crecimiento violento y desproporcionado en relación con el primer siglo de existencia del Colegio. El fenómeno se manifiesta en muchos otros campos del quehacer humano y notamos con preocupación como ha cambiado el ritmo y la velocidad de la vida en los últimos diez años. Hoy día los protocolos se llevan a máquina y las escrituras y los documentos se archivan en las memorias de



las computadoras. Ya las estamos viendo en los escritorios de algunas oficinas judiciales, donde todavía los expedientes se guardan en largas estanterías y se amarran con el clásico mecatito de hace más de cien años.

Las comunicaciones y los medios de transporte nos permiten acortar las distancias. El FAX nos coloca la fotocopia de un documento, que hoy se firmó en Europa o en Asia, en pocos minutos en nuestro escritorio. Cada día que pasa nos da la impresión de que ser buen abogado en muchos aspectos es ser muy veloz.

Creemos que en alguna medida como país, como sociedad, nos han hecho madurar en un invernadero, en el cual se controla la temperatura y la luz para producir más y supuestamente mejores productos. Nos ahoga irremediamente el consumismo y el lujo. De ninguna manera podríamos nadar contra corriente y pretender hacer resistencia a todo ese progreso que nos invade y que a veces nos abrumba un poco, a tal punto que deseamos, al igual que los norteamericanos y los europeos que huyen de las grandes ciudades, irnos a una playa o a una montaña solitaria a pensar, a gritar un poco y a tener ese contacto con la naturaleza y con un ambiente que cada día perdemos más por la propia acción autodestructiva del hombre.

Tenemos así un panorama que nos obliga a meditar, a hacer un alto en el camino y replantearnos la función que hoy y para el futuro corresponde a los profesionales, y en el caso concreto a los abogados, a nuestro Colegio y a las instituciones que han sido el soporte esencial de nuestra democracia.

En los últimos años se han hecho esfuerzos por distinguidos jóvenes juristas costarricenses, sobre la modernización del derecho en sus conceptos más amplios, estudiando con interés y responsabilidad instituciones fundamentales del derecho público, del derecho civil, del derecho de familia, del derecho penal, del derecho comercial y otras disciplinas. En el contexto de la vida actual, ya no es necesariamente motivo de preocupación, que alguien corte las líneas de comunicación de un aparato transmisor o que exista un mal tiempo o una tormenta que nos impida comunicarnos con otras partes del mundo, por cuanto las comunicaciones son inalámbricas y el satélite nos manda con facilidad las imágenes de lo que está pasando en cualquier parte. El derecho tiene que ocuparse de toda esa actividad casi extraterrestre, para regular nuevas materias de gran influencia e importancia en la vida del hombre en sociedad, verbigracia el derecho espacial.

A pesar de todas esas maravillas del mundo actual, nos preguntamos cuál hombre fue, es o será más libre, el del siglo XVIII, el del siglo XX o el del siglo XXI. Cuando buscamos respuestas caemos necesariamente en el campo de las ideas filosóficas y terminamos filosofando sobre el hombre, la vida, la libertad y sus valores.

Creemos esperanzados que la experiencia y madurez de los viejos, unidas a la capacidad, a los nuevos conceptos de vida y la energía de tantos jóvenes que hoy pertenecen al Colegio de Abogados y que forman una im-

portante fuente de acción de nuestra sociedad, permitirán, al igual que en aquel pasado que muchas veces añoramos, acrisolar también una sociedad más justa y equilibrada, que dé igualdad de oportunidades a todos y que haga brillar en el mundo moderno, aquellos tres principios de Ulpiano: "VIVIR HONESTAMENTE, NO PERJUDICAR A LOS DEMAS Y DAR A CADA CUAL LO SUYO". Principios que, por su sabiduría y alto contenido de espíritu humano, se mantienen vigentes desde el digesto del derecho romano hasta nuestra época.

Considerando nuestras reflexiones anteriores, en las que he tratado aunque en forma somera de expresar inquietudes, creo que el Colegio de Abogados en un próximo Congreso Jurídico, y sin perjuicio de lo que podamos ir haciendo en el camino, debe avocarse al estudio y discusión de temas fundamentales sobre el reto que nos presenta el crecimiento y los acelerados procesos de cambio de los últimos años y que cada día se dan con mayor celeridad. Es una responsabilidad ineludible que nuestra generación debe afrontar con decisión y valentía para lograr los cambios oportunos y estar preparados para el futuro.

Muchas gracias

EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD EN COSTA RICA

Lic. Eduardo Ortiz Ortiz
Especialista en Derecho Público
Abogado costarricense

La Corte Suprema de Justicia Nacional	21
El Poder Judicial de la Federación de los EE.UU.	23
El Poder Judicial de los Estados Unidos de México	24
El Poder Judicial de la Federación de México (1933)	26
El Poder Judicial de la Federación de México (1935)	29
El Poder Judicial de la Federación de México (1938)	31
El Poder Judicial de la Federación de México (1940)	33
El Poder Judicial de la Federación de México (1945)	35
El Poder Judicial de la Federación de México (1950)	36
El Poder Judicial de la Federación de México (1955)	38
El Poder Judicial de la Federación de México (1960)	40
El Poder Judicial de la Federación de México (1965)	42
El Poder Judicial de la Federación de México (1970)	44
El Poder Judicial de la Federación de México (1975)	46
El Poder Judicial de la Federación de México (1980)	48
El Poder Judicial de la Federación de México (1985)	50
El Poder Judicial de la Federación de México (1990)	52
El Poder Judicial de la Federación de México (1995)	54
El Poder Judicial de la Federación de México (2000)	56
El Poder Judicial de la Federación de México (2005)	58
El Poder Judicial de la Federación de México (2010)	60
El Poder Judicial de la Federación de México (2015)	62
El Poder Judicial de la Federación de México (2020)	64
El Poder Judicial de la Federación de México (2025)	66

El Poder Judicial de la Federación de México (2025) es el resultado de un proceso de reforma judicial que busca fortalecer la independencia y la imparcialidad del Poder Judicial de la Federación de México, así como mejorar la eficiencia y la transparencia de su gestión. Este proceso incluye la creación de un Consejo de la Judicatura Federal, la modificación de la estructura orgánica del Poder Judicial de la Federación de México, y la implementación de medidas de control de constitucionalidad que aseguren el cumplimiento de los principios de legalidad y justicia.

INDICE*

	Pág.
A) Los antecedentes históricos de nuestra constitución	21
1. Las teorías de Derecho Natural	21
2. El derecho natural revolucionario de los EE.UU.	23
3. Los precedentes judiciales de Marbury vs. Madison	24
4. Marbury vs. Madison (1803)	26
5. Los rasgos consolidados del sistema norteamericano	29
6. Las singularidades de la justicia constitucional	31
7. El modelo europeo	33
B) La jurisdicción constitucional en Costa Rica	36
I. Antecedentes nacionales	36
II. El sistema vigente	38
1. El artículo 10 de la Constitución Política	38
2. La Corte Suprema de Justicia	40
3. La jurisdicción contencioso-administrativa como jurisdicción de constitucionalidad	41
4. El régimen de la justicia constitucional impartida por la Corte Suprema	43
5. El régimen de la justicia constitucional impartida por la jurisdicción contenciosa	45

* Cuando este artículo estaba en prensa se reformó el art. 10 de la Constitución Política de Costa Rica, creando una nueva Sala Constitucional, que es la cuarta de la Corte Suprema de Justicia, para concentrar en ella toda la justicia constitucional, de hábeas corpus y de amparo, que así deja de pertenecer a la Corte Suprema en pleno y a la jurisdicción contencioso-administrativa. El artículo se publica, ello no obstante, por su contenido teórico y por tener una descripción del sistema anterior a la reforma dicha con un eventual valor histórico.

C)	Evaluación de la justicia constitucional costarricense	46
1.	El órgano	46
2.	La materia	47
3.	La legitimación	47
4.	El contenido del fallo	47
5.	Efecto temporal del fallo estimatorio	47

EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD EN COSTA RICA

El control de constitucionalidad es la potestad jurisdiccional para establecer y declarar la relación entre la constitución y todos los demás actos del poder público, con el fin de mantener y hacer efectivo su rango como norma suprema del ordenamiento. En cuanto norma suprema, la Constitución tiene antecedentes ilustres, sobre todo en el Derecho Natural y en sus doctrinas.

A) Los antecedentes históricos de nuestra Constitución

1. Las teorías del Derecho Natural

Estas son muy antiguas y remontan a los griegos, principalmente a los sofistas y estoicos.⁽¹⁾ Desde entonces el Derecho Natural es el impuesto por la razón con vista de la realidad social, por contraposición con el derecho decretado por los gobierno, que está sujeto al primero, contra el cual resulta impotente y nulo. Sin embargo, y a lo que toca al concepto de constitución, su formulación mas próxima e importante ha tenido lugar en la Inglaterra de los siglos XVI y XVII.

Sir Edward Coke fue Chief Justice de los tribunales ingleses y después parlamentario y desde ambas sedes combatió el poder absoluto, afirmando la existencia de un Derecho consuetudinario, conforme con la naturaleza de las cosas, superior al decretado e imperativo frente a todas las autoridades, Rey y Parlamento. En 1608 y 1609 (casos Calvin y Bonham) sostuvo esa supremacía del Derecho común sobre el decretado aún frente al Parlamento y declaró la existencia de un poder jurisdiccional para anular la ley cuando "fuese contraria a los derechos o a la razón, o repugnante o de imposible ejecución". El Dr. Bonham –juzgado y condenado penalmente por quienes tenían interés directo en el asunto– salió libre.⁽²⁾ Pero esta doctrina se perdió en Inglaterra, que después mantuvo la soberanía absoluta del Parlamento, y sólo sobrevivió en EE.UU., donde se convirtió en la justificación de la revolución de independencia. Sin embargo influyó en John Locke.

- (1) Mauro Cappelletti, Il controllo giudiziario di Costituzionalita delle Leggi nel Diritto Comparato, Giuffrè, Milano, 1972, págs 32 y 33.
- (2) Catherine Drinker Bowen, The Lion and the Throne, Atlantic-Little, Brown, Boston, 1957, págs. 315 y 316.

Locke (1632-1704) sostuvo –en reacción con el absolutismo preconizado por Hobbes (1578-1679)– que el poder público deriva de un consenso de la comunidad para proteger la libertad, la propiedad y la seguridad, a las que el pueblo no renuncia ni puede renunciar, por ser derechos congénitos y fundamentales para una vida con dignidad. La ley y el gobierno sufren límites puestos por la razón, cuya voz son los jueces del Derecho consuetudinario; tiene que respetar aquellos tres derechos que nacen con el hombre; los límites puestos por su poder por el pueblo y expresados en el Derecho consuetudinario; la prohibición de la arbitrariedad; el carácter electivo del Parlamento y sus leyes como directa expresión del pueblo, y la necesaria división de poderes, en un juego de frenos y contrapesos.

En Francia fue la realidad política, más que las teorías, lo que dio vigencia al Derecho Natural, superior a la ley decretada: fueron los famosos Parlamentos, tribunales regionales de nobles, encargados hereditariamente de oír quejas y juicios en última instancia, sobre todo contra los decretos del Rey, que juzgaban –para admitirlos y registrarlos como válidos, o para vetarlos– de conformidad con la existencia de “leyes fundamentales” del Reino, fuera del alcance del Rey y contra las cuales éste era impotente. Fueron los graves conflictos que ello originó con el gobierno real, lo que determinó a la Asamblea Constituyente en 1790 a crear la separación rígida entre éste y el Poder Judicial y entre jueces judiciales ordinarios y jueces administrativos nombrados por el gobierno, como es todavía hoy tradición en Francia.⁽³⁾ Pero esto también se perdió después, con el dogma revolucionario de la soberanía de la Asamblea Nacional como único verdadero representante de la Nación, a través de la ley, el acto supremo e ilimitado del ordenamiento, aunque simbólicamente subordinado a la constitución. Los franceses no han podido superar esta trampa ideológica ni aún después de dos siglos de constitucionalismo y todavía hoy la constitución de 1958 no sólo no contempla el Poder Judicial sino que tampoco admite otro control de constitucionalidad de la ley que no sea el preventivo, anterior a su promulgación y parte del procedimiento para dictarla, con alcance muy limitado e inefectivo, pese a la ardiente defensa que del mismo hacen los franceses, siempre víctimas de este atavismo normativo.⁽⁴⁾

(3) Jacques Chavalier, *L'Elaboration historique du principe de separation de la jurisdiction administrative et de l'administration active*, Librairie Generale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1970, págs. 43 a 49, esp. 47 a 49.

(4) Louis Favoreu, *Le Controle Jurisdictionnel des Lois*, Economica, Paris, 1986, págs. 50 a 54.–Pero es importante hacer notar que lo dicho está muy lejos de un Estado francés gobernado por la arbitrariedad de los hombres y no por el im-

2. El derecho natural revolucionario de los EE.UU.

En EE.UU. los colonos sometidos al poder real estaban en realidad, obligados por una ley superior a la de ellos, la ley del Parlamento inglés, que terminaron desconociendo. Por otra parte, su gobierno se fundaba en una Carta otorgada por la Corona, que hacía las veces de ley fundamental de cada colonia. Estas Cartas contemplaban normalmente un gobierno compuesto por un Gobernador inglés y por una Asamblea de criollos, que dictaba las leyes. Poco a poco se produjo un enfrentamiento entre estas Asambleas popularmente electas y el Gobernador, en forma muy parecida a la lucha entre Parlamento y Rey en Inglaterra. Los colonos revivieron la idea del Derecho Natural superior al Parlamento inglés y a sus leyes, invocada primeramente por Coke, y pretendieron un gobierno propio y electivo, autor de una legislación autónoma. Fue la época de los panfletos contra la Corona y el Parlamento inglés, entre los cuales destaca uno, llamado: “Humble Enquiry”, de un agudo ministro protestante Johan Joachin Zubly, que ya en 1769 sostuvo la existencia de una Constitución, entendida como la consagración de las reglas fundamentales de una comunidad, superior a la ley del Parlamento inglés, y hasta argumentó, con gran sentido profético, que esa Constitución debía ser escrita

perio impersonal de la ley. El rechazo que Francia ha hecho del control de constitucionalidad viene determinado precisamente por el culto a la ley y a la supremacía institucional de la Asamblea Nacional, heredera de las que llevaron a cabo la Gran Revolución; ahí donde cesa la ley en Francia, entra el control de constitucionalidad en contra de la administración, entra la magna e ilustre obra jurisprudencial del Conseil d'Etat, el constructor del Derecho Administrativo y también Juez de la Constitucionalidad de los actos de la Administración desde principios de siglo. Y con la Constitución francesa de 1958, donde por vez primera se convierte a la Administración en legisladora normal y a la Asamblea Nacional en legisladora de excepción, sobre materia tasadas por el art. 34, no sólo se amplía el control de constitucionalidad a gran cantidad de reglamentos autónomos –que ahora constituyen la ley en materias que antes le pertenecían– sino que se debilita sustancialmente la posición de la Asamblea Nacional y se ponen las bases para lo que puede llegar a ser –deshecho el mito de la ley como acto supremo– un verdadero control de legitimidad constitucional. Es natural, por ello, que el art. 56 de la misma Constitución cree el Conseil Constitutionnel, el primer tribunal que, en la historia de Francia, puede declarar la inconstitucionalidad de una ley, si bien antes de su sanción y promulgación, impidiéndolas e impidiendo su aplicación. El Conseil Constitutionnel es de única instancia.

y "obra de todos", no sólo no impuesta por el Rey sino adoptada por todo el pueblo.⁽⁵⁾

Cuando vino la independencia, cada colonia se dio su Carta o Constitución propia, inmediato antecedente de la actual Constitución de los EE.UU. Ya entonces el pueblo de las colonias, que pasó a serlo de la Federación, estaba acostumbrado no sólo a la idea de soberanía popular y de sus límites racionales, sino también a la idea de una norma fundamental, escrita y dictada por el pueblo o por sus representantes, superior a la ley ordinaria y fuente de toda la organización social. Este juego de principios fue sustentado en la disputa N° 78 de El Federalista, por Madison, quien además, propuso en el seno de la Convención Constituyente la creación de un comité, formado por el Poder Ejecutivo y el Judicial, que pudiera vetar las leyes por razones de inconstitucionalidad, lo que finalmente fue rechazado, aún después de que Madison propusiera otorgar tal atribución a la Corte Suprema como tal. De ahí, y como freno y contrapeso sustitutivo, nació la idea del veto presidencial contra las leyes, aún por razones de inconstitucionalidad, tal y como está consagrada hoy.⁽⁶⁾

3. Los precedentes judiciales de Marbury vs. Madison

Improvisados historiadores suelen sostener, fuera de EE.UU., que Marbury vs. Madison fue el precedente creador del control de constitucionalidad de las leyes por la Corte Suprema de Justicia. Es inexacto, pues Marbury tiene precedentes. En Hayburn's (1792) un Juez federal rechazó por inconstitucional la aplicación de una ley que le permitía al Ministro de Guerra no registrar, para efectos de pensión, a quien era veterano inválido, sobre la base de las pruebas previamente recibidas por el Juez federal y de pronunciamiento favorable de éste. El Juez federal alegó que ello violaba la independencia del Poder Judicial y, ex officio, envió a la Corte Suprema sus explicaciones al respecto, que fueron acogidas por ella, declarando inconstitucional la ley. Pero hoy es dudoso si el fundamento de la decisión final fue, o no, el hecho de no existir un verdadero litigio, por la actuación ex officio del Juez federal.⁽⁷⁾ Más claro es el caso Ware vs. Hilton (1796). En éste, la Corte

(5) Bernard Bailyn, *The Ideological Origins of the American Revolution*, Harvard University Press, Cambridge, EE.UU., 1980, págs. 169 y 1881.

(6) C. Hermann Pritchett, *Constitutional Law of the Federal System*, Prentice Hall, New Jersey, 1984, vol. I, pág. 149.

(7) David P. Currie, *The Constitution in The Supreme Court*, The University of Chicago Press, Chicago, 1985, págs. 7 y 8.

Suprema declaró inconstitucional una ley estadual de Virginia, que permitía a los deudores de acreedores británicos liberarse pagando, en su lugar, a aquel Estado, contra lo que posteriormente dispuso el tratado de paz entre Inglaterra y los EE.UU. (1783), al garantizar a los dichos acreedores la inexistencia de impedimentos legales en EE.UU. para el pleno cobro de sus créditos.⁽⁸⁾ Aquí quedó sentado que las leyes estaduales —como la de Virginia— podían ser anuladas por la Corte Suprema. Y en *Calder vs. Bull*, (1798) la Corte Suprema sostuvo que era constitucional una ley de Connecticut impugnada como retroactiva, por haber ordenado se abriera nuevamente un proceso sucesorio ya fallado y fenecido. Nuevamente se ejerció aquí el control de constitucionalidad sobre leyes estaduales —no federales— sin justificar por qué.⁽⁹⁾ *Calder* confirma *Ware* y, por ahí, carece de importancia, excepto por sus Considerandos, que enfrentaron dos concepciones diferentes del Derecho Constitucional aplicable, las de los Magistrados Chase y Iredell. Dijo Chase con lenguaje que recuerda a Coke:

"Hay ciertos principios vitales en nuestros libres gobiernos republicanos que condicionan un abuso grave y manifiesto de la potestad legislativa... Un acto legislativo (que no podría llamar una verdadera ley) contrario a los grandes principios del conglomerado social, no puede ser considerado un legítimo ejercicio de la autoridad legislativa".⁽¹⁰⁾

En abierta oposición, pero concurriendo en cuanto al voto final, dijo el Magistrado Iredell:

"pese a ciertos especulativos juristas, esta Corte no puede declarar nula una ley —federal o local— meramente porque es, a su juicio, contraria a los principios del Derecho Natural. Y por una razón: porque las reglas de la justicia natural no están sujetas a ninguna medida y —de admitirse— serían una licencia para que los jueces pudiesen anular cualquier ley en discrepancia con ellos".⁽¹¹⁾

Pero ya desde 1796 la Corte Suprema —nuevamente sin hacerse problema del asunto ni darle explicaciones del fallo— había confirmado una ley federal —ya no estadual— impugnada por inconstitucional. En *Hilton vs.*

(8) Currie, op. cit. págs. 38 a 41.

(9) Currie, op. cit. págs. 41 y stes.

(10) Currie, op. cit. pág. 46.

(11) Currie, op. cit. pág. 47.

United States, la Corte lo sostuvo así frente a una ley del Congreso, creadora de un impuesto sobre coches y carruajes, siete años ante de Marbury. ⁽¹²⁾

4. Marbury vs. Madison (1803)

Resulta superfluo contar de nuevo la historia del caso, en todos sus detalles. Un juez de paz —Marbury— nombrado por un gobierno —como puede hacerlo el Presidente en los EE.UU.— requiere se le dé el nombramiento escrito por el gobierno sucesor, para tomar posesión de su cargo. El nuevo gobierno lo niega y el Juez pide a la Corte Suprema directamente —y no por vía de apelación— ordenarle la entrega del nombramiento, sobre la base de una ley federal que otorgaba a la Corte la potestad de dar tales órdenes a cualquier funcionario de la Federación. En lugar de ello la Corte anula la ley, invocando que esta viola el art. III, párrafo segundo in fine de la Constitución, según el cual la Corte sólo puede actuar en única instancia —y no como tribunal de apelación— en casos determinados, en ninguno de los cuales encaja la petición de Marbury. Los razonamientos para explicarlos fueron redactados por el entonces Presidente de la Corte, John Marshall, y todavía suscitan perplejidad en la doctrina norteamericana. Pero es indudable, por todo lo expuesto, que aquí no se trataba de una invención de Marshall, quien más bien se hizo discípulo de una tradición doctrinaria y jurisprudencial ya muy consolidada. El razonamiento de Marshall está anticipado por Madison en su *Federalista*. Es sencillo: para fallar el Juez —cualquier Juez— tiene que aplicar la ley y para ello le exige —como parte necesaria de su tarea— escoger cual es la aplicable, cuando hay más de una. No hay duda de que el Juez tiene que escoger la superior, cuando la otra es inferior. No hay duda de que la Constitución es suprema, por lo que siempre ha de prevalecer sobre cualquier ley que se le oponga, para lo cual el Juez debe poder declarar ésta nula, por inconstitucional. Caso opuesto, la ley pasaría encima de la Constitución y ésta no sólo sería superior sino que sería inferior, con claudicación de todos los límites constitucionales sobre la potestad legislativa, que se convertiría en absoluta y omnipotente. La única alternativa abierta al Juez para evitarlo es anular la ley inconstitucional.

Algunos distinguidos constitucionalistas norteamericanos encuentran débil el anterior razonamiento. Se ha dicho, no sin razón, que había múltiples motivos de índole positiva, radicados en el texto de la Constitución y de la ley anulada, que hacían jurídicamente posible otro pronunciamiento. Un autor sostiene que la ley declarada inconstitucional, leída en un conjunto, hubiese

(12) Currie, op. cit. pág. 31.

permitido concluir en que era constitucional, porque de su texto se desprendería que el “writ of mandamus” solicitado por Marbury sólo podía otorgarse a través de una apelación y no —como lo afirmo y lo aseguró Marshall— en sede de jurisdicción original. Por otra parte, el art. III, párrafo segundo de la Constitución —que Marshall declaró violado— permite excepciones legales a la jurisdicción por apelación de la Corte Suprema y una de ellas pudo ser precisamente la de conferirle a esta jurisdicción original en una materia en la que, de otro modo, hubiese tenido jurisdicción por apelación. Y, en todo caso, la norma constitucional pudo leerse como si contemplara un “mínimo” de casos pertenecientes a la jurisdicción original de la Corte, sin perjuicio de que la ley la ampliara, a la inversa de lo sostenido por Marshall.⁽¹³⁾ La ley pudo leerse igualmente en el sentido de que el writ of mandamus podía otorgarse cuando ello procediera tanto en la jurisdicción original como en la de apelación, no cuando ello fuera improcedente.⁽¹⁴⁾ El art. VI de la Constitución, invocado por Marshall, declara como suprema no sólo la Constitución sino también la ley federal, de donde resulta claro que su intención es subordinar a ésta la ley estadual, no la federal a la constitucional. Y si el control de constitucionalidad es parte de toda jurisdicción, el que lleva a cabo la Corte Suprema en vía de apelación es superfluo, porque bastarían con el que realizan los tribunales inferiores, que también tienen y ejercen jurisdicción.⁽¹⁵⁾ No sólo eso: en un sistema de división de poderes, no es repugnante a la Constitución el que cada uno controle sus propios actos y que el Congreso resuelva sobre la constitucionalidad de las leyes federales que dicta, sin interferencias del Poder Judicial.⁽¹⁶⁾ Aquí diríamos que en un sistema así el control de un Supremo Poder sobre los actos de otro existe en la estricta medida en que la Constitución se lo confiera, fuera de la cual no existe. No hay controles inherentes ni implícitos de un Poder sobre otro si hay división constitucional de Poderes. Y lo prueba la historia: Francia — la cuna más vieja del constitucionalismo, después de los EE.UU.— tiene control de la constitucionalidad sólo desde la Constitución de 1958 y, entre tanto, sobrevivió sin ella como Estado de Derecho.

Esto debe resaltarse como un principio general de los ordenamientos codificados, como el de Costa Rica: la jurisdicción se otorga y se regula por atribución, que necesariamente comprende límites por materia y personas (arts. 152 y 153 Constitución Política). Una jurisdicción sólo puede ser creada

(13) Currie, op. cit. págs. 68 y 69.

(14) Pritchett, op. cit. págs. 153 y 154.

(15) Currie, op. cit. pág. 74.

(16) Lawrence Tribe, *American Constitutional Law*, The Foundation Press, New York, 1978, pág. 22.

por la Constitución o por la ley ordinaria, expresa o inequívoca, y sólo existe cuando existe esa norma expresa o inequívoca que la contemple. Antes de 1949 nunca tuvimos las jurisdicciones de amparo ni contencioso-administrativa, que en ese año crearon los arts. 48 y 49 de la Constitución. Imposible haber llegado a ellas por la vía meramente jurisprudencial.

Y, sin embargo, la enseñanza inmortal de Marshall está en tres afirmaciones capitales: que la Constitución es norma suprema directamente aplicable a casos concretos, no mera formulación de ideales o programas; que toda jurisdicción ordinaria, sin otras excepciones que la que introduzcan la Constitución o la ley, contiene por principio general la potestad de aplicar la Constitución, para confirmar o anular actos con base a ella; y que esta potestad —eventualmente anulatoria— es el único medio de mantener viva la Constitución y sus límites sobre el poder público.

De estas tres afirmaciones de principio nuestra cultura jurídica acepta claramente la primera y la última; histórica y constitucionalmente ha rechazado la segunda. Nadie niega que la Constitución es norma aplicable y suprema y que sólo su aplicación por un Juez puede salvar su vigencia y su eficacia. Pero nunca un Juez costarricense ha intentado hacer justicia constitucional sin un texto expreso —constitucional o legal— que se lo permitiera. La creación jurisprudencial de la jurisdicción constitucional —estilo Marshall— habría abortado casi seguramente en la jurisdicción penal, como un abuso delictuoso de poder.

Por lo demás, al jurista costarricense no le impresionan —como investigador— las objeciones doctrinarias contra los razonamientos de John Marshall, que son, en el fondo, contra la justicia constitucional impartida por la Corte Suprema de los EE.UU. Entregar al Congreso el control de constitucionalidad sobre sus propias leyes montaría a un verdadero fraude en su favor, pues no hay auto-control efectivo en el uso del poder público. El único control público posible es el externo y específicamente el ejercido por un Juez. El control jurisdiccional es impartido por un tercero independiente de las partes y, por ello mismo, imparcial, dedicado por ley a mantener la Constitución. Y si es la Constitución la que confiere tal misión, es también el pueblo, a través del Constituyente. Desde este ángulo la justicia constitucional luce más bien como el órgano democrático por excelencia, porque es el encargado por la Constitución de desentrañar su sentido al hilo de los cambios políticos y sociales, para hacer prevalecer los valores fundamentales del sistema político y social que ella crea.⁽¹⁷⁾ Por su medio tales valores su-

(17) Para una aplicación de lo que tales valores son y significan, véase Gregorio Peces Barba, *Los valores Superiores*, Tecnos, Madrid, 1984, págs. 38, 51, 70, 72, 93, 94.

premos no sólo se esclarecen, determinando nuevas consecuencias según los hechos del problema que la norma controlada trata de resolver, sino que, simultáneamente, se mantienen por encima de los vaivenes de las mayorías partidistas, que, de otro modo, harían el significado de la Constitución servil de sus pasajeras conveniencias o la “usarían como pelota de fútbol” en el juego político.⁽¹⁸⁾ Mantener los ideales y valores de la Constitución, diciéndole al pueblo cuándo están en peligro y cómo deben entenderse en cada conflicto político o social que los amenace, es lo mismo que educarlo para que los respeten y mantener la unidad del sistema por la lucidez de las coincidencias en ese mismo respeto. Es un hecho, por todo ello, que el control de constitucionalidad es una de las funciones esenciales y decisivas de la colectividad, un fenómeno de impacto político indudable y, por ahí, un tipo de justicia muy especial. Todo lo cual tiene grave importancia en la configuración de los otros modelos de justicia constitucional existentes y también del que tenemos aquí.

5. Los rasgos consolidados del sistema norteamericano

Estos rasgos esenciales son todos muy claros y se resumen todos en la regla de que la justicia constitucional es justicia común y sujeta a las reglas procesales normales de la jurisdicción ordinaria, por importantes que sean el contenido de las normas aplicables o los problemas por resolver. De conformidad, el control de constitucionalidad lo puede llevar a cabo cualquier Juez a cualquier nivel, hasta que el asunto acceda a la Corte Suprema por vía de apelación ordinaria, si se la otorga la ley federal, que también puede negársela. Quien impugne deberá tener legitimación (*standing*), por la titularidad de un interés o de una expectativa suficientemente fundados en los hechos del juicio. Este deberá referirse a un conflicto actual entre partes o, al menos, a una razonable disputa entre ellas sobre la interpretación de la Constitución, pues también se admiten los procesos declarativos (con exclusión de las consultas, dado que la Corte Suprema, según su jurisprudencia inicial, no tiene función asesora). El fallo estimatorio es declarativo —no constitutivo— de la inconstitucionalidad de la norma o acto impugnados, por violación de la Constitución, y surte efecto sólo en el proceso, dentro del cual la norma se desaplica, pero la regla del “*stare decisis*” (según la cual los fallos de un tribunal

(18) La frase es de Karl Lowenstein, *Teoría de la Constitución*, Ariel, Madrid, 1965, págs. 199 y 205. Véase al respecto también Eduardo García de Enterría, *La Constitución como norma y al Tribunal Constitucional*, Civitas, Madrid, 1982, págs. 188 y 189.

superior obligan la jurisprudencia de los inferiores) los extiende a todos los casos posibles y logra la desaplicación de la norma censurada en todos ellos, eliminándola del ordenamiento.⁽¹⁹⁾ Hasta hace poco tiempo el efecto temporal era retroactivo, como si el acto censurado no hubiese existido, pero en los casos *Linkletter vs. Walker* y *Stovall vs. Denno* se rompió el precedente y la Corte Suprema afirmó que la Constitución era muda al respecto, dejándola en libertad para adaptar aquel efecto temporal a la realidad, con vista de los intereses afectados, según criterios que el mismo fallo puntualizó.⁽²⁰⁾

Dos importantes observaciones finales deben hacerse:

- 1) Según el art. III, Sección 2 de la Constitución de EE.UU. la jurisdicción de la Corte Suprema en única instancia se reduce a materias determinadas por la calidad de las partes taxativamente determinadas. En los demás casos la Corte Suprema sólo tiene jurisdicción por vía de apelación, pero sujeto a las excepciones y regulaciones que establezca el Congreso. Con base en esta norma, la ley federal puede crear esas excepciones con mayor o menor amplitud, creando o suprimiendo apelaciones ante Corte Suprema, que así queda sujeta a las ampliaciones o restricciones de competencia que le imponga el Congreso (aunque siempre con jurisdicción para juzgar la constitucionalidad de las leyes federales respectivas).⁽²¹⁾
- 2) La más penetrante injerencia de la Corte Suprema en los otros Poderes es el control de constitucionalidad de sus actos, por lo que aquella busca eliminar al máximo las posibilidades de una confrontación, seleccionando cuidadosamente los casos que acepta para fallo. La regla general de admisión es la de que sólo se admitirán casos de importancia para la vida de la Nación o de la Constitución y que sólo se declarará la inconstitucionalidad cuando ello se claro y haya resultado imposible, sin grave forzamiento de la ley, entenderla y declararla como armónica con la Constitución. La jurisprudencia creó y otorgó a la Corte, sobre esta base, una potestad prácticamente discrecional de

(19) Cappelletti, op. cit. pág. 66; véase también Eduardo S. Corwin, *The Constitution and What it Means*, Princeton University Press, New Jersey, 1978, págs. 224 y 225.

(20) Tribe, op. cit. págs. 27 y 28.

(21) Corwin, op. cit. págs. 225 y 226; en cuanto a la posibilidad de controlar la constitucionalidad de las leyes federales que afecten la jurisdicción de apelación de la Corte Suprema o su integración, véase Tribe, op. cit. págs. 37 a 47, esp. 37, 38 y 39.

admisión y rechazo de apelaciones, finalmente consagrada por la Ley de Jueces de 1925. De modo que no todos, sino sólo un pequeño porcentaje de apelaciones, son conocidas y resueltas por la Corte,⁽²²⁾ que rechaza las demás sin conocerlas, como materia constitucionalmente irrelevante.

6. Las singularidades de la justicia constitucional

Hay otros modelos de justicia constitucional, sobre todo en Europa y también —como se verá de inmediato— en Costa Rica. ¿A qué se debe su existencia, por qué su rechazo del sistema americano? ¿Debe tenerse por cierto que hay puntos fundamentales de coincidencia, consistentes en reputar la Constitución como suprema y directamente aplicable, y en considerar indispensable para su preservación y desarrollo del control jurisdiccional de constitucionalidad, con carácter de cosa juzgada, como es lo propio de toda jurisdicción verdadera. Pero la coincidencia llega hasta aquí. El dilema fundamental que explica y justifica —o pretende justificar— las diferencias, puede formularse así: es la justicia constitucional una justicia común y sujeta a las reglas ordinarias de las otras jurisdicciones? Es decir: es lo mismo decidir casos de Derecho Civil o Mercantil, que fallar cuestiones de inconstitucionalidad? La respuesta norteamericana ha sido, como lo vimos, afirmativa, entendiendo que es parte de toda jurisdicción darle prevalencia a las normas superiores, a la ley sobre el reglamento (*secondary legislation*) y a la Constitución sobre la ley. Todo Juez no sólo puede sino que debe hacerlo. La respuesta que podemos llamar europea es negativa: la justicia constitucional es justicia distinta, que se frustraría bajo el régimen de la justicia ordinaria, y que, por ello, exige un régimen distinto o extraordinario. La razón que lo explica es el carácter de la norma constitucional. Esta es especial. Es necesariamente breve, emplea abundantemente conceptos indeterminados y directamente referidos a fines y valores, más que a conductas específicas, y para su aplicación es frecuentemente necesaria una ley interpuesta, que concrete el área de la vida social en relación con el cual la Constitución debe aplicarse. Hay normas constitucionales directamente aplicables por sí, como algunas de

(22) Tribe, op. cit. pág. 35; véase también Pritchett, op. cit. pág. 165, donde el autor transcribe las reglas formuladas por el Magistrado Brandeis en *Ashwander vs. Tennessee Valley Authority* (1936) para fallar asuntos, con sentido restrictivo de las declaraciones de inconstitucionalidad. Igual espíritu preside, según se vio, la admisión de las apelaciones, para reducir al mínimo las aceptadas a trámite.

las que consagran derechos humanos, pero hay otras —como las que imponen deberes al legislador o establecen principios generales— que no crean derechos correlativos en favor de nadie en particular, lo que hace más difícil saber cuál es el alcance exacto de esos deberes.⁽²³⁾ Podría decirse, incluso, que así como la Administración está sometida a la ley —en virtud del principio de legalidad, que configura y orienta la acción administrativa hacia fines específicos— la legislación está llamada a escoger esos fines y valores y a organizar los medios para alcanzarlos, a condición de que no viole prohibiciones constitucionales. Es decir: mientras la Administración se rige por el principio de un solo puede hacer aquello que le está permitido, la Asamblea Legislativa se rige —como el particular— por un principio de libertad, según el cual puede hacer y legislar lo que quiera, mientras no le esté constitucionalmente prohibido. Y cuando la Constitución es de un país libre, la Constitución no puede imponer al legislador programas de acción, que están reservados al gobierno y a la Asamblea Legislativa—.

¿Con cuáles criterios interpretar y aplicar la Constitución a la ley, si el propósito y la estructura de aquella es no fijarle a ésta otros límites que los indispensables para garantizar valores fundamentales? ¿Cómo encontrar, al aplicarla, guías de contenido que adrede fueron suprimidas de la Constitución al momento de crearla? La respuesta a tales interrogantes es difícil y hay abundantes versiones, en las que sobresalen importantes constitucionalistas norteamericanos (y viene a la memoria los nombres de Wechsel, Bickel, Shapiro, Ely, Berger, etc.). Pero hay un hecho que debe reconocerse: sean cuales fueren y el método y los valores aceptados, existe la posibilidad de lagunas, contradicciones y alternativas en la interpretación de la Constitución en mucho mayor grado que en la de la ley. Consiguientemente, la solución del problema está muchas veces fuera de los textos, en la conciencia colectiva, tal y como es posible interpretarla midiendo las consecuencias prácticas de una decisión —como si fueran su costo social— con vista de los valores fundamentales consagrados por la Constitución y descubiertos por el Juez. Esta es labor necesariamente creativa, que exige un Juez especial, con mucha mayor capacidad de penetración y orientación a partir de la realidad social y de los textos abstractos y breves, o casi en blanco, de la Constitución. Es indudable que resultan más aptos para ella los jueces del common law que los del Derecho codificado. La sentencia constitucional es normalmente la formulación

(23) Véase en general sobre el tema de la singularidad de la norma constitucional, el agudo artículo de Alejandro Nieto, Peculiaridades Jurídicas de la Norma Constitucional, RAP, Centro de Estudios Constitucionales, N° 100-102, vol. I, págs. 407 y 408; pero hay fecundas observaciones sobre esas peculiaridades en otras páginas, esp. 394, 400, 410, y 411.

de una norma constitucional nueva, pero acorde con la Constitución o sus valores, y en muchas ocasiones también la de un sentido especial de la ley, único con el cual ésta se ajusta a la Constitución. Y hay sistemas, como el italiano o el alemán, donde el fallo puede contener, cuando no es de anulación, recomendaciones y hasta mandatos dirigidos al legislador, para acomodar su legislación a la Constitución, que entretanto se mantiene provisionalmente vigente o suspendida, a discreción de la Corte Constitucional respectiva,⁽²⁴⁾ todo lo cual es extraño a la jurisdicción ordinaria. De esta realidad nace el modelo europeo de justicia constitucional. Está hecha para una jurisdicción especial y una acción extraordinaria.

7. El modelo europeo

Es un modelo antípoda al americano antes descrito. Nació en Austria, con la Constitución de 1920 y bajo el personal y genial influjo de Hans Kelsen, quien concibió la justicia constitucional como una forma negativa de legislación, cuando había anulación, razón por la cual equiparó la respectiva sentencia a una ley abrogativa con efecto sólo hacia el futuro, rendida a solicitud de órganos políticos taxativamente indicados por la Constitución (un tercio de los diputados de la Federación o de la Dieta del Lander, parte del Estado Federal Austriaco). Esta legitimación se amplió después, en 1929, en favor de la Corte Administrativa Federal y de la Corte Suprema de la Federación (órganos también constitucionales) y últimamente, por una nueva reforma constitucional, de 1975, en favor del ciudadano lesionado en sus derechos por una ley federal directamente aplicable a él, sin acto interpuesto. La jurisdicción está atribuida a una Corte Constitucional integrada por Jueces sin previa carrera judicial y nombrados por órganos constitucionales y políticamente supremos.

No es ésta la sede para una descripción del régimen de justicia constitucional de cada país europeo. Basta con decir que, a partir del modelo austriaco y corrigiendo sus defectos, se ha creado en Europa Occidental un modelo cuyos rasgos principales, con variantes que no son sustanciales en cada sistema nacional, son las siguientes:

(24) Esto es así sobre todo en la justicia constitucional alemana, para la cual véase la muy completa obra de Jean Claude Beguin, Le Controle de la Constitutionnalite des Lois en Republique Federale d'Allemagne, Economica, Paris, 1982, págs. 266 y stes; para Italia véase Alessandro Pizzorusso, Procédures et Techniques de Protection des Droit Fondamentaux, Cour Constitutionnelle Italienne, en la obra colectiva Cours Constitutionnelles Europeennes et Droits Fondamentaux, Economica, Aix en Marseille, 1982, págs. 181 a 185.

- 1) Creación de un tribunal de única instancia especializado en la justicia constitucional y, además, en las materias conexas de la defensas de los derechos humanos (amparo) y del hábeas corpus, nombrado por los altos órganos políticos del Estado (parlamento y gobierno), que escogen entre los grandes juristas del país, totalmente fuera de carrera judicial;
- 2) Legitimación propia para accionar contra la inconstitucionalidad en favor no sólo de órganos políticos sino también del ciudadano común –sobre todo en defensa de derechos constitucionales o fundamentales– y del Juez de la causa actuando ex officio, si la ley es relevante para la decisión de ésta y la inconstitucionalidad planteada por el juzgador no es obviamente improcedente (“non manifesta infondatezza della causa”);
- 3) Efecto erga omnes del fallo, que expulsa del ordenamiento la norma declarada inconstitucional;
- 4) Efecto retroactivo del fallo anulatorio, con la salvedad de la cosa juzgada y de las situaciones irreversibles, jurídicamente (por caducidad de la acción respectiva) o materialmente (por ejecución consumada en la realidad);
- 5) Sentencias que pueden ser no sólo anulatorias sino también creativas de nuevas normas constitucionales, por interpretación que amplían o restringen el alcance del artículo constitucional aplicado; o aún condenatoria a la emisión de leyes, sobre todo en las hipótesis de inercia legislativa directamente lesiva de derechos constitucionales.⁽²⁵⁾
- 6) La jurisdicción constitucional que resulta monopolizada por las Cortes o Tribunales constitucionales en Europa es evidente y exclusivamente la anulatoria o la negativa, consistente en declarar la inconstitucionalidad de una ley o acto público, no la contraria, consistente en declararlos constitucionales. Y ello por doble razón: porque si la Constitución es norma directamente aplicable y no mera guía o programa

(25) Para una descripción satisfactoria de las diversas jurisdicciones europeas de constitucionalidad véase las dos obras colectivas ya citadas, ambas coordinadas por Louis Favoreu, *Cours Constitutionnelles Europeennes et Droits Fondamentaux*, así como *Le Controle Jurisdictionnel des Lois*, editadas por Economica, Paris, la primera en 1982 y la segunda en 1986.

para el operador público (legislador o funcionario de la Administración); y si los actos y las leyes deben interpretarse en lo posible de acuerdo con la Constitución, y no contra ella, entonces hay un principio –de igual rango que esos otros dos enunciados– que no sólo permite sino que impone que todo operador jurídico, incluyendo al Juez, aplique la Constitución y actúe conforme a ella, por ejemplo, declarando la constitucionalidad de los actos sometidos a su conocimiento. Lo único que monopoliza una Corte Constitucional europea o –lo que es lo mismo para estos efectos– costarricense, es la declaratoria de inconstitucionalidad, que sólo aquella corte o la nuestra puede hacer.⁽²⁶⁾

- 7) La jurisdicción europea “concentrada” en la Corte o en el Tribunal Constitucional no es totalmente tal, sino “mixta”, y en parte, “difusa”, en aquella esfera de control a la que no alcanza la jurisdicción de la Corte o Tribunal Constitucional. Esto es así, sobre todo, en España, donde la acción de inconstitucionalidad es procedente únicamente contra las leyes y actos con fuerza de ley, con exclusión de los otros, como los reglamentos, inferiores a aquella. Sobre éstos, cada juez ordinario tiene control de constitucionalidad, eventualmente anulatorio, en la misma forma común y normal empleada por él para calibrar la legalidad o ilegalidad de un acto con relación con la ley ordinaria.⁽²⁷⁾

El pivote de este sistema europeo está en la legitimación del Juez de la causa para crear la cuestión de constitucionalidad, sin acción de otro interesado. Es esta la única vía de salida para un Juez que esté convencido de la inconstitucionalidad –eventualmente no alegada– de la ley que debe aplicar y que, de otro modo, tendría que aplicarla, aún contra su conciencia, carente como está de legitimación para levantar de oficio la cuestión de inconstitucionalidad. Esta se tramita en un proceso objetivo contra la ley, sin intervención de partes, y puede ser fallada por los motivos invocados por el Juez de instancia o por otros distintos. Una vez nacida en interés del promotor, la causa se sublima en interés de la Constitución y se convierte en un proceso objetivo contra una norma. Debe observarse que el nacimiento de la cuestión de constitucionalidad dentro de un juicio es propia tanto del sistema norteamericano como del europeo, que entonces lo llama control “concreto”, por contraposición al “abstracto”, promovido por órganos políticos. Lo que caracteriza al sistema norteamericano en síntesis, es que la cuestión nace y muere

(26) Véase al respecto la obra ya citada de Eduardo García de Enterría, *La Constitución como Norma Jurídica*, op.cit. págs. 65 y 66.

(27) García de Enterría, op. cit. págs 65 y 66.

en la jurisdicción ordinaria de la materia, en tanto que en el sistema europeo se desarrolla y falla por un tribunal distinto, de competencia exclusiva, de única instancia y con un proceso y un procedimiento especial, que es el tribunal constitucional, según el régimen singular para este tipo de jurisdicción extraordinaria.

B) La jurisdicción constitucional en Costa Rica

I. Antecedentes nacionales

La Constitución del 7 de diciembre de 1871 (art. 17) dispuso la nulidad de las "disposiciones del Poder Legislativo o del Poder Ejecutivo contrarias a la Constitución, cualquiera que sea la forma en que se emitan". Herencia de la Constitución de 1869, la disposición se repite en la de 1917. En todas se consagra la supremacía constitucional y en ninguna se atribuye competencia a órgano o tribunal alguno para hacer efectivo a esa supremacía. Previamente y a partir de la Constitución de Cádiz del 19 de marzo de 1812 (art. 372), pasando por las Constituciones de 1825 y de 1847, se atribuye a las Cortes o al Congreso el control sobre las violaciones constitucionales, sin indicarse su origen (Cádiz); o velar por el cumplimiento de la Constitución (1825 y 1847).⁽²⁸⁾

El paso siguiente fue el art. 8.1 de la Ley Orgánica de Tribunales de 1887, que prohibió a los jueces de cualquier jurisdicción "aplicar leyes, decretos o acuerdos gubernativos que fueren contrarios a la Constitución", con lo que obligó a cada juez a desaplicar la ley o el decreto ejecutivo inconstitucional y se creó un sistema difuso de corte netamente norteamericano. Pero debe apuntarse una diferencia fundamental con éste, atinente al origen, que

(28) Digno es de mencionar que hay un antecedente español, de mucha solera, del control de constitucionalidad. Es el caso del Justicia Mayor del Reino de Aragón, que aparece en su historia desde 1265. Hacía justicia contra las autoridades constituidas, incluso contra el Rey, y podía anular actos contrarios a los llamados: "fueros" del Reino, en defensa de derechos otorgados por éstos y para casos concretos, en cuya hipótesis se trataba de una tempranísima anticipación del amparo; o bien anular disposiciones generales y con alcance para todo un estamento o una villa, en cuyo caso parece tratarse de un viejo precedente de la acción de inconstitucionalidad. Pero esto sobrevivió hasta la consagración del Reino de Aragón con el de Castilla y no ha llegado, ni de lejos a nuestros días. Véase por todos a Víctor Fairen Guillén, *Antecedentes Aragoneses de los Juicios de Amparo*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, D.F., 1971, págs. 59 y 63.

aquí fue desde un principio por atribución legislativa expresa y no por precedente jurisprudencial, como lo había sido en EE.UU. El alcance de la desaplicación posible de leyes o decretos inconstitucionales así ordenada se limitó al asunto concreto en trámite y no llegó nunca a ser erga omnes, dada la ausencia en Costa Rica —desde aquel entonces y hasta la fecha— de principio general que sustentará el precedente del tribunal de última instancia, como el "stare decisis" norteamericano. Pero es evidente que, a partir de 1887, y hasta que se creó el recurso de inconstitucionalidad, por ley que entró en vigencia el 1 de enero de 1938, todos los tribunales pudieron ejercer control de constitucionalidad bajo el régimen ordinario del proceso correspondiente, con acceso a Casación en instancia final. ¿Lo ejerció realmente el Juez costarricense? Curiosamente las investigaciones realizadas arrojan noticia únicamente de dos o tres casos en los que se discutió la constitucionalidad de la norma legislativa o reglamentaria aplicable; y sólo de uno en el que la Corte de Casación anula un decreto ejecutivo, que se reputó violatorio del art. 73.13 de la Constitución de 1871, porque reformó o derogó leyes, con usurpación de las potestades legislativas del Congreso Nacional. Es lo más a que llegó el control difuso de constitucionalidad fundado en el art. 8.1 ya citado.⁽²⁹⁾

(29) Carlos José Gutiérrez, *La Constitución Norteamericana como Ley Importada*, Revista de Ciencias Jurídicas, San José, N° 61, 1988, págs. 52 y 53; véase igualmente Alfredo Zúñiga Pagés, *El Control Judicial de la Constitucionalidad de las Leyes*, Revista de Ciencias Jurídicas, N° 7, San José, Editorial Antonio Lehmann, 1966, págs. 154 y 155. Este autor coincide en la relación de los hechos tocantes al caso de un ocurso fundado en la violación de la Constitución por la usurpación de la potestad legislativa, consistente en la emisión de decretos ejecutivos contradictorios a las leyes y con pretensión de derogarlas. Los decretos eran tributarios y tenían por objeto aumentar el impuesto de beneficencia, sobre mortuales, por aplicación de una ley que autoriza al Poder Ejecutivo para adoptar todas las medidas necesarias con el fin de evitar o atenuar la crisis del crédito, el comercio o la agricultura como consecuencia de la Primera Guerra Mundial. Casación —actuando como última instancia en el trámite del ocurso presentado por un contribuyente contra la denegación de la inscripción de una escritura pública en el Registro de la Propiedad, por no ajustarse al referido decreto ejecutivo en cuanto al pago del referido impuesto anuló, invocando la violación de la Constitución y la subordinación constitucional de los reglamentos y decretos administrativos a las leyes. Es el único caso que conocemos con alcance anulatorio. Casación se equivocó: cuando una ley autoriza a la Administración a regular materia ya regida por ley, dejándola sin efecto, se produce el fenómeno normativo llamado "deslegalización", en virtud del cual no asciende el reglamento al rango de la ley sino que desciende ésta al reglamento. La ley se convierte en reglamento por disposición de la misma ley que autoriza su derogación o reforma reglamentaria. En el caso, el decreto del gobierno era un típico acto de emergencia, capaz para dejar sin efecto las leyes

En 1938 se lleva a cabo una reforma general del Código de Procedimientos Civiles y en ella se modifican los arts. 962 a 969, para concentrar en la Corte Suprema el conocimiento de los recursos de inconstitucionalidad contra leyes y decretos (reglamentarios) del poder Ejecutivo. Correlativamente, se reformaron los arts. 8.1 y 71.1 de la Ley Orgánica de Tribunales —que ahora se llamó del Poder Judicial— para que el deber del Juez, de des-aplicación de normas por inconstitucionalidad, antes examinado, cóbrase vigor únicamente después de que la Corte Suprema hubiese declarado la inconstitucionalidad de la ley o decreto en cuestión. Este es el sistema que actualmente nos rige, pero ahora con fundamento en el art. 10 de la Constitución vigente (de 1949), que también atribuye la jurisdicción constitucional a la Corte Suprema.

II. El sistema vigente

1. El artículo 10 de la Constitución Política

Dispone éste:

“Art. 10. —Las disposiciones del Poder Legislativo o del Poder Ejecutivo contrarias a la Constitución serán absolutamente nulas, así como los

opuestas, no por obra del mismo reglamento, sino por obra de la ley que así lo autorizó. Todo luce constitucional —como realmente lo es— si se enfoca el asunto como si la ley —que indiscutiblemente puede supeditar su vigencia a términos y condiciones— hubiese supeditado la suya en el caso a la condición consistente en la aparición de un decreto ejecutivo en contrario. En todo caso, y aparte del mal fundamento jurídico del fallo anulador de Casación citado, éste es el único que conocemos con ese alcance anulador por inconstitucionalidad, antes de la creación del recurso de inconstitucionalidad en 1938. Pero no se trata —como sostienen los actores que menciona Gutiérrez— de una hipótesis igual a la de Marbury, porque aquí Casación actuó basada en el art. 8.1 de la Ley Orgánica de Tribunales de 1887, y no en la autoridad que le daba su propia jurisdicción, que es lo que distingue el famoso caso norteamericano. Zúñiga Pagés cita otros fallos en los que, según lo afirma, también Casación anuló decretos y reglamentos ejecutivos por inconstitucionalidad antes de 1938, pero consultados que fueron nada se encontró que apoyara su dicho. La cita parece errónea. Aparentemente, la historia del control “difuso” de constitucionalidad, estilo norteamericano, antes de 1938, en Costa Rica se reduce a un fallo anulador, equivocado por demás. Respecto de la “deslegalización” puede consultarse cualquier texto de Derecho Constitucional europeo; véase también la obra de García de Enterría, *Legislación Delegada, Potestad Reglamentaria y Control Judicial*, Tecnos, Madrid, 1970, págs 168 y stes.

actos de quienes usurpen funciones públicas y los nombramientos hechos sin los requisitos legales. La potestad de legislar establecida en los arts. 105 y 121 inciso 1) de esta Constitución, no podrá ser renunciada ni sujeta a limitaciones, mediante ningún convenio o contrato, ni directa ni indirectamente, salvo el caso de los tratados de conformidad con los principios del Derecho Internacional.

Corresponde a la Corte Suprema de Justicia, por votación no menor de dos tercios del total o de sus miembros, declarar la inconstitucionalidad de las disposiciones del Poder Legislativo y de los decretos del Poder Ejecutivo.

La ley indicará los tribunales llamados a conocer de la inconstitucionalidad de otras disposiciones del Poder Ejecutivo”.

La norma tiene tres disposiciones claves de nuestra actual justicia constitucional:

- a) declara la nulidad absoluta de la ley inconstitucional y, por directa implicación, de cualesquiera otras normas y actos que también lo sean;
- b) atribuye a la Corte Suprema el conocimiento de las cuestiones de constitucionalidad relativas exclusivamente a las leyes o los decretos (reglamentarios) del Poder Ejecutivo;
- c) delega en la ley ordinaria la atribución de competencia a los otros tribunales para conocer de las cuestiones de inconstitucionalidad relativas a otros actos y Poderes, distintos de los antes indicados, con lo que se refiere fundamentalmente a los provenientes de otros entes públicos menores, distintos del Estado y nacidos de la descentralización administrativa.

Se crea así en Costa Rica un Sistema “concentrado”, mediante el otorgamiento de competencia exclusiva a la Corte Suprema o a los otros tribunales que designe la ley, para declarar la inconstitucionalidad de normas y actos provenientes de entes públicos. Nuestro actual sistema de justicia constitucional es así de corte más europeo que norteamericano y nacido más bien como una reacción contra el pobre rendimiento del sistema difuso creado por la Ley Orgánica de Tribunales de 1887. Se limita la similitud a la “concentración” de la Jurisdicción en una Corte Suprema, que así hace las veces de una Corte Constitucional.

Previamente a la respuesta, valga aclarar qué es nuestra Corte Suprema y cuál es la ley que cierra el sistema, llevando a cabo el otorgamiento de la jurisdicción constitucional en relación con actos distintos de los atribuidos a la Corte Suprema, según lo dispone el párrafo final del citado art. 10.

2. La Corte Suprema de Justicia

Es el órgano de cúspide de Poder Judicial y su exponente ante los otros Supremos Poderes, de los cuales es uno más, distinto e independiente (art. 9 C. Política). Sus jueces componentes, en número de 17, están protegidos contra causas penales por un fuero constitucional, que prohíbe someterlos a procesos de esa índole, salvo que la Asamblea Legislativa lo autorice por votación calificada de las dos terceras partes de la totalidad de sus Diputados (art. 121.9 C. Política). Los Magistrados son nombrados por ocho años por la Asamblea Legislativa, por mayoría absoluta de los votos presentes (que no pueden ser menos de 38 por Reglamento Interno de la Asamblea, que es el quórum de sesión legislativa), mayoría que es normalmente partidista y que se da contra el voto y las protestas de la minoría parlamentaria. Este pecado de origen deja expuestos a los Magistrados a deudas de gratitud con el partido político que los nombra, contraídas antes o después del nombramiento, lo que puede ser grave peligro para su independencia o imparcialidad. Son nombrados dentro o fuera de carrera judicial, lo que hace todavía menos meritoria y justificada su elección, pues Magistrado puede ser cualquiera con sólo cumplir los mediocres requisitos exigidos por el art. 159 C. Política (que son básicamente ser mayor de treinta y cinco años y tener al menos diez años de ejercicio profesional o cinco de práctica judicial). El Magistrado se reelige automáticamente y sin necesidad de una nueva votación de la Asamblea Legislativa por un período igual al original, salvo que dos tercios de la totalidad de votos de la Asamblea acuerde no reelegirlo, dentro del plazo al efecto señalado por la Constitución, anterior al vencimiento del período original; si así no ocurre, la reelección automáticamente queda consumada. Los Magistrados se reparten en cinco Salas de Casación, de origen legal y especializadas por materia, y las cinco en conjunto forman la Corte Plena, que es el titular constitucional de la Corte Suprema de Justicia. El número de los Magistrados está dado por ley, pero no puede ser disminuido sino por reforma constitucional (art. 157 C. Política). Las principales funciones de Corte Suprema son el conocimiento de recursos de inconstitucionalidad contra las leyes y contra reglamentos del Poder Ejecutivo, por atribución expresa del art. 10 párrafo segundo de la Constitución; el de los recursos de amparo contra el Presidente de la República, Ministros, Gobernadores de Provincia, Comandantes de Plaza o el Director General del Servicio Civil, según el art. 6 de la Ley de Amparo (Nº 1161 del 2 de junio de 1950); y el de los recursos de hábeas corpus, según el art. 2 de la ley respectiva (Nº 35 del 24 de noviembre de 1932). Pero la Corte Suprema es además, el jefarca del Poder Judicial, encargado como tal de su administración, lo que le impone la tarea de elaborar y ejecutar su presupuesto y de nombrar y administrar todo su personal, tanto jurisdicente como

administrativo. Hay aquí una sobrecarga de trabajos heterogéneos. La independencia económica del Poder Judicial está garantizada por el art. 177 párrafo segundo de la Constitución, que le asigna para sus gastos anuales un mínimo del seis por ciento de los ingresos ordinarios del Estado calculados para el año económico siguiente, con potestad de la Corte Suprema para consumirlo totalmente, pero con la obligación de devolver cualquier sobrante para el presupuesto ordinario de la República. Hay consenso de tener como excesiva la carga de trabajo de Corte Suprema y en reducirlo a un cuerpo simbólico, exponente del Poder Judicial y de la Justicia, trasladando a un tribunal constitucional la totalidad de sus funciones jurisdiccionales y a un cuerpo administrativo la totalidad de sus funciones de jerarca del Poder Judicial.

La crítica principal que se hace a la Corte Suprema como tribunal constitucional radica básicamente en dos hechos: es un tribunal demasiado numerosos y heterogéneo por su saber, sin una mayoría especializada en el Derecho Constitucional y Pública en general; y es un tribunal integrado por jueces de Casación, el recurso más técnico y apegado a la exégesis de la ley escrita y codificada, ley con pocas lagunas, cuya eficaz y uniforme aplicación está llamado a garantizar. La combinación de ambos hechos que genera una tendencia muy conservadora en sus fallos, que empeñosamente sostienen la ley ante o, más bien, contra la Constitución, declarándola legítima en una abrumadora mayoría de casos y exigiendo para anularla la existencia casi gramatical de una contradicción entre ambos textos, lo que es insólito. Si a ello se agrega el absurdo requisito constitucional de que la declaración de inconstitucionalidad se haga de dos tercios de la totalidad de votos de la Corte Suprema (que son doce), se produce gran cantidad de casos en los que una sustancial mayoría que vota contra la ley queda bloqueada por una mínima minoría (valga la redundancia), todo en contra de la Constitución y de la auténtica vigencia.

Está en curso una reforma constitucional para ponerle remedio a los males apuntados, pero es casi seguro que los producirá muchos peores, como se verá de inmediato.

3. La jurisdicción contencioso-administrativa como jurisdicción de constitucionalidad

La jurisdicción contencioso-administrativa es, según el art. 49 C. Política, que la crea, la llamada a garantizar la "legalidad de la función administrativa del Estado, de sus instituciones y de toda otra entidad de Derecho Público".

El art. 10 párrafo final de la Constitución delega en la ley indicar los tribunales que conocerán de la inconstitucionalidad de otras disposiciones del Poder Ejecutivo, después de atribuir a Corte Suprema de Justicia —como ya se vio— conocer de la inconstitucionalidad de los decretos de este Poder y de las leyes de la Asamblea Legislativa.

El art. 10 nada dice acerca de la jurisdicción para conocer de la inconstitucionalidad de los actos y normas emanados de las instituciones autónomas y, en general, de los demás entes de Derecho Público, a los que sí se refiere el art. 49 antes citado.

La laguna ha venido a ser llenada por el art. 20.2 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, N° 3667 de 12 de marzo de 1966, al disponer éste que podrán ser impugnadas ante aquella por razones de inconstitucionalidad las disposiciones y los demás actos de cualquier Administración Pública cuando ello no corresponda a la Corte Suprema, es decir: cuando no se trata de leyes ni de decretos del Poder Ejecutivo. La jurisprudencia de la Corte Suprema ya lo tiene establecido así. Lo anterior significa que la jurisdicción contenciosa es la normal para impugnar la constitucionalidad de una norma o de un acto sujeto al Derecho Público —proveniente de una Administración Pública cualquiera— excepto si se trata de un decreto del Poder Ejecutivo. Y por éste ha de entenderse únicamente el conjunto de órganos constitucionales del mismo, que son el Presidente y el Ministro, o cada uno actuando separadamente, y el Consejo de Gobierno, formado por el Presidente y todos sus Ministros. Los actos y normas del Poder Ejecutivo que provengan de otros órganos legales —y no constitucionales— del mismo deberán ser impugnados en la jurisdicción contencioso-administrativa, no ante la Corte Suprema de Justicia, según éste lo tiene ya establecido. Ahora bien, la pregunta capital que surge es: ¿se trata de una cuestión de inconstitucionalidad inserta como un cuerpo extraño en la jurisdicción contencioso-administrativa y, eventualmente, sujeta al mismo régimen que el de las otras cuestiones de inconstitucionalidad de las que conoce la Corte Suprema de Justicia? ¿O se trata pura y simplemente, de una cuestión de inconstitucionalidad que se rige por el régimen normal de la jurisdicción contenciosa, sin excepción? No hay duda de la respuesta afirmativa a esta última cuestión: las cuestiones de inconstitucionalidad levantadas en la jurisdicción contencioso-administrativa, sobre la base del art. 20.2 de la ley de ésta, se tramitan y fenecen como si fueran cuestiones de legalidad común, según el régimen correspondiente a las últimas, sin particularidades de ninguna especie. Y no sobra decir que, respecto de esta jurisdicción contenciosa de constitucionalidad, ninguna aplicación pueden tener las normas del Código de Procedimientos Civiles que gobiernan la justicia constitucional atribuida a la Corte Suprema de Justicia.

En conclusión: la jurisdicción constitucional costarricense es concentrada en dos jurisdicciones de competencia exclusiva, con verdadero monopolio sobre la materia constitucional: la jurisdicción de la Corte Suprema, que se rige por el Código de Procedimientos Civiles, y que recae exclusivamente sobre leyes y decretos del Poder Ejecutivo; y la jurisdicción de los tribunales contencioso-administrativos, que se rige por la ley especial de esta última, sobre todos los demás actos y normas provenientes de la Administración Pública, bajo régimen de Derecho Público.

4. El régimen de la justicia constitucional impartida por la Corte Suprema

Su característica más notable es la estrechez de la legitimación para levantar la cuestión de constitucionalidad. Ante la Corte sólo puede hacerlo el actor de un juicio o diligencia cualquiera planteado ante cualquier otro tribunal inferior, cuya pretensión supone la desaparición o, al menos, la desaplicación de la norma impugnada, pero cuyo objeto es el reconocimiento y restablecimiento de un derecho o de un interés distinto. La cuestión de inconstitucionalidad, debe levantarse en el expediente de origen y enviarse por el Juez de éste a la Corte, ante quien el interesado debe interponer de seguido el correspondiente recurso de inconstitucionalidad, con la totalidad de su argumentación demostrativa. Para su admisión hay requisitos formales —que verifica el Presidente de la Corte—, el principal de los cuales es la “pertinencia” o “relevancia” de la cuestión de constitucionalidad para la decisión del asunto principal de origen, radicado en el tribunal inferior, sin lo cual el recurso es rechazado de plano por Corte Plena.⁽³⁰⁾ Pero, comprobada la “pertinencia” del recurso y el cumplimiento de los recaudos formales, el Presidente debe admitirlo a trámite, sin margen de discrecionalidad al respecto. La admisión, en tal hipótesis, corresponde a un verdadero derecho subjetivo del recurrente. No faltan casos —sin embargo— en los cuales la Corte ha rechazado un recurso, pese a su “pertinencia” y a su corrección normal, si luce “manifiestamente infundado”, por ser evidente la inexistencia de la violación constitucional invo-

(30) Sesión extraordinaria N° 73 de las 10 horas del 11 de noviembre de 1982. Toda la jurisprudencia que se citara, como la de esta nota, me ha sido suministrada por Fernando Coto Albán, Magistrado, mediante artículo inédito llamado Notas sobre el Recurso de Inconstitucionalidad, al que he tenido acceso por su gentileza.

cada.⁽³¹⁾ Unica contraparte es la Procuraduría General de la República, la que, en una obvia desviación de su función legal como actora al servicio del Derecho, invariablemente se convierte en defensora de la ley contra la Constitución, sin importar al respecto la gravedad de la violación invocada. El recurrente puede tener coadyuvantes, co-interesados en la declaración de inconstitucionalidad, a quienes se llama por público edicto, y quienes pueden presentar todos los alegatos pertinentes. Sin embargo, la materia de conocimiento será únicamente la planteada por el recurrente y sobre ella exclusivamente recaerá el fallo, que no podrá conocer de otros aspectos de inconstitucionalidad no planteados por el recurso. No hay recepción de pruebas, ni tampoco apreciación de las aportadas en el asunto principal de origen. El fallo estimatorio declara la inconstitucionalidad de la ley o del decreto, pero no pronuncia su anulación, sino su desaplicación para el caso principal, lo que pareciera contradecir el carácter absoluto de la nulidad derivada de la inconstitucionalidad por expreso dictado del art. 10 de la Constitución. La desaparición de la norma se produce, ello no obstante, porque es evidente que así ocurre con vista de varias normas procesales. En efecto: el fallo debe publicarse y sólo se publican en el Diario Oficial los actos y disposiciones de alcance general, lo que significa que la norma no podrá volver a aplicarse ni en el asunto pendiente que generó el recurso ni en otro alguno. Y es para oírlos, precisamente porque puede afectarlos fuera o más allá de la causa principal, que se permite comparecer como coadyuvantes del recurrente a los co-interesados con él, en la desaparición de la norma. Todo lo cual queda confirmado porque, según expresa disposición legal (art. 967 C.P.C.), la sentencia de rechazo impide reiterar la misma impugnación, no sólo al recurrente fracasado, sino a cualquiera, con efecto estabilizador de la ley o decreto impugnado, evidentemente de alcance general.⁽³²⁾ Carecería de sentido que la sentencia de acogimiento no tuviere correlativamente ese mismo efecto erga omnes, destructivo de la norma atacada y declarada inconstitucional. En Costa Rica la sentencia constitucional es o bien de rechazo o bien de declaratoria pura y simple de la inconstitucionalidad, sin que pueda contener órdenes, directrices ni normas dirigidas al autor de la norma impugnada. La Corte ha admitido, sin embargo, que el objeto de su declaración de inconstitucionalidad sea una interpretación específica de la norma atacada, dejándola vigente "en cuanto se entienda o se

(31) Sesión extraordinaria N° 81 de las 14:30 horas del 1 de diciembre de 1982.

(32) Sesión extraordinaria N° 32 de las 10:15 horas del 25 de junio de 1982. Una buena selección de fallos constitucionales relativos a la interpretación y aplicación del art. 10 de la Constitución puede verse en la Edición de la Constitución Política preparada por el Departamento de Servicios Técnicos de la Asamblea Legislativa, editorial Juricentro, San José, 1977, págs. 38 y stes.

interprete" en otro sentido. Hay aquí indudablemente el germen de una función normativa de la sentencia constitucional. El fallo estimatorio de la Corte, declarando la inconstitucionalidad, declara una nulidad absoluta de la ley o del decreto impugnados, en cuanto está expresamente puesta para el caso en el art. 10 párrafo primero de la Constitución. Es imposible, aunque el fallo no lo disponga, negar efecto retroactivo a tal declaración, pues no hay nulidad absoluta que no lo tenga. Sobran citas doctrinarias, porque la afirmación dogmática es evidente y universal. Sin embargo, la jurisprudencia de Corte Suprema es ambigua o, más bien, evasiva al respecto, pues entiende que fijar el alcance temporal del fallo estimatorio y de su efecto es tarea que incumbe al Juez del asunto principal en el que se generó el recurso de inconstitucionalidad, lo que es un evidente error.⁽³³⁾ El efecto del fallo estimatorio sólo puede ser retroactivo, según lo dicho, pero de no serlo, es claro que aquella fijación incumbe a la Corte Suprema, por ser parte esencial de toda sentencia su dimensión temporal, cuya determinación es materia únicamente disponible por y para su autor. Lo contrario es una usurpación de la competencia exclusiva de la Corte Suprema por el Juez de instancia, que así adquiriría control de los efectos temporales del fallo constitucional sobre la ley o el decreto anulados, contra la expresa disposición en contrario del art. 10 de la Constitución, que lo reserva sólo a la Corte Suprema.

5. El régimen de la justicia constitucional impartida por la jurisdicción contenciosa

Hemos dicho que la cuestión de inconstitucionalidad es parte de la materia común de conocimiento del Juez respectivo, sin particularidades respecto del conocimiento y decisión de las cuestiones de legalidad ordinaria planteadas en la misma vía. Resulta imposible ahora hacer una exposición, ni siquiera sumaria, del régimen de la jurisdicción contencioso-administrativa. Pero puede tener interés el puntualizar sus más notables diferencias con la jurisdicción constitucional de la Corte Suprema de Justicia, que se acaba de describir. Estas diferencias relevantes son tres:

- a) La sentencia desestimatoria de rechazo, carece de efecto general erga omnes, por ser así en la respectiva jurisdicción, según el art. 63 de la Ley correspondiente. Sólo surte efecto para las partes dentro del juicio y no impide una nueva impugnación de lo mismo.

(33) Sesión extraordinaria de 17 de noviembre de 1983, de 24 de noviembre de 1983 y de 12 de enero de 1984.

- b) La cuestión constitucional podrá plantearse como principal, con o sin otra pretensión en favor del actor, pues la demanda contenciosa que se establezca podrá limitarse a pedir la anulación de una norma o acto administrativos por razones de inconstitucionalidad, sin fundamento en ley ordinaria y sin pretensiones de reconocimiento ni de restablecimiento de un derecho subjetivo, exactamente como ocurre con las demandas contencioso-administrativas de pura anulación, en defensa de intereses legítimos y no de verdaderos derechos subjetivos, de acuerdo con los principios propios de la materia ya sobradamente perfilados positivamente en Costa Rica (arts. 10, 22 y 62.1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa).
- c) El efecto de la sentencia estimatoria, que declare la inconstitucionalidad del acto o de la norma administrativos, será necesariamente no sólo general y erga omnes sino también retroactivo, por ser ése el efecto normal de toda sentencia anulatoria en la jurisdicción contencioso-administrativa, según los principios generales de ésta y de la nulidad absoluta declarada por el art. 10 de la Constitución, directamente aplicable a la materia. La cual, además, viene gobernada por los arts. 169 a 172 de la Ley General de Administración Pública, que imponen la retroactividad de las declaraciones de nulidad absoluta, de actos y normas administrativos, con la única salvedad doctrinaria de la cosa juzgada y del hecho consumados anteriores.
- d) Si la cuestión constitucional se plantea fuera de la jurisdicción contencioso-administrativa, contra un reglamento o acto cuya impugnación está atribuida a ésta, el Juez de la causa deberá suspender y enviar el autor de la cuestión a la jurisdicción competente, suspendiendo el curso del proceso. Hay aquí indudablemente un caso de prejudicialidad. El interesado deberá, por su parte, incoar una demanda contencioso-administrativa con todas las formalidades de tal, fundada en la inconstitucionalidad del acto impugnado.

C) Evaluación de la justicia constitucional costarricense

Es necesario cambiar:

1. El órgano

Debe crearse una Corte o Tribunal Constitucional, que concentre la totalidad de la jurisdicción constitucional costarricense, independiente de la Corte Suprema de Justicia.

2. La materia

Debe eliminarse –por reforma constitucional– el carácter de absoluta atribuida a la nulidad generada por el vicio de inconstitucionalidad, para evitar el grave e inevitable efecto retroactivo general del fallo constitucional anulatorio, lo que permitirá graduar ese efecto de acuerdo con los hechos y los intereses en juego en cada caso, o en cada tipo de caso.

3. La legitimación

Creo que es éste el aspecto más grave de las deficiencias de nuestro actual sistema. Debe adoptarse el régimen europeo de la legitimación para levantar cuestiones de constitucionalidad, en doble dirección: ampliar la legitimación política o de órganos políticos, concretamente de los co-legisladores, Congreso y Poder Ejecutivo, a efecto de que ambos o cada uno pueda formular la cuestión ante la Corte Constitucional antes de promulgarse la ley, que la resolvería con carácter vinculante e impediendo si el fallo es estimatorio y acoge la tacha constitucional invocada, pero sin otro efecto que el de permitir la promulgación y vigencia de la ley, si es de rechazo, a efecto de admitir futuros recursos de inconstitucionalidad contra esta última. Y, en segundo lugar y sobre todo, tiene que abrirse la legitimación del Juez, de todo Juez, para plantear cuestiones de inconstitucionalidad con motivo de los procesos y diligencias bajo su conocimiento, sin lo cual queda condenado –como ya se dijo y diariamente ocurre– a aplicar la ley en contra de la Constitución, violando su juramento de cumplir y hacer cumplir el Derecho, que le impone respetar y hacer respetar la Constitución por encima de la ley.

4. El contenido del fallo

Debe permitirse que éste sea, si es de rechazo, no sólo confirmatorio o anulatorio sino también regulador, dictando las reglas necesarias para que el Juez de la causa y los demás operadores jurídicos puedan adoptar sus decisiones al fallo dictado.

5. Efecto temporal del fallo estimatorio

Debe dejarse a discreción del Tribunal, pero con necesaria incidencia retroactiva dentro del juicio que ha generado el recurso respectivo, aun si

aquel efecto es puramente prospectivo (hacia el futuro) para todos los demás casos. El efecto retroactivo de la nulidad absoluta que ahora gobierna la materia ha sido y puede seguir siendo fuente de graves dislocaciones económicas y sociales.

¿Cuál es la enseñanza principal de Marbury? No es la superioridad de la Constitución, que es evidente para todos y que ya estaba declarada, sin necesidad del fallo, por el art. VI de la Constitución de los EE.UU. Y no es tampoco la nulidad de las normas o actos inconstitucionales, pues ese es un principio general del Derecho también evidente, sin necesidad de aquel fallo. La enseñanza decisiva es una, que aquí se olvida frecuentemente: es el reconocimiento al Juez de la potestad de anular las normas y actos inconstitucionales como parte natural e inherente de su potestad de fallar casos, sin necesidad de norma expresa –constitucional o de cualquier otro tipo– que lo autorice a ello. Todo Juez –y no sólo la Corte Suprema– tiene esa potestad, por el hecho de ser Juez. Esa potestad no es algo más ni distinto, sino la misma de fallar, que exige aplicar las normas y escoger cuál entre dos, una superior y otra inferior en conflicto. Fallar, dándole preferencia a la superior –como resulta inevitable– es lo mismo que anular o desaplicar la norma inferior opuesta. Para que no fuese así, sino lo contrario, para que el Juez tuviese que aplicar la norma inferior por encima de la superior, convirtiendo ésta en inferior, se requeriría que una norma constitucional que expresamente lo autorizara; en el silencio de la Constitución, el Juez puede y debe anular la norma o el acto inconstitucionales.

De donde sale otra enseñanza más importante aun y es para el Juez: Marbury significa que entre varias alternativas él –sobre todo si es Juez constitucional– debe escoger la que satisfaga más, por sus resultados, los valores y las aspiraciones de su pueblo, tal y como aparecen consagradas, expresa o implícitamente, en el texto constitucional. Marbury es una permanente incitación para que el Juez, en lugar de decidirse por lo existente, que es lo más cómodo, adopte aquellas decisiones que más bien le hagan a su pueblo, mientras no choquen con la Constitución. Es un mandato para que el Juez luche por la Constitución contra la ley, no por la ley contra la Constitución. Y para que todos los días haga bueno su juramento de cumplir sólo con la Constitución y la ley, tal y como aparecen en su conciencia de jurista, interprete de ambas y de los valores de la comunidad a la que pertenece.

La Constitución es un instrumento legal, forma y esquema de la sociedad para la que se dictó. Pero es, fuera de todo lo legal, la consagración de los valores ético-políticos más importantes para su futuro, aquéllos sin los cuales no podría esa sociedad identificarse a sí misma, ni tampoco aspirar a su desarrollo y su perpetuación. En el fondo, la Constitución es la aspiración a lo ab-

soluto y trascendente, dentro del marco temporal y preterido de la vida histórica. Mucho más que por su procedimiento, la Constitución es suprema por su contenido. Cuando se hacen reformas de la Carta Política para tocar la jurisdicción constitucional, se está tocando la pieza clave para la defensa de esos sagrados valores. No puede mutilarse ni corromperse la justicia constitucional, con reformas festinadas o maliciosas, sin que padezcan los resortes morales y las coincidencias fundamentales y más profundas de la sociedad, que hacen y garantizan su justicia y su paz. Sólo puedo desear que los políticos y los legisladores de esta débil y pequeña Nación, lo comprendan a tiempo, para legislar con respeto no sólo de nuestras tradiciones sino también de las aspiraciones de todos, en función de aquellos altos valores.

¿ESTA EN CRISIS EL PARLAMENTO?

Dr. Hugo Alfonso Muñoz Quesada
Profesor de Derecho Constitucional
Universidad de Costa Rica

El presente artículo tiene como propósito analizar la crisis del Parlamento costarricense en el contexto de la reforma constitucional de 1989. Se examina el rol del Poder Legislativo en un sistema presidencialista y se discute la posibilidad de un sistema semipresidencialista. Se analiza el funcionamiento del Parlamento costarricense y se propone una reforma constitucional que permita un mayor control del Poder Judicial sobre el Poder Legislativo. Se concluye que la crisis del Parlamento costarricense es el resultado de una combinación de factores, entre ellos la falta de independencia del Poder Judicial y la falta de control del Poder Judicial sobre el Poder Legislativo. Se propone una reforma constitucional que permita un mayor control del Poder Judicial sobre el Poder Legislativo.

El presente artículo tiene como propósito analizar la crisis del Parlamento costarricense en el contexto de la reforma constitucional de 1989. Se examina el rol del Poder Legislativo en un sistema presidencialista y se discute la posibilidad de un sistema semipresidencialista. Se analiza el funcionamiento del Parlamento costarricense y se propone una reforma constitucional que permita un mayor control del Poder Judicial sobre el Poder Legislativo. Se concluye que la crisis del Parlamento costarricense es el resultado de una combinación de factores, entre ellos la falta de independencia del Poder Judicial y la falta de control del Poder Judicial sobre el Poder Legislativo. Se propone una reforma constitucional que permita un mayor control del Poder Judicial sobre el Poder Legislativo.

La crisis del Parlamento costarricense es el resultado de una combinación de factores, entre ellos la falta de independencia del Poder Judicial y la falta de control del Poder Judicial sobre el Poder Legislativo. Se propone una reforma constitucional que permita un mayor control del Poder Judicial sobre el Poder Legislativo.

La Constitución es un instrumento legal, firme y exigencia de la ley para la que se dicta. Pero es, ante todo, un instrumento legal, la interpretación de la ley, que garantiza la independencia del Poder Judicial y el control del Poder Judicial sobre el Poder Legislativo.

Pocas instituciones son tan extendidas pero a la vez tan mal conocidas como el Parlamento. En Costa Rica, normalmente, se habla de la Asamblea Legislativa y de sus integrantes. Sin embargo, la labor tan compleja, dispersa y difícil del Diputado se ignora.

¿Está en crisis el Parlamento? Para responder a esta interrogante debemos precisar ¿qué entendemos por crisis? Si por crisis entendemos, como lo señala el diccionario, un momento especialmente decisivo y peligroso en la evolución de las cosas, cabe concluir que el Parlamento se encuentra en un período de crisis. Fuerzas diversas, extremas de derecha y de izquierda atacan la institución parlamentaria. Los enemigos del progreso social temen que el Poder Legislativo adopte decisiones que afecten sus privilegios y lo critican y atacan despiadadamente. Los regímenes dictatoriales reducen la acción parlamentaria a la mínima expresión, allí donde subsisten; y en general, las doctrinas totalitarias presentan al Parlamento como una institución innecesaria y hasta inconveniente. Por ello, conviene reiterar aquí que las asambleas constituyen una institución profundamente democrática, esenciales en un Estado de Derecho y básicas para el respeto a los derechos humanos.

Los investigadores de las instituciones políticas hablan de la decadencia del legislativo, de la muerte del parlamento, del triunfo de la burocracia y de la dictadura del gobierno o del ejecutivo. En efecto, la coyuntura que vive el Parlamento en las circunstancias actuales, es difícil. El Poder Legislativo tiene que soportar cambios importantes para adaptarse a los nuevos retos y sobrevivir como institución fundamental del sistema democrático.

Por lo anterior, conviene examinar las causas de la crisis parlamentaria y su evolución, no sin advertir que aquella crisis afecta también la democracia en general.

I. CAUSAS DE LA CRISIS

Antes de revisar las distintas causas de la crisis, precisa enumerarlas para tener una visión del conjunto: la primera, la inadaptación; la segunda, la decadencia del Parlamento frente al Poder Ejecutivo; la tercera, la influencia de los partidos políticos; la cuarta, las relaciones internacionales; y la última, la dispersión de la actividad parlamentaria.

1. La inadaptación del Parlamento

Como lo advierte un diputado crítico francés, André Chandernagor: "La crisis actual de la institución parlamentaria, aunque se agrava en ciertos países por la existencia de relaciones de fuerzas políticas desfavorables al Legislativo, tiene, sin embargo, en todos los países, un origen común que explica su universalidad: la inadaptación profunda del funcionamiento de los parlamentos a las realidades políticas, económicas y sociales de esta segunda mitad del siglo XX.⁽¹⁾ En efecto, esta época, caracterizada por la rapidez y la vertiginosidad de los acontecimientos, no armoniza con la actividad parlamentaria de grandes debates, de discusiones interminables, de discursos y de enfrentamientos políticos. El Parlamento tiene que conciliar muchas veces eficiencia con un procedimiento lento. Por ello, se requieren trámites rápidos, para situaciones de emergencia; reglamentar y racionalizar los debates, sin perder la función de control político. El procedimiento con grades discursos ha de ser sustituido por trámites rápidos, que no impidan, sin embargo, la confrontación de ideas.

A lo largo, hay que agregar que las sociedades contemporáneas viven situaciones especiales: nuevas formas de delincuencia, interrelación profunda y estrecha entre los países, empleo de la cibernética y otros cambios sociales y políticos que afectan también al Parlamento. Si éste último no adapta su organización, procedimientos y funciones a esos cambios continuará en crisis. Nació en una época donde representaba exclusivamente la soberanía popular y el gobierno, en el Sistema Parlamentario, surgía de su seno. Hoy, el Legislativo toma decisiones bajo la presión de grupos económicos y sociales, de sindicatos y de grupos comunales. Sin duda, tener que actuar bajo la presión de esas fuerzas y al mismo tiempo utilizar un procedimiento lento, pone al Parlamento en una situación particularmente difícil, y en determinadas ocasiones, no puede dar satisfactoria respuesta a todas las demandas.

2. La decadencia del Parlamento

Como señala el autor inglés K. C. Wheare: "Para saber si efectivamente se ha producido un declinar del legislativo hay que preguntarse ante todo en qué aspectos se afirma que ha ocurrido ésto. ¿Se trata de una disminución de poder o de una disminución de eficacia? Ambas cosas no van necesariamente juntas. Un parlamento puede desarrollar una labor excesivamente

(1) Chandernagor, André, "Un Parlement por quoi faire", E. Gallimard, 1967, París, p. 15.

vasta, mantener control sobre una gama amplia de funciones, y a resultas de ello, carecer tal vez de tiempo o capacidad para realizarlas todas con efectividad. En este caso, si perdiese poder ganaría eficacia".⁽²⁾ En efecto, podría plantearse la tesis de que el Legislativo, al perder algunas de sus funciones, pueden desempeñar las otras con mayor eficacia. Sin embargo, procede advertir que el Parlamento ha de ser siempre analizado como parte de un conjunto. En la medida en que ese conjunto total, el sistema jurídico político afronte crisis, el Legislativo, como parte de él, también debe soportarlas. Por la evolución de las instituciones y por los cambios ocurridos, puede afirmarse que el Poder Ejecutivo ha adquirido preponderancia en todos los países del mundo: este último es el órgano motor de la actividad del Estado. No se trata de una pérdida de funciones de las Asambleas, lo que suele ocurrir es que el Poder Ejecutivo ha ampliado sus atribuciones desmedidamente. En consecuencia, el fortalecimiento del Poder Ejecutivo repercute negativamente en la balanza con respecto al Legislativo. Como lo advierten distintos autores:

"Una característica del desarrollo de las instituciones políticas en este período ha sido el notable crecimiento del Poder Ejecutivo, en gran medida como resultado de las exigencias impuestas por las dos guerras mundiales, las crisis económicas, la aplicación de políticas colectivistas, o socialistas, o de bienestar social, y la persistencia de las tensiones internacionales".⁽³⁾

Podría afirmarse que el Parlamento, hoy en día, dedica tanto tiempo y más a la elaboración de leyes, que en otras épocas. Se ocupa de discusiones importantes; pero frente a ello, el Ejecutivo comparte la función normativa: dicta reglamentos complementarios y autónomos de las leyes, con lo cual ha ensanchado la participación jurídica y ha arrebatado un espacio importante al Parlamento, lo que se acentúa con la práctica admitida de las delegaciones legislativas en favor de los gobiernos.

3. Los partidos políticos y el Parlamento

La presencia de los partidos ha modificado la representación política. En la concepción clásica, el diálogo fundamental entre el Poder Ejecutivo y el Parlamento no se presenta como solía ocurrir con anterioridad: los diputados eran los intermediarios del pueblo ante el Gobierno. Aunque mantiene, hoy

(2) Wheare, K. C. Legislaturas, Li. Cámara de Diputados, México, 1981, p. 163.

(3) Avril, Pierre, Les Français et leur parlement. Casternan Preche, 1972, pág. 18.

en día, esa función, representan también a los partidos políticos. El Presidente del Senado Italiano afirmó: "Si los partidos políticos en el interior de sus organizaciones debieran tomar siempre las decisiones más importantes y así sustraerlas de los representantes del pueblo, sería mejor transformar el Parlamento en un Comité Restringid. Se economizaría tiempo y dinero...". No compartimos en su totalidad esta afirmación; pero si cabe señalar que expresa un sentimiento de un importante funcionario. No podemos prescindir de los partidos políticos que conforman la voluntad popular; pero no son los únicos; otras fuerzas políticas inciden en la actividad parlamentaria. Los partidos políticos han modificado las relaciones entre el Poder Legislativo y el Poder Ejecutivo. Si se ataca al Parlamento, la crítica se dirige también contra los partidos políticos. Como agrupaciones que asocian a personas, que reúnen opiniones y votos para alcanzar el poder, los partidos políticos, esenciales también en la democracia, escogen a los parlamentarios y someten sus nombres a los electores. La buena o mala selección que realicen los partidos políticos repercute en la actividad legislativa. Buenos candidatos a diputado, escogidos por los partidos políticos, se convierten en excelentes diputados que, con altura de miras, con capacidad, convicciones firmes y claridad de ideas, contribuyen a levantar el prestigio de las asambleas. Sin embargo, los partidos políticos, preocupados por el triunfo electoral, más que por el interés del país, han abierto el espacio al dirigente político que cumpla mejor la tarea de atraer votos para su partido, sin importar su capacidad como legislador o como representante popular. Se ha distorsionado la función parlamentaria para, en su lugar, dar paso a una función típicamente electorera. No procede ignorar que existe nostalgia en determinados sectores porque con anterioridad, prevalecía el criterio de que el diputado debía representar ciertos grupos económicos, escogidos con criterios selectivos, por una élite política.

Esos parlamentarios, sin extracción popular, se convertían en ejemplo de elocuencia y de conocimientos, pero descuidaban el contacto cotidiano con las bases populares. Hoy, se asiste a un fenómeno irreversible: la democratización de los partidos políticos. Cabe defender ese proceso que marca un importante avance en el acceso, en condiciones de igualdad, de diversos sectores de la población. Pero se advierten peligros graves que se naturalizan ese proceso democrático dentro de los partidos políticos: la falta de armonía entre la representación local y la nacional, que, al fortalecer la primera en perjuicio de la segunda, ha llevado al fenómeno conocido como la "municipalización parlamentaria". Los espacios democráticos han de abrirse pero con respaldo de las instituciones, no en perjuicio de ellas. Al disminuirse la representación nacional, la Asamblea pierde poder y prestigio.

Por otra parte, el proceso de democratización de los partidos políticos, enfrenta otra forma de distorsión grave y profunda. Las luchas internas de

tendencias o grupos han llevado a las tendencias a personas ajenas a los partidos políticos pero al promover candidaturas, sobre la base de apoyos económicos, consolidan su poder. Este fenómeno, además, afecta el funcionamiento de la Asamblea Legislativa costarricense que se fracciona en grupos pequeños que debilitan a los partidos políticos y a la propia Asamblea Legislativa. El liderazgo parlamentario se ve de ese modo condicionado por la dirección de las tendencias dentro de los partidos políticos.

4. El Parlamento y las relaciones internacionales

El parlamento también soporta el impacto de la interdependencia en las relaciones internacionales. La influencia de determinados organismos técnico-financieros obligan a las asambleas de los países del Tercer Mundo a impulsar leyes que contradicen sentimientos y necesidades populares. La banca internacional y la deuda externa pesan también en las decisiones de los parlamentarios. En determinadas ocasiones, el diputado tiene que votar contra sus convicciones por presiones externas que condicionan ayudas a leyes con orientaciones diferentes a las ideologías de los partidos que los llevan a la Asamblea respectivas.

El país, el gobierno y, particularmente, el Parlamento han sufrido las consecuencias de imposiciones de organismos internacionales.

Sin embargo, no todo es negativo en la participación de las asambleas en aspectos internacionales. Interesa señalar como las asambleas legislativas modernas intervienen cada día más en la política exterior, no sólo al aprobar los tratados, sino que, por medio de investigaciones, esclarecen muchos aspectos que, de no ser por la acuciosidad parlamentaria, permanecerían ocultos.

Es particularmente relevante el papel que juega el Parlamento norteamericano en este extremo.

5. La dispersión de la actividad del diputado

El diputado tiene que cumplir funciones muy variadas: como representante, dedica horas en la atención de su clientela electoral; consigue trabajo para sus conciudadanos, media cuando existen conflictos de los vecinos de su comunidad con la Administración; atiende grupos de vecinos para ayudar a resolver sus problemas, participa en las organizaciones comunales, etc. Contrariamente a la imagen que el pueblo tiene, cabe afirmar que el diputado comunal trabaja en exceso aunque en forma asistemática y dispersa. Interviene

además, en la preparación y aprobación de leyes complejas y en sus modificaciones. Ejerce, finalmente, funciones de control político, como parte de comisiones de investigación o en la discusión de aspectos políticos, y debe soportar las presiones de sectores y de grupos que diariamente acuden ante él para tratar de orientar la decisión política en determinado sentido. Compleja, dispersa y difícil resulta ser la función parlamentaria.⁽⁴⁾

II- EVOLUCION DEL PARLAMENTO

Las causas mencionadas, han obligado al parlamento a evolucionar. Por ello, se habla de crisis, pero dentro de un proceso evolutivo. Por razones de tiempo, explicaremos ligeramente las características de esta evolución.

1. Modificación del papel legislativo

La función legislativa ha variado: no consiste en la emisión de reglas que regulan, como antaño, las relaciones entre particulares, bajo la inspiración liberal. Fácilmente se copiaban y se adaptaban códigos, como el civil del Código Francés. En esta labor participaban grandes juristas. Ahora, la legislación es mucho más compleja, variada y altamente especializada. El Parlamento regula disposiciones relativas a la intervención del Estado, en infinidad de campos, dicta reglas económicas, en materia de salud, turismo, seguridad, etc.

En Costa Rica, la presencia del diputado comunal, necesaria para expresar el criterio local, se encuentra agobiada por leyes de diversa índole, y altamente especializadas. El procedimiento legislativo resulta lento, con grandes interrupciones, con una regulación en el reglamento parlamentario, no suficientemente clara, lo que hace que el dominio del procedimiento legislativo sea solo del conocimiento de técnicos.

Ello adquiere particular dificultad en Costa Rica donde no existe una carrera parlamentaria. Por ello, en cierto modo se explica, aunque no se justifica, que la legislación ordinaria haya sido sustituida por las normas generales del presupuesto que, no obstante que se declararon inconstitucionales por la Corte Suprema de Justicia, su número aumenta día con día en los presupuestos ordinarios y extraordinarios.⁽⁵⁾

(4) Entrevista con el asesor Lic. Humberto Morales.

(5) Resolución de la Corte Suprema de Justicia, de 3 de mayo de 1984.

Muchas leyes se modifican y campos no legislativos se regulan por medio del mecanismo antijurídico de las normas atípicas dentro del presupuesto.

Para mejorar la legislación, inevitablemente, la Asamblea tiene que contar en su seno con el concurso de técnicos y asesores que orienten su función, así como del apoyo administrativo necesario para cumplir su cometido de modo adecuado. Pero ese fortalecimiento del apoyo técnico y administrativo no puede ni debe inducir a pensar que el Parlamento se despoje de su carácter político. No; el Legislativo es un órgano esencialmente político, vive la política y adopta decisiones políticas. No debe confundirse la política con la politiquería; como tampoco la demagogia con la democracia, formas ambas de degeneración.

2. El fortalecimiento del papel representativo

Respetamos profundamente el proceso de democratización de los partidos políticos y el espacio que abren a los auténticos líderes comunales. Sin embargo, ese importante e irreversible proceso no puede afectar la eficiencia, la calidad y el talento que ha de prevalecer en los parlamentos. Un necesario y urgente equilibrio se requiere entre la representación nacional y la local, sobre todo en los parlamentos unicamerales. De otra manera, el Parlamento podría perder prestigio, fuerza política y vigor democrático. Por esa razón, los partidos políticos adquieren una responsabilidad fundamental, a la hora de escoger a los representantes ante la Asamblea, y a la hora de capacitar a los aspirantes a diputados.

No se puede olvidar que:

“En su origen los parlamentos no fueron creados únicamente para contrarrestar el poder del Gobierno, sino también para representar a los ciudadanos. Organó esencial del equilibrio entre los poderes, el Parlamento es, además el órgano esencial de la representación”.⁽⁶⁾

En los regímenes parlamentarios y en los de asamblea, los parlamentos monopolizan la representación. En el sistema presidencial o semi-presidencial, el Poder Legislativo representa en forma más completa la Nación, aunque el Presidente de la República es electo también en sufragio universal.

(6) Duverger, Maurice. “Institutions politiques et droit Constitutionnel PUF”. París, 1972, p. 173.

Mientras en el Parlamento se encuentran representantes de la mayoría y de sectores minoritarios de electores, el Presidente de la República políticamente representa a un número de electores mucho menor. De ahí que se afirme que el Parlamento, en los sistemas presidenciales, continúa siendo el auténtico representante del cuerpo electoral. El Parlamento es mucho más representativo que el Poder Ejecutivo por cuanto en aquel se expresa la opinión contraria al criterio mayoritario. El Parlamento es la tribuna de casi todas las ideas políticas de un país, aunque en su seno, prevalecerá siempre el criterio mayoritario, que debe respetar el derecho de las minorías.

a. El Parlamento como representante de las minorías

Si el Presidente de la República es elegido por una parte de los ciudadanos, la mayoría, el Parlamento es no solamente la tribuna de la mayoría, sino también de las minorías en el representadas.

En consecuencia, en el Parlamento se encuentra siempre la presencia de una voz que no está de acuerdo y que se expresa libremente. La actividad parlamentaria resulta, pues, de un debate, de la confrontación de ideas entre los diversos representantes del pueblo. El pluralismo ideológico se expresa dentro de las asambleas legislativas.

Como lo advierte Chandernagor:

“En el ejercicio de este poder de decisión, la mayoría debe, empero, imponerse a sí misma un límite que no debe transgredir bajo pena de convertirse en tiránica: el respeto a los derechos de las minorías”.⁽⁷⁾

Cabe insistir en la inconveniencia del artículo 98 de la Constitución ya reformado, que permitía al Parlamento costarricense la decisión de definir la participación en las elecciones de aquellos partidos que por sus tendencias ideológicas, medios de acción o vinculaciones internacionales, tendieran a destruir los fundamentos de la organización democrática de Costa Rica. Al aplicar este artículo, la Asamblea Legislativa Costarricense no respetó un derecho fundamental de las minorías: su participación en las elecciones. La decisión de la actual Asamblea Legislativa de modificar el texto anterior del artículo 98, suprimiendo esa atribución del Parlamento fue acertada, lo que ha permitido el pluralismo político y una mayor y mejor confrontación de ideas.

(7) Chandernagor, André, op. cit. supra nota No. 1, pág. 89.

Es necesario afirmar que la minoría o las minorías han podido expresar libremente su pensamiento, lo que algunas veces ha llevado a abusar de sus derechos, aplicando la práctica conocida con el “filibusterismo” que consiste en impedir la labor de la mayoría parlamentaria, abusando del derecho al uso de la palabra y prolongándose en su uso desmedido e innecesariamente. Los diputados hacen uso de la palabra cuando quieren y de la manera que estiman conveniente, respetando los límites que establece el Reglamento de la Asamblea Legislativa, los cuales son, a menudo, desnaturalizados. Esta situación ha generado abusos en el uso de la palabra que perjudican al país, por cuanto los asuntos no se tramitan oportunamente.

En todo caso, el derecho de las minorías ha sido respetado en la Asamblea Legislativa.

b. El Parlamento informa a la opinión pública

Este aspecto es consecuencia del carácter representativo del Parlamento, que debe informar a la opinión pública. El pueblo, representado en el Parlamento, debe ser informado de todos los asuntos de la vida política del país. Así lo afirma Duverger:

“El Parlamento es, de esa manera, el lugar de un debate permanente entre los ciudadanos y el Gobierno, entre la oposición y la mayoría. Es la tribuna pública donde se expresan las reivindicaciones y los desacuerdos. La publicidad de los debates parlamentarios es esencial al respecto, como ella es esencial en materia de control del Gobierno por las preguntas, las interpelaciones y las comisiones de investigación”.⁽⁸⁾

Mientras la labor del Gobierno se realiza en las oficinas públicas sin que los ciudadanos sepan qué se está verificando, la labor parlamentaria es y debe ser el conocimiento de los ciudadanos. Como muy bien lo indica Hauriou:

“La discusión y los debates son el elemento más importante del procedimiento, sobre todo porque son públicos. Lo que interesa más a las poblaciones cuando un Parlamento se inaugura, son los debates parlamentarios, por cuanto los asuntos gubernamentales, que eran tratados en forma secreta por el Poder Ejecutivo, pueden ser discutidos

(8) Duverger, M. Supra nota No. p. 173.

ese día. Un cuerpo legislativo que vota las leyes sin que los debates reciban publicidad, no satisface al país".⁽⁹⁾

Efectivamente, el Parlamento permite la publicidad de aquello que de otra forma ignorarían los ciudadanos. En Costa Rica este aspecto es particularmente importante por cuanto las sesiones plenarias son transmitidas por radio. De esa manera, la Asamblea Legislativa informa a los ciudadanos de los asuntos que discute. La calidad de los debates, sin embargo, ha contribuido a desprestigiar al Parlamento costarricense.

3. El control sobre la administración

Frente a las intervenciones desmesuradas del Estado que han fortalecido al Poder Ejecutivo, y ante el crecimiento de la administración pública que se presenta como técnica y apolítica, aunque deshumanizada y lejana de los problemas comunales, el Parlamento tiene que jugar y debe jugar un papel fundamental de contralor político.

Allí, la oposición ha de encontrar espacio suficiente para la crítica, la denuncia, el debate y la investigación de la actividad administrativa y política de los órganos ejecutivos. Inexorablemente, el legislativo desempeña una función esencial de freno ante los abusos de la administración. Muchas cosas permanecerían ocultas si los diputados no las investigan. El establecimiento de instituciones auxiliares del Parlamento, como en nuestro caso, la Contraloría General de la República, para la fiscalización de la hacienda pública y la aprobación reciente en la Comisión de Gobierno y Administración del proyecto del Defensor de los Habitantes. Con la primera, un nuevo hito en el fortalecimiento del control parlamentario, como instrumento de moralidad y con el segundo un paso fundamental hacia una mayor democratización de las libertades públicas.

Existe una tendencia universal en los parlamentos de orientar su centro de atención principal hacia el control. El propio Mill afirmó: "El verdadero gobierno, debe poner en claro todos sus actos, de exigirle justificación de los mismos cuando estos actos parezcan discutibles y denunciarlos si son condenables".⁽¹⁰⁾

Sin embargo, esta función en Costa Rica, como se advirtió, desemboca muchas veces, en una actividad "politiquera". Para ejercer de modo adecuado el papel contralor se requiere un conocimiento tanto de procedimientos y métodos como de la actividad controlada. Pero no obstante lo anterior, continúa el proceso universal del fortalecimiento del papel contralor, tal vez como reacción como reacción al aumento de funciones del Poder Ejecutivo, como lo advierte Biscaretti:

"En algunas formas parlamentarias (por ejemplo en Inglaterra), donde la actividad legislativa desarrollada por el Ejecutivo (especialmente con delegación parlamentaria) ha ido asumiendo extensión siempre creciente, y el parlamento ha acabado con cargar más bien sobre la función de control continuado de toda la actividad del Gobierno".⁽¹¹⁾

En Costa Rica, la Constitución de 1949 estableció por primera vez, las comisiones de investigación. Como lo advierte el Lic. Ortiz: "se trata de una técnica adecuada y poderosa de control sobre el Poder Ejecutivo y demás entes públicos por la Asamblea (121, inciso). Pueden citar compulsivamente a cualquier persona pública o privada, recibir toda clase de prueba y tener acceso a toda clase de documentación en las dependencias oficiales, a condición de que no sea de naturaleza privada la información o la documentación necesaria, porque caso opuesto, la misma estará constitucionalmente protegida por la garantía de la inviolabilidad de los documentos y las comunicaciones privadas, que sólo desaparece dentro del proceso y ante mandato judicial que ordene la exhibición requerida".⁽¹²⁾

En los últimos años, se han constituido varias comisiones que han jugado un papel importante en la revelación de negocios escandalosos: mención especial merece la Comisión Nacional nombrada para investigar el tráfico de drogas, cuyo informe fue conocido por el plenario el 26 de enero de 1988.⁽¹³⁾ Recientemente, se creó otra comisión para investigar este mismo tema y se modificó el artículo 18 del reglamento, con la finalidad de ampliar las atribuciones de estas comisiones y desarrollar del mejor modo posible la norma constitucional respectiva.

(11) Biscaretti, Paolo. Derecho Constitucional. Tecnos, 1973, p. 403-404.

(12) Ortiz Ortiz, Eduardo. Costa Rica, Estado Social de Derecho, Revista de Ciencias Jurídicas No. 29. E. Lehmann, 1976, p. 79.

(13) Solís Fallas, Alex. Tráfico de drogas, consecuencias y soluciones. Imprenta Nacional, 1988.

(9) Hauriou, Maurice. "Precis de droit constitutionnel", L. de Recueil Direy, 1929, p. 471.

(10) Mill, John Stuart, cit. por Marie France Toinet, "Le congres des etats unis" PUF, 1973, p. 25, París, Francia.

CONCLUSION

Del análisis, tanto de las causas de la crisis del legislativo, en general como de la evolución que ha sufrido la institución parlamentaria, pueden surgir algunas respuestas a la pregunta inicial: ¿Está en crisis el Parlamento? Sin lugar a dudas, en la mayoría de los países, como lo advierten los autores, se ha convertido en lugar común hablar de la crisis de las asambleas. También suele aceptarse como una verdad que el Poder Legislativo transforma su papel básicamente hacia una función contralora, sin renunciar, eso sí, a la tarea legislativa que ha soportado una importante disminución cualitativa y cuantitativa. Cuantitativa por cuanto, si bien aprueba la ley, normalmente su preparación, si se trata de asuntos trascendentales, corresponde al Poder Ejecutivo, y cualitativa, en virtud de la creciente facultad normativa del Gobierno.

Si aceptamos en general como ciertas las causas de la crisis parlamentaria: la inadaptación, las guerras, la dispersión del trabajo parlamentario, el fortalecimiento del Poder Ejecutivo, y la marcada evolución del Parlamento, conviene preguntarse, respeto a nuestro país específicamente, ¿si la Asamblea Legislativa costarricense presenta todos esos síntomas u otras más graves, o al contrario, la Asamblea Legislativa de Costa Rica es una excepción?

Desgraciadamente, en Costa Rica, la situación resulta particularmente grave, por cuanto además de las causas señaladas, factores internos provocan no sólo la crisis del Parlamento sino su pérdida de prestigio.⁽¹⁴⁾ En el transcurso de este trabajo se han mencionado algunos factores: trabajo disperso de los diputados, luchas de tendencia en los partidos políticos, legislación por medio de normas generales de presupuesto, no obstante, como se indicó, que la Corte Suprema declaró inconstitucional ese procedimiento. Sin embargo, existe un aspecto que provoca indignación pública y que golpea profundamente la institución parlamentaria: se trata de la regulación que los propios diputados, en su beneficio, realizan de su salario, gastos de representación, exoneraciones y, en general, de todos aquellos aspectos que tienen que ver con su remuneración. No sólo la Asamblea Legislativa del período 1982-1986 modificó la norma constitucional que impedía la vigencia de los aumentos durante ese período sino que por procedimientos diversos, los diputados modificaron la legislación ordinaria para beneficiarse. Ante esos hechos y con razón, la prensa y la opinión pública, reaccionaron indignados. Resulta peli-

(14) Rodríguez, Julio. La Nación 31 de agosto de 1988, pág. 15. Es frecuente leer críticas sobre la Asamblea, tanto en periódicos como en foros y seminarios.

groso que los diputados legislen en su beneficio, porque se daña profundamente la moral pública.

No queremos propiciar la tesis de que los diputados desempeñen gratuitamente sus cargos; al contrario, es de rigor que ellos, como la mayoría de los países del mundo, reciban una remuneración digna. Sin embargo, lo que resulta a todas luces inconveniente es la situación de que ellos mismos se fijen sus salarios; una solución más aconsejable se debe orientar hacia una fórmula que permita un aumento razonable, realizada por otro órgano del estado, de carácter técnico, sin interferencia ni directa ni indirectamente los diputados.

En consecuencia, con ajustes sustanciales en el plano administrativo, en el técnico y en el reglamentario, una buena selección de los diputados, la prohibición tanto de las normas generales atípicas, como de legislar en beneficio propio, se mejora sustancialmente el Parlamento Costarricense y, en gran medida, puede responder a las demandas sociales y, de ese modo, salir de la crisis por la que atraviesa desde hace ya muchos años.

Dr. Enrique P. Haba:
RACIONALIDAD Y METODO PARA EL DERECHO:
¿ES ESO POSIBLE?

*A la memoria de Michel Villey († 1988),
recordando el invalorable aliento y apoyo
que supo brindar para la publicación de
estudios que, como el presente, defienden
puntos de vista con los que él no estaba de
acuerdo.*

SUMARIO(*)

- I.- Introducción
- II.- La noción de método
- III.- Intersubjetividad: a) método y verdad
- IV.- Intersubjetividad: b) razonamiento y racionalidad,
probabilidad (plausibilidad)
- V.- Delimitaciones conceptuales: racionalidad y razón, racionalidad
e intersubjetividad, racionalidad y método, método y ciencia
- VI.- La cuestión del fundamento: tipos, opciones

(*) Este estudio retoma, con ampliaciones, los desarrollos de un capítulo (§§ 4-8) de mi tesis doctoral: *Langage juridique et interprétation littérale (envisagés sous l'angle de la possibilité d'une méthodologie pour l'interprétation des lois)*, Université de Droit, d'Economie et de Sciences Sociales de Paris (Paris II), 1977, XXVII + 448 págs. [El Índice Analítico y las Conclusiones Generales de dicha tesis, en traducción al castellano, están publicados en: *Archivos Latinoamericanos de Metodología y Filosofía del Derecho* (ALMFD) 1, 1980, p. 129-147, Valencia (Venezuela).] Agradezco especialmente a mi director de

- VII.- El círculo de la intersubjetividad metódica. Condiciones esenciales de la racionalidad que caracteriza a los métodos propiamente dichos
- VIII.- Lo racional y lo razonable: a) cuatro planos del pensamiento (tipos de ciencias)
- IX.- Lo racional y lo razonable: b) el papel del "buen sentido"; lo arracional y lo irracional
- X.- Conclusión

Excurso: persuasividad de las definiciones propuestas y carácter valorativo-opcional de las orientaciones (decisión) metodológicas, pero objetividad de lo racional

Epílogo: posibilidades reales de la metodología jurídica en la actualidad

Apéndice crítico:

1. Sobre la lógica formal (deóntica) en el derecho
2. Sobre la "nouvelle rhétorique" (lógica argumentativa) de Perelman
3. Sobre la dialéctica
4. Sobre la "hermenéutica filosófica" de Gadamer
5. Sobre la "raison juridique" de A.-J. Arnaud
6. Sobre "irracionalismo" en la teoría jurídica (¿como metalenguaje crítico o en su lenguaje-objeto?)

Anexo: Ciencia jurídica: ¿QUÉ "ciencia"? (postscriptum)

Literatura escogida

tesis, Michel Villey, como asimismo a los miembros del jurado, Henri Batiffol y Georges Kalinowski, por sus observaciones en ocasión de sostenerla, que también tomé en cuenta cuando introduje ya ciertos cambios para la primera versión publicada. Y deseo igualmente hacer extensivo mi agradecimiento a la *Alexander von Humboldt-Stiftung* de la República Federal Alemana, pues lo que expongo es, en buena medida, fruto de estudios efectuados por mí en dicho país (1974-1976) como investigador de esa institución. La mencionada versión apareció en *Archives de Philosophie du Droit*, t. 23 (1978), p. 265-293, bajo el título: "Rationalité et méthode dans le droit". En la misma época, por otro lado, retomé la mayor parte de lo allí expuesto, pero enfocando esos temas desde un

...la racionalidad y la irracionalidad. Pocas palabras se usan en manera tan múltiple y contradictoria como estas dos.

MANNHEIM

Ateniéndome a la máxima de Hegel: "Todo lo que es, es racional", confío en vencer cualquier obstáculo. A quien no concuerde conmigo, le negaré la facultad de comprender lo racional.

JHERING

No puede haber obstáculo mayor al desarrollo de la racionalidad, que la ilusión de que se es racional cuando se es víctima de ilusiones. El hombre no puede inventar mejor medio para entabrar cualquiera de sus ideales, que el engañarse creyendo que han sido ya alcanzados.

J. FRANK

The existence of such principles does not guarantee that men will apply them—any more than the existence of logic can guarantee that men shall think logically—but their existence does guarantee the possibility of objective knowledge, and that is the major thesis which this book undertakes to defend.

E. D. HIRSCH, JR.⁽¹⁾

ángulo más general—esto es, sin referirme particularmente al pensamiento jurídico—y añadiendo desarrollos que no contiene aquella: "Lo racional y lo razonable", *Revista de Filosofía de la Universidad de Costa Rica*, N° 43 (enero-julio 1978), p. 1-32.

Lo que ofrezco ahora es básicamente una traducción al castellano del artículo francés, pero trato aquí de lograr más precisión en ciertos puntos y, además, agrego numerosos complementos (algunos están incorporados en el propio texto central o en sus notas, pero sobre todo es lo que contienen el Epílogo y el Apéndice crítico). Esta versión fue preparada especialmente para la revista española *Doxa-Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Universidad de Alicante. Para su publicación en la *Revista de Ciencias Jurídicas* he vuelto a revisar todo el texto, ocasión aprovechada para introducirle todavía pequeñas correcciones y algunos agregados más (estos últimos—entre ellos, el Excurso—proviene principalmente de "Lo racional y lo razonable"), por lo cual considero que la presente—agosto 1990—es la versión definitiva de este trabajo.

(1) Karl Mannheim: *El hombre y la sociedad en la época de crisis* (trad. de Francisco Ayala), La Pléyade, Buenos Aires, 1969, p. 38.

Frank: *Law...*, p. xxx [cuando, como en esta referencia y la siguiente, se indica el nombre del autor sin otros datos bibliográficos, entonces se trata de

Las palabras "racionalidad" y "método" son utilizadas a menudo con referencia al derecho, especialmente en estudios actuales. En un sentido muy lato, método puede querer decir simplemente: un procedimiento cualquiera, y sea intelectual o material. Mas entonces la cuestión de saber si el derecho es o no es metódico no se plantearía, pues nadie ignora que las soluciones jurídicas se adoptan con ayuda de ciertos procedimientos intelectuales⁽²⁾. Sin embargo, en la discusión sobre el método jurídico, este término aparece empleado también de acuerdo con sentidos más específicos: muchos dicen que los juristas recurren a procedimientos verdaderamente metódicos en cuanto son racionales, o por lo menos "razonables". Pero también estas son palabras ambiguas. Por lo demás, no todo lo que es racional corresponde forzosamente a un método; racionalidad y método no son del todo sinónimos.

un trabajo de dicho autor que se consigna en la lista de obras (Literatura escogida) ubicada al final]. Jhering: p. 349.

E.D. Hirsch, Jr.: *Validity in Interpretation*, Yale University Press, New Haven-Londres, 1967, p. 180 ("La existencia de tales principios no garantiza que los hombres querrán aplicarlos —así como la existencia de la lógica no puede garantizar que los hombres pensarán en forma lógica—, pero su existencia garantiza sí la posibilidad del conocimiento objetivo, y esa es la tesis principal que este libro se propone sostener" [en esta y otras citas tomadas de textos en lenguas extranjeras, la traducción al castellano corre por mi cuenta —E.P.H.—]).

- (2) "Por método jurídico, el jurista entiende cualquier técnica de aproximación al fenómeno jurídico en su realidad histórica, humana y social, y además la técnica de interpretación del derecho" (Brimo, p. 217 —cursiva mía, E.P.H.—). "Por método se entiende, en consonancia con la etimología del término, la vía a seguir para alcanzar una meta, un resultado correcto. Se dice que esa vía consiste en una serie de indicaciones para la solución de problemas; o en el conjunto de los procedimientos intelectuales requeridos para llevar una investigación al fin deseado; o en 'una serie de operaciones-tipo dispuestas en razón de un cierto resultado', etc." (García, p. 176). Comparando tales definiciones de "método" (o incluso la de Larenz: *infra*, n. 29) con la que será propuesta aquí (*infra*, II *in limine* y X *in fine*), puede decirse que aquellas representan una noción muy *extensiva* al respecto, mientras que la nuestra se refiere sobre todo a los métodos propiamente dichos, métodos en sentido *stricto*. Empero, aun dicha noción *extensiva* puede ser más (p. ej., Brimo) o ser algo menos (p. ej., García o Larenz) *elástica*, por lo cual cabe allí distinguir entre métodos en el sentido *más* lato y métodos científicos en sentido *amplio*: *infra*, VIII *in fine*, a la altura de la n. 32.

La polisemia de los susodichos términos provoca malentendidos, origina confusiones en la apreciación del resultado práctico a que las posiciones sostenidas por unos u otros puede conducir. Para saber si, y en qué medida, racionalidad y método existen o pueden llegar a existir en el derecho, antes que nada sería necesario conocer mejor el sentido en que estas palabras claves son empleadas en cada caso: ¿qué racionalidad?, ¿qué método? He ahí lo que se intentará dilucidar en el presente estudio, ya que eso constituye la base misma para responder a la pregunta formulada como título.

I.- INTRODUCCION

Hay que empezar por advertir que lo racional no es más que un aspecto del pensamiento jurídico. Como Radbruch lo señalara en cuanto a la interpretación del derecho, este se compone de "una mezcla indisoluble de elementos teóricos y prácticos, cognitivos y creativos, reproductivos y productivos, científicos y supracientíficos, objetivos y subjetivos". O como dice Cowan, se trata de un "centro en torno del cual se combina, en mayor o menor grado, una singular mezcla de ciencia, mitos, supersticiones, folclor y usos tradicionales de antiquísimas tecnologías"⁽³⁾. Efectivamente, en el razonamiento de los juristas hay *más* que lo racional, e incluso más que lo razonable. De ahí que un examen sólo de los aspectos racionales del derecho, entre los cuales están los métodos, nunca será capaz de dar cuenta del fenómeno jurídico entero, de su real complejidad.

Racionalidad y método son términos prestigiosos; implican, así sea tácitamente, una afirmación de valor, pues presentan también un aspecto *emocional*, "persuasivo" (Stevenson). Todos quisieran poder reivindicar

- (3) Gustav Radbruch: *Rechtsphilosophie* (7ma. ed., por Erik Wolf), E. F. Koehler, Stuttgart, 1970, p. 211 [hay trad. de José Medina Echavarría: *Filosofía del Derecho*, Revista de Derecho Privado, Madrid]. Thomas A. Cowan: "The Relation of Law to Experimental Social Science", en *University of Pennsylvania Law Review* 96 (1947/48), p. 482-502; he tomado la cita de la traducción al alemán por Ursula Funke, "Das Verhältnis des Rechts zur experimentellen Sozialwissenschaft", en *Studien und Materialien zur Rechtssoziologie*, Kölner Zeitschrift für Soziologie und Sozialpsychologie, Sonderheft 11/1967, p. 161-181 (ahí p. 162), Westdeutscher Verlag Opladen. Cf. también las líneas de Cowan y de David transcritas *infra*, VIII *in fine* (excurso).

estas palabras para legitimar las soluciones propias. A nadie le gustará tener que admitir que estas no son (o que solo son débilmente) racionales, menos metódicas que las de otros procedimientos posibles. Todo teórico del derecho entiende referirse a unas vías racionales, o razonables, para la práctica jurídica. Empero, al decir que son tales, no se toma en cuenta sólo aquello que para la ejecución material, la práctica de lo que cada quien llama racional, es el sentido objetivo, *descriptivo*, de los procedimientos así calificados. El aspecto emocional sirve para otorgar automáticamente una valoración aprobativa a cualquier sentido objetivo ligado a dichos términos. Al afirmar que tal o cual cosa es "racional", se afirma asimismo –por dinámica propia de este lenguaje– que esa cosa es "buena". Las cuestiones de palabras que de ello resultan, a propósito de semejante calificación, representan así diferencias más profundas. Quienes sostienen que el derecho es racional ya, están de acuerdo en reconocer que las vías de pensamiento tradicionales de los juristas son buenas, consideran que nada fundamental merece ser cambiado en tal práctica. En cambio, quienes toman las palabras racionalidad y método en un sentido que es más exigente desde el punto de vista científico, estiman que esa práctica no es satisfactoria, que debería ser reemplazada, cuando menos parcialmente, por otros tipos de procedimientos. Y hasta en el interior mismo de estas dos grandes tendencias, siempre existe la posibilidad de discrepancias sobre el sentido de dichos términos.

→ Por ende, cada definición de racionalidad es una elección que conlleva importantes consecuencias prácticas. La acepción elegida depende de los fines que se persigan mediante los procedimientos que serán llamados racionales. Determinada clase de procedimientos se prefiere, por unos, porque les parece adecuada con vistas a lograr un fin (valor); y a este procedimiento le llaman "racional", o "razonable", justamente porque permitiría alcanzar ese fin. Por ejemplo, si se prefiere (fin) que el juez pueda dictar su sentencia de manera relativamente libre, se abogará por unos "métodos" tan elásticos que nadie conseguirá saber de antemano lo que el juez decidirá en concreto, ni tampoco se podría luego mostrar de manera indisputable que él pueda haberse equivocado; tales procedimientos serán calificados, así y todo, como racionales o razonables, por sus partidarios –los cuales, en el fondo, confían en que el juez siempre decidirá de acuerdo con la ideología política y social dominante en ese Estado, con la cual ellos están sustancialmente de acuerdo–. En cambio, si se prefiere (fin) que los resultados sean mucho más previsibles o controlables, esto es, que el juez sea lo menos libre posible, entonces se toma partido por otros métodos, y sólo a estos se les reconoce la condición de ser verdaderamente "racionales," –posición que, desde luego, puede adoptarse con o sin intenciones críticas respecto al *status quo* político-social–.

Por mi parte, deseo reservar para esos términos un sentido que esté lo más próximo posible del que ellos tienen cuando son utilizados en las ciencias empíricas. Esto corresponde a una finalidad, por supuesto; la de que por medio de los procedimientos así denominados puedan obtenerse en forma más segura, menos equívoca, y sobre todo más "transparente", los resultados jurídicos. Esos procedimientos serán racionales, en tal sentido, análogamente a como lo son los métodos de las ciencias, sobre todo los de las ciencias sociales: sociología empírica, ciencia política, etc. (en la medida, claro, en que estas disciplinas acudan a métodos *propriamente dichos*)⁽⁴⁾.

Cada ciencia elabora o recoge unos modelos particulares de racionalidad. No obstante, hay nociones más generales de racionalidad, respecto a las cuales los modelos particulares constituyen sus especies. Esas nociones generales significan un punto de partida, una orientación primaria –explícita o implícita– que permite saber mejor *lo que* hay que buscar para elaborar o para adaptar los que le sirvan a cada disciplina. La noción general tiene una virtud *heurística* respecto a los modelos particulares. Si no se empieza por tener una idea bastante clara sobre este punto de partida, sobre el género de procedimientos encarado, resulta más fácil extraviarse en la búsqueda de los modelos particulares. Por eso, señalaré la noción más general de racionalidad y de método, tal y como aparece presupuesta en la práctica de las ciencias. Ello puede tener su interés sobre todo para el derecho, ya que en él, justamente, dicha precomprensión suele faltar; y esta falta ocasiona un verdadero caos, desde el punto de vista metodológico, en la manera como los juristas tratan los casos que tienen entre manos⁽⁵⁾.

El precisar la noción general de racionalidad y método no basta, desde luego, para alcanzar a determinar desde ya los modelos particulares que necesitaría un pensamiento jurídico que se inspire en tal noción. Lo que subrayaré no puede significar más que un *primer paso* hacia la respuesta a la pregunta formulada. Otros pasos serían indispensables, naturalmente, y claro

(4) Para una percepción más concreta de cómo es o sería posible la aplicación de tales métodos a disciplinas como el derecho, *vid.*, p. ej., las precisiones que al respecto ofrecen Albert (sobre todo en su *Traktat über rationale Praxis*), Koch y Opp; cf. también los trabajos indicados en la n. h, *infra*.

(5) Cf. Batiffol, Sbriccoli, Struck, (*Topische...*), Rùthers, pero sobre todo: Frank, Lautmann y Schreckenberger. De todos esos estudios resalta hasta qué punto no es metódico (sino más bien retórico, etc.) el razonamiento común de los juristas, particularmente el de los jueces.

que son estos los más difíciles de concretar. Pero tal vez las observaciones aquí presentadas puedan ayudar a hacer conciencia de la *dirección* en que esos otros pasos deben ser dados si se quisiera obtener un pensamiento jurídico más científico. Se trata de destacar las *exigencias* que la adopción de un pensamiento de esta clase precisamente, el científico, le impondría al jurista, y *distinguir* en la forma más neta posible *esta* racionalidad frente a otros tipos de pensamiento, llámeselos o no "racionales" también. Es, en definitiva, una manera de advertir acerca de lo que acaso podría ser *querido* —aunque en la actualidad no lo sea— por los juristas, como patrón de su actividad profesional. Asunto que tiene su interés, me parece, no sólo para los partidarios de una racionalidad como la que aquí será destacada, sino hasta para sus adversarios (en el caso de estos, para que puedan rechazarla con mejor conocimiento de causa).

II.— LA NOCIÓN DE METODO

La nacionalidad *científica* se caracteriza especialmente por la condición de que ella se vierte en *métodos*. La elaboración y aplicación de estos es, puede decirse, la condición esencial para el pensamiento racional en la ciencia.

En sentido amplio, "método" quiere decir simplemente: un "camino", algún *procedimiento*, sea intelectual o material. En tal sentido, *cualquier* medio que se emplee para lograr algo constituiría un método (cf., p. ej., las definiciones transcritas en la n. 2, *supra*). Pero si queremos referirnos a los procedimientos *científicos*, los métodos *propriadamente dichos*, entonces esa palabra tiene un alcance mucho más restringido. En este último sentido, riguroso, estrecho, un método es el conjunto de operaciones por medio de las cuales, paso a paso, siguiendo un esquema racional, se avanza hacia un fin, Las etapas de este proceso dependen de la cosa (material o no) a la cual el respectivo método se refiere y de lo que se desee hacer con ella. El método consiste en un modelo racional —un sistema de reglas, o cuando menos una sola— que apunta a la realización de determinado género de operaciones, las que conducen, si como punto de partida están dadas ciertas condiciones, hacia una meta preestablecida. Esta puede ser de distinta naturaleza: elaboración o transformación de bienes materiales, obtención o confirmación de nuevos conocimientos, etcétera. Y las reglas del método, a su vez, también ellas son muy variadas según la especialidad de que se trate. (Para la idea de *método*, vid. Rapp y sobre todo Segeth.)

Fijemos, como punto de partida, una definición provisoria:

METODO es el conjunto ordenado —modelo racional— de procedimientos intelectuales, y eventualmente materiales, que se emplean para un determinado tipo de actividades; estos procedimientos son medios que apuntan a ciertos aspectos de un tipo de objetos (reales o ideales), a los que el método es aplicado con la finalidad de obtener o confirmar conocimientos acerca de ellos, o bien de elaborar o transformar dichos objetos; y tales procedimientos, si el método es correcto, la experiencia los acredita como adecuados para la obtención de los conocimientos o las realizaciones prácticas así perseguidos.

(Al final de este estudio presentaré una definición algo más prolija.)

Como los fines y los modelos posibles son tan variados, hay muchos tipos de métodos. Ante todo, hay que distinguir entre métodos de investigación y de verificación. El primero de estos dos tipos se utiliza para hallar, descubrir, una solución. El segundo, en cambio, se ocupa de controlar (a posteriori) si esa solución es aceptable, legítima. Carnap ha distinguido tres etapas sucesivas:

- el encontrar ("invención") de una conclusión;
- la construcción (otra "invención") de una prueba que permita someter a verificación esa conclusión;
- el examen, control, mediante la prueba proporcionada, de que tal conclusión es correcta.

Aunque puede concebirse que haya métodos para cada una de estas etapas, en general resulta mucho más difícil determinarlos para las dos primeras que para la tercera. De ahí que Hans Reichenbach formulara la conocida distinción entre *context of discovery* (contexto de descubrimiento, de invención) y *context of justification* (contexto de justificación: de validez, de fundamentación, de legitimidad). Para el primer "contexto", que correspondería a las dos etapas iniciales de las señaladas por Carnap, no parece que existan reglas susceptibles de sustituir la función humana de creatividad (inspiración, intuición); por tanto, ahí no caben métodos. No sería sino en el marco del segundo "contexto", pues, que los procedimientos podrían ser sometidos a un control metódico.

Para obtener la conclusión misma (1ra. etapa) mediante un método, o para encontrar la prueba (2da. etapa) de la exactitud de tal conclusión por vías que sean propriadamente metódicas, se tendría que disponer, en cada una de esas etapas, de lo que Carnap llamó: un "procedimiento efectivo"; esto es, uno que esté sometido a reglas

que *pre-establecen*, en forma unívoca y suficiente, *todos* los pasos necesarios para llegar, de manera indubitable, a la conclusión pertinente (cf. Horak, p. 17 ss.). Sin embargo, en general no se dispone de tal cosa, ni siquiera en la matemática, para esas dos primeras etapas. En estas, incluso si se trata de descubrimientos en matemáticas, es la imaginación del investigador, su "intuición", su talento, lo que juega un papel fundamental (cf. Polya, *passim*).

"La ciencia no progresa solo merced al conocimiento inductivo, analítico. Las especulaciones imaginativas de la mente vienen primero; después, la verificación y la descomposición analítica. Y la imaginación depende de un estado de libertad emocional e intelectual que torna la mente receptiva hacia las impresiones que recibe del mundo en su totalidad confusa, abrumadora, pero enriquecedora. (...) [E]n la mayor parte de los casos, el acto científico creador va antes de las operaciones que conducen al establecimiento de la verdad; juntos, constituyen la ciencia.

"Muchos sobresalientes investigadores, de todos los campos de la ciencia, han descrito cómo sus ideas fueron determinadas en gran parte por percepciones no analíticas, visionarias. Análogamente, la historia muestra que la mayoría de las teorías científicas han surgido y han sido formuladas gradualmente, partiendo de esbozos intuitivos burdos. Bajo esta luz, las primeras etapas en el reconocimiento de pautas o en el desenvolvimiento de nuevos conceptos, se parecen más al estar despierto en el sentido artístico, que a lo que comúnmente se considera 'método científico'. (...) [L]as cuestiones científicas nacen muy adentro de la conciencia humana, frecuentemente por debajo del nivel analítico" (Dubos, p. 116-117).

"No hay, no, nada que pueda llamarse método de descubrimiento. La solución de un problema puede obtenerla un hombre después de un análisis sistemático inmenso, otro por analogía, un tercero como súbito pensamiento o visión, otro más en sueños, o de tantas otras maneras. Hay un método de verificación o demostración científica, pero es cosa distinta del descubrimiento; sin importar cómo se hagan los descubrimientos, la suma de ellos constituye el cuerpo del conocimiento científico, después de ser puestos a prueba —ya sea la demostración lógica que el matemático exige, o la verificación, menos convincente, con que tiene que conformarse el biólogo—. La ciencia está formada por los hechos y conceptos debidamente demostrados o verificados, y organizados después en una estructura compatible con el marco filosófico socialmente aceptable en la época en cuestión" (*ibid.*, p. 130).

"Por lo demás, nadie ha discutido seriamente el papel que la intuición conserva en los descubrimientos. Sea cual fuere la fecundidad de un método, su oficio es sobre todo de consolidación y, si se quiere, de prolongación, pero sobre un terreno fijado de antemano. El método pone en orden lo [ya] adquirido y, haciendo tal cosa, llena las lagunas y explota los huecos, pero no inaugura nada esencialmente nuevo. Los descubrimientos revolucionarios son obra del genio que hace tambalear los métodos. Hallar, probar: lo uno no le es menos indispensable que lo otro a la ciencia, que requiere del espíritu de aventura tanto como del espíritu de rigor. Desde ese punto de vista aún, intuición y formalismo se completan..." (Robert Blanché, *L'axiomatique*, Presses Universitaires de France, París, 1967, p. 82-83 [hay trad. al castellano de esta obra, publicada por la Unam, México]).

Cf. también: Frank, *Law...*, p. 180 ss. (con referencias a Henri Poincaré, etc.); Brecht, cap. I. 1.b (El papel de lo genial); Bunge, p. 220 s.

Por otra parte, los métodos difieren según las especies de objetos encarados y también según los distintos tipos de conocimientos sobre esos objetos. Hay diferencias importantes entre los procedimientos aplicables en lógica formal y los de las ciencias de la naturaleza, o entre estos y los medios a que recurren las ciencias sociales, etcétera. Y hasta en el interior de cada una de estas disciplinas, unos métodos pueden ser más adecuados para ciertos estudios, mientras que otros métodos serán preferibles para otros exámenes.

Cada rama de la ciencia, sea que se trate de ciencias "naturales" o de las "exactas" o de aquellas a las que se llama "del espíritu" (o "del hombre"), posee sus propios métodos. No obstante, un mismo método puede, en su caso, ser aplicable en más de una ciencia, y también hay analogías entre métodos diferentes de disciplinas distintas. Estamos ante un pluralismo de métodos. Esto obliga a efectuar *opciones*, es decir, a elegir el o los métodos que sean aptos para las características de cada disciplina. E incluso entre los procedimientos que se aceptan en una disciplina dada, habrá que elegir aquel método que sea el más adecuado en vista del caso concreto.

He querido comenzar por presentar una idea muy general de lo que es "método". En los apartados que siguen se examina más de cerca los elementos esenciales de dicha noción.

III.— INTERSUBJETIVIDAD: a) METODO Y VERDAD

Quando el método va dirigido a la finalidad de conocer, él no es más que un medio para la búsqueda de una verdad, la cual constituye el fin al que se entiende dirigido ese método. Ahora bien, para apreciar si tal medio es adecuado, hay que tener una idea bastante precisa del género de verdad que se encara. No quiere decir que entonces esta ya se sabía, como tal, de antemano, pues si así fuera no habría por qué efectuar investigaciones, los métodos serían superfluos. Pero es necesario saber hacia dónde se dirige el interés de conocimiento que buscamos satisfacer por medio de ellos; en consecuencia, importa tener esto lo bastante claro como para poder distinguir bien entre la verdad que estamos persiguiendo y verdades que corresponden a otros dominios. Solo así estamos en condiciones de saber, ante los resultados obtenidos por la aplicación del método, en qué medida tal o cual afirmación es "verdadera" respecto a la esfera de estudios en cuestión.

Mas, ¿qué es una "verdad"? Este término puede ser entendido en formas más amplias o más restringidas, y puede referirse a aspectos diversos. Por lo general, se dice que se trata de una adecuación del pensamiento a la cosa⁽⁶⁾. Es eso lo que indica la fórmula clásica, *veritas est adequatio rei et intellectus*. Sin embargo, las diferencias se hacen sentir en cuanto nos preguntamos qué significan exactamente los tres términos relacionados en dicha fórmula: pensamiento, cosa, adecuación. Para lo que nos interesa aquí, basta con tener presente que el género de verdad que un método dado persigue, dependerá de la naturaleza de la "cosa" enfocada, y también de la especie de adecuación que se supone debe existir entre tal cosa y el pensamiento del investigador. En cuanto al método, lo que importa sobre todo es la manera de verificar si tal verdad se presenta o no en un caso dado. Y esto exige un buen nivel de precisión respecto a los pasos necesarios para controlar si realmente ese método alcanza o no, en sus aplicaciones concretas, los resultados que se persiguen, vale decir, el tipo de verdades buscado.

Para llegar a saber eso, es necesario ponerse de acuerdo sobre los criterios que permitan juzgar al respecto. Los criterios de la verdad que dominan en la ciencia contemporánea apuntan a la posibilidad de un control intersubjetivo. Inter-subjetividad (entre-sujetos-distintos) del conocimiento, esto es: que la verificación, el control en cuanto a la legitimidad de una afirmación, dependa de criterios que sean firmes, en el sentido de que la gente —por lo menos los hombres de ciencia de la respectiva disciplina— estará habitualmente de acuerdo sobre la aplicación de dichos criterios, o sea, acerca de la validez (grado de probabilidad, plausibilidad) de los resultados obtenidos en función de tales criterios. Para saber si es así, esos resultados deberán poder ser comunicados sin que haya, habitualmente, mayor riesgo de malentendidos. Ello exige, a su vez, el empleo de un lenguaje suficiente-

(6) Prescindo de terminologías como las de Jaspers, Heidegger, Gadamer, etc., en donde la palabra "verdad" se usa en un sentido antes bien valorativo que descriptivo, que poco tiene que ver con su acepción habitual en las disciplinas científicas. Examinó esto en un artículo donde critiqué, con cierto detalle, las posiciones centrales de Gadamer: "Hermeneutik contra Rechtswissenschaft" (Hermenéutica contra ciencia jurídica), en *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, vol. LXIV (1978), p. 163-181 [algunas de estas críticas se recogen infra: Apéndice, Punto 4]. Cf. además las observaciones de Hubert Rottleuthner: "Hermeneutik und Jurisprudenz" (Hermenéutica y jurisprudencia), en Hans-Joachim Koch (comp.), *Juristische Methodenlehre und analytische Philosophie* (Metodología jurídica y filosofía analítica), p. 7-30. Athenäum, Königstein/Ts., 1976. [Vid. también la n. siguiente.]

mente riguroso, es decir, susceptible de ser entendido por lo general de modo unívoco, por lo menos en la comunicación que tiene lugar entre los especialistas de la disciplina de que se trate. Y todo eso es válido también para las ciencias del espíritu, en la medida en que ellas pretendan arribar a resultados objetivos. Quiere decir que la intersubjetividad de una ciencia consiste en:

- (i) el hecho de disponer de un lenguaje riguroso, o sea, susceptible de ser generalmente entendido de manera inequívoca, al menos en la comunicación entre los especialistas de la disciplina respectiva;
- (ii) el hecho de que los procedimientos y resultados de esa disciplina puedan ser expresados en forma adecuada, netamente comprensible, mediante dicho lenguaje;
- (iii) y el hecho de que rija acuerdo, entre los especialistas, sobre el manejo de tal lenguaje (i) y tales procedimientos (ii), y también sobre la legitimidad de los resultados (ii) que así se alcancen;
- (iv) todo ello con base en un cuerpo específico de conocimientos que caracterizan a esos especialistas como tales, el cual constituye el sistema teórico propio de la disciplina científica en cuestión.

"El conocimiento científico es, en primer lugar, el contenido, y solo el contenido, que puede ser comunicado literalmente a otros mediante palabras entendidas literalmente, es decir, sin metáforas, analogías, etc., usadas en la transmisión del pensamiento. En segundo lugar, solo pueden pretender ser reconocidas como conocimiento científico las afirmaciones acerca de las que cualquier persona que se encuentre en condiciones externas apropiadas pueda decidir sobre su corrección o incorrección. En otras palabras, el conocimiento científico es aquel que es intersubjetivamente comunicable y controlable. Es exactamente esta intersubjetividad lo que parece ser la característica del conocimiento racional" (Kazimierz Ajdukiewicz, *Introducción a la filosofía. Epistemología y metafísica*, trad. de Alina Długobaska, Cátedra-Colección Teorema, Madrid, 1986, p. 59). Cf. también Brecht, p. 119 ss. y cap. VII.3 (esp. el punto e).

En conclusión, no es posible ponerse de acuerdo sobre un método sin antes precisar los rasgos esenciales del tipo de verdad que se indaga. ¿Y cuándo podría decirse que esos rasgos se hallan bastante precisados? Solo la práctica, en cada disciplina, puede proporcionar la respuesta. El tipo de verdad buscado está suficientemente determinado cuando, ante los resultados concretos de la aplicación del método, la generalidad de quienes reconocen la pertinencia de este para los asuntos de que se trata, concuerdan

asimismo acerca del grado de verdad que quepa reconocerle a esos resultados. Tal acuerdo, y que él sea comprobable a través de un lenguaje riguroso: eso, justamente, es la *inter-subjetividad* de una comunidad científica.

Lo dicho no significa, cabe aclarar, que todo criterio intersubjetivo ha de servir forzosamente para garantizar la verdad de las conclusiones alcanzadas o controladas por intermedio de él, ni tampoco que sea imposible alcanzar eventualmente verdades por vías que no son las de tipo científico. Empero, si por esas otras vías se llegara, acaso, a detectar ciertas verdades, la objetividad de estas sería dudosa: como las opiniones están siempre divididas respecto a la legitimidad de tales "verdades" (p. ej.: religiones, astrología, etc.), no es posible creer en ellas sino en virtud de posiciones bastante subjetivas y tal vez arbitrarias. La intersubjetividad no proporciona, por cierto, garantías absolutas para aquellas afirmaciones que la tienen como respaldo. No obstante, ella es el único medio de que disponemos para juzgar en forma menos arbitraria.

Como dice Wilfrid Sellars (*Ciencia, percepción y realidad*, trad. de Víctor Sánchez de Zavala, Tecnos, serie Estructura y Función N° 35, Madrid, 1971): "ser capaz de pensar es ser capaz de medir los propios pensamientos con arreglo a criterios de corrección, de pertinencia y de pruebas" (p. 14). Y tales criterios son, precisamente, intersubjetivos. En efecto, "el carácter esencialmente social del pensamiento conceptual salta a la vista cuando nos percatamos de que no hay pensamiento con independencia de unos patrones comunes de acierto y pertinencia, que ponen en relación lo que yo realmente piense con lo que cualquiera debería pensar: el contraste entre yo y cualquiera es esencial para el pensamiento conceptual. (...) [Vale decir, que] el individuo como pensador conceptual es esencialmente un miembro de un grupo" (*ibid.*, p. 25). "El motivo por el que el racionalismo valora sólo este tipo de conocimiento (el intersubjetivamente comunicable y controlable) es social. (...) [L]a postura del racionalista es una reacción social sensata, es un acto de autodefensa de la sociedad contra los peligros de ser dominada por fuerzas incontrolables, entre las que se encontraría desde el santo que proclama una revelación hasta el loco que afirma los productos de su mente enferma, con el riesgo que supondría el poder de un individuo fraudulento que quisiera ganar seguidores para sus puntos de vista con el fin de llevar a cabo sus propósitos egoístas e indignos. Es mejor confiar en un seguro aunque modesto alimento de la razón, que, por temor a perder 'la verdad', dejarse alimentar con todo tipo de alimento incontrolable que, frecuentemente, resulta ser más ponzoñoso que saludable y benéfico" (Ajdukiewicz, *op. cit.*, p. 59 y 62). "[A] veces logramos pensar racionalmente y tomar decisiones racionales. Pero esto ocurre porque (y sólo cuando) no estamos aislados. La privación sensorial causa alucinaciones, y la privación (o aislamiento) social causa visiones místicas. Yo no puedo pensar ra-

cionalmente todo el tiempo, ni tampoco puede hacerlo mi colaborador, ni menos aún mi crítico. Pero estos me suplen o corrigen cuando fallo, y entre los tres logramos ensamblar un sistema autocorrectivo dentro del cual permaneceremos cuerdos, y fuera del cual desbarramos. La racionalidad, al igual que el lenguaje y la moral, es social. (...) La lógica es una especie de conciencia colectiva, y el conocimiento humano es propiedad pública (o debiera serlo por ser producto de la cooperación). (...) [E]l estudioso no cuenta sólo consigo mismo, sino también con otros miembros de su comunidad. La cooperación, con vivos y muertos, supera las limitaciones personales. Lo que sabe la humanidad, lo sabe colectivamente. No hay sabio aislado" (Bunge, p. 180). Sobre la relación entre intersubjetividad, objetividad y verdad, cf. también Mannheim (*op. cit.* en la n. 38, *infra*), p. 147 s. y 262 s.

Por todo lo señalado, son los conocimientos intersubjetivos aquellos que, habitualmente, se consideran el tipo por excelencia de las verdades objetivas. Sin embargo, en las ciencias siempre se tiene en cuenta que aun esas verdades son tales en forma provisoria, o sea, mientras no se pongan sobre el tapete unas razones nuevas –razones mejores, pero cuya justificación pueda, a su vez, ser intersubjetivamente probada– para rectificar algo que hasta entonces –¡en adelante ya no!– era intersubjetivo⁽⁷⁾. [Me estoy refiriendo, más que nada, al tipo de intersubjetividad que es especialmente elaborada y rigurosa (cf. *infra*: 2do. párrafo del V, luego VII y VIII).]⁽⁸⁾

IV.– INTERSUBJETIVIDAD: b) RAZONAMIENTO Y RACIONALIDAD, PROBABILIDAD (PLAUSIBILIDAD)

Dijimos que el método es un proceso esencialmente racional. ¿Qué significa esto? Por lo general, los autores subrayan que el pensamiento ra-

(7) Que esas nuevas razones sean en verdad "mejores", en el sentido de que constituyan realmente una mayor aproximación a la verdad –tesis del llamado *racionalismo crítico*: Popper, Albert, etc.–, es cosa discutible, sin embargo, desde unos puntos de vista como los sostenidos por Kuhn, Feyerabend, etc.: cf. la discusión que contiene el volumen editado por Lakatos y Musgrave. De todos modos, la forma en que racionalidad y método se definen en el presente trabajo, nada prejuzga acerca de dicha cuestión.

(8) A la idea de "verdad" me refiero con más extensión en el apartado VI de "Lo racional y lo razonable" (cit. *supra*, en la nota inicial: *). Para un tratamiento breve pero muy informativo sobre "El problema de la verdad", cf. el capítulo que lleva ese título en el librito de Ajdukiewicz (*op. cit.*): Primera Parte, cap. II.

cional es una cosa distinta que los pensamientos determinados simplemente por la vida emocional⁽⁹⁾ o por la costumbre. Sin embargo, en cuanto se trata de señalar en forma más específica *qué* es racional, las opiniones divergen.

Entre los múltiples sentidos que registra la palabra "racionalidad" (o "racional": lo que es conforme a la "razón")⁽¹⁰⁾, nos quedaremos, por su pertinencia para nuestro tema, con la acepción según la cual consiste en fundar las conclusiones sobre unos razonamientos cuya legitimidad es intersubjetivamente controlable. Por "razonamiento" entendemos, con Blanché (p. 12), "un discurso tal que, estando puestas ciertas proposiciones y por el solo hecho de estarlo, otra proposición resulta de ellas, sea necesariamente, sea en forma más o menos probable". Se trata de un modo *discursivo*, es decir, la "expresión y desarrollo del pensamiento por una serie de palabras o de proposiciones que se encadenan" (Lalande, vocablo *Discours*); es, a diferencia de la intuición pura y simple, una manera *mediata* de llegar a la conclusión⁽¹¹⁾.

- (9) Por ejemplo, dice Mannheim: "los actos mentales serán designados como racionales en su sustancia, mientras que en este respecto aparecerá como 'sustancialmente irracional' todo lo que, en la conciencia, no tiene la estructura del acto mental: estímulos, impulsos, deseos, sentimientos, tanto en el grado de lo inconsciente como en el grado de un funcionar conscientemente perseguible" (p. 39, *op. cit.* en la n. 1, *supra*). Pero nosotros escogeremos, de todos modos, una definición de "racional" (*infra*, a la altura de la n. 13) que es mucho más estrecha que lo que Mannheim llama "racionalidad sustancial".
- (10) Las posibles definiciones de qué es "racionalidad" son, claro está, muchas y de lo más variadas: cf. Haba, *Rationalité*. Por ejemplo, Mario Bunge (*Racionalidad y realismo*, Alianza Universidad N° 445, Madrid, 1985) distingue siete conceptos de racionalidad (p. 14): conceptual, lógica, metodológica, gnoseológica, ontológica, evaluativa, práctica. Por su parte, Priester (*Rationalität und funktionale Analyse*, p. 461 ss.) ofrece una lista de 17 definiciones, las cuales se limita a recoger sólo entre las de la racionalidad llamada específicamente "formal" (sobre esta, cf. *infra*, el excursus que contiene el apartado VI). *Vid.* también el artículo de Anacker. La ambigüedad de dicho término ya había sido advertida, desde luego, por Jhering: cf. *supra*, en el acápite, e *infra*, n. 37. Particularmente sobre lo que es "racionalidad" en el derecho, cf. los distintos enfoques que al respecto traen los trabajos reunidos en *Archives de Philosophie du Droit*, t. 23. [*Vid.* además *infra*: n. 17, sobre el término "razón"; ns. 23 y 37, sobre la relatividad histórica de lo que se considera "racional".]
- (11) "Se dice que una operación de pensamiento es *discursiva* cuando alcanza el fin al que ella tiende por una serie de operaciones parciales intermediarias"

El razonamiento consiste, pues, en un encadenamiento de proposiciones. Esa cadena reposa sobre intuiciones intelectuales que se refieren a relaciones de principio a consecuencia: hay algo que se sigue, que resulta, que se desprende, se infiere de *otra* cosa. Estas intuiciones, que permiten aprehender un vínculo entre la primera "cosa" (principio) y la segunda "cosa" (consecuencia), constituyen lo que Peirce llamó *relación ilativa*: cf. Blanché, p. 24 ss. El razonamiento puede consistir en un encadenamiento más o menos extenso y complejo de tales relaciones. Aquello que aparece como conclusión de una (1ra.) relación principio-consecuencia, a su vez puede servir como premisa a partir de la cual se desprende una nueva conclusión (2da. relación principio-consecuencia), y así sucesivamente. Quiere decir que el razonamiento va de una premisa inicial (que corresponde a la 1ra. relación principio-consecuencia) hasta una conclusión final (que corresponde a la última relación principio-consecuencia), pasando por unos eslabones intermediarios (relaciones sucesivas de principio a consecuencia, serie que puede ser más o ser menos prolongada). Pero corresponde señalar (Blanché, p. 12 ss.) que como conclusión, en esa cadena, puede figurar ya sea el principio o la consecuencia de una de dichas relaciones, según que el razonamiento vaya orientado en un sentido o en otro, es decir, del principio a la consecuencia o a la inversa. A partir de un resultado ya conocido (consecuencias), puedo encontrar sus bases racionales (principios); o bien, inversamente, de unos principios extraigo cuáles son sus consecuencias. Por ejemplo: del articulado de unas leyes puedo remontarme a los principios generales de la institución jurídica respectiva, o bien, inversamente, de unos principios generales de derecho se pueden extraer consecuencias particulares; en el primer caso, la conclusión de ese razonamiento es un principio, mientras que en el segundo, la conclusión son unas consecuencias de ese principio. Ya sea que vaya dirigido en un sentido o en otro, lo peculiar de todo razonamiento es que en él la conclusión (sea un principio o una consecuencia) se *infiere* de las premisas (sean principios o consecuencias). En síntesis, puede decirse que: "Razonar es, pues, efectuar una inferencia o combinar inferencias" (Blanché, p. 15).

Empero, hay razonamientos y razonamientos... Cualquier razonamiento constituye simplemente un *medio*. Es un camino intelectual orientado hacia una *finalidad* de conocimiento; inclusive lo es allí donde se trata de la

(Lalande, voz *Discursif*). Según Blanché, "el razonamiento no aparece sino donde interviene una mediación" (p. 14).

determinación, por ese medio, de decisiones adecuadas con vistas a actuar: razonamiento *práctico* (caso del derecho). La orientación de la cadena ilativa hacia el fin encarado, sirve para distinguir, según el grado en que ella sea apta para alcanzar verdaderamente ese fin, si dicho razonamiento es más o es menos "bueno". Cada vez que decimos: *puesto que...*, *entonces...*, estamos ante un razonamiento, sea cual fuere su contenido. Enlaces como: "en consecuencia", "por tanto", "de ahí que", "porque", "pues", "por ende", "por consiguiente", "dado que", "se sigue que", etc.; todas estas expresiones son típicas para expresar razonamientos, ellas ponen de relieve el carácter de mediación que los caracteriza. Mas no todo razonamiento es correcto o adecuado. La *adecuación* de un razonamiento se mide en función de la finalidad hacia la cual se le entiende dirigido, es decir, según que él logre o no alcanzar el conocimiento así buscado.

El razonamiento presenta, pues, tres caracteres fundamentales: a) es un procedimiento de tipo *discursivo*, b) que descansa sobre unas *relaciones ilativas*, c) y se trata de un medio intelectual dirigido a una finalidad de conocimiento. Quiere decir que:

llamamos RAZONAMIENTO a una cadena ilativa que, orientada hacia un fin de conocimiento, sea teórico o práctico, conduce desde unas premisas (principios o consecuencias) hacia una conclusión final (principio o consecuencia); esa cadena puede ser más o menos prolongada, y cada uno de sus eslabones puede tener una composición más o menos compleja.

Quedó agregado, al final de esta definición, que los eslabones de que se compone un razonamiento pueden ser, cada uno de ellos, más complejos o menos complejos. En efecto, cada eslabón puede presentarse fundado, a su vez, sobre una cadena ilativa propia; y toda cadena puede tener más de una premisa inicial, su punto de partida puede consistir en un conjunto de proposiciones; también el resultado final puede ser un conjunto de dos o más conclusiones. Por ejemplo, piénsese en un razonamiento tan complejo como el que representa, unitariamente, el cuerpo entero de una sentencia judicial. Sin embargo, esto no implica la necesidad de corregir la definición propuesta, pues cada uno de esos conjuntos que configura un eslabón puede ser encarado formalmente como una unidad, o sea, como si se tratara de una premisa o de una conclusión, aunque esté compuesto en forma compleja. En rigor, un razonamiento (global) se halla a menudo integrado por varios sub-razonamientos (razonamientos subordinados), todos orientados hacia el fin de co-

nocimiento principal, en función del cual ellos quedan ahí entrelazados. Sea que la cadena del razonamiento esté más o esté menos complejamente integrada, ella presenta siempre los caracteres esenciales subrayados en la definición de razonamiento aquí ofrecida⁽¹²⁾.

* * *

Hemos visto qué caracteres formales definen lo que es un razonamiento. Ahora bien, no todo razonamiento es forzosamente racional. No basta con que un acto intelectual presente los tres caracteres indicados para que, desde ya, haya ahí lo que hemos llamado "racionalidad" (cf. al principio de este apartado). Al caracterizarla, subrayé que es *intersubjetiva*. Mas hay razonamientos que son poco intersubjetivos, por lo cual resulta que el carácter de racional no corresponde más que a un tipo de razonamientos: es el *buen* razonamiento *intersubjetivo*. (Recordemos que la "bondad" de un razonamiento es su aptitud para alcanzar un fin determinado.) Ello nos conduce a la siguiente definición:

llamamos RACIONAL a un razonamiento cuando él se asienta sobre (a) cadenas ilativas intersubjetivamente controlables, (b) orientadas hacia un fin de conocimiento compartido —de modo igualmente intersubjetivo— por los encargados de medir esa racionalidad, y en donde (c) las conclusiones respectivas alcanzan —por lo menos en cierta medida, pero siempre intersubjetivamente— aquel fin⁽¹³⁾.

- (12) Así, por ejemplo, incluso un esquema de argumentación como el que presenta Gottlieb (p. 170), inspirado con el de Toulmin (p. 104), puede caber en el marco de dicha definición. Y hasta se podría tomar como ejemplo de un razonamiento complejo los desarrollos del presente artículo, pues tratan de explicar y justificar la definición —esta sería la conclusión— de método que se presenta al final (*infra*, X *in fine*).
- (13) Cuando decimos que las conclusiones racionales alcanzan el fin de conocimiento fijado, no hay que entender que llegarán siempre a ofrecer una respuesta *positiva* en cuanto a ese conocimiento que se persigue. De lo que se trata, por dicho medio, no es más que de obtener una respuesta *adecuada* (racionalmente) al problema planteado. Así, también es posible que tal respuesta sea *negativa*, si ese razonamiento permite comprobar (intersubjetivamente) que una hipótesis, la sometida a examen, no es correcta o que no está aún suficientemente probada. En tal caso, se llega *racionalmente* a saber que *no se sabe*. Vid. además *infra*, n. 23.

Más breve: una conclusión es RACIONAL cuando está fundada sobre razonamientos cuya legitimidad ("bondad") es intersubjetivamente controlable.

La idea de racionalidad que he retenido constituye, ciertamente, un concepto estrecho de ella. Este es el único apto para la construcción de métodos propiamente dichos. No obstante, hay autores que recurren a nociones más amplias de "racionalidad"; emplean ese término, o la palabra "razonable", para abarcar incluso unas vías de pensamiento distintas de las capaces de caber en el marco de la definición (estricta) aquí ofrecida. Es el caso, en especial, de unas corrientes hermeneutistas y de quienes se inspiran sobre todo en la *Tópica* y la *Retórica* aristotélicas: hermenéutica filosófica (Gadamer), nueva retórica (Perelman), tónica (Viehweg), tónica hermenéutica (Müller), metodología hermenéutica (Larenz), dialéctica aristotélica (Villey), controversia (Giuliani), argumentación jurídicamente razonable (Kriele), lógica de lo razonable (Recaséns), lógica de la elección (Gottlieb), etc. Lo común a todas estas orientaciones es que ninguna de ellas señala unos criterios precisos para resolver las diferencias de opinión, es decir, para controlar intersubjetivamente esos razonamientos que ellos califican, así y todo, de "racionales" o "razonables"⁽¹⁴⁾ (más abajo se vuelve sobre esto, especialmente en el VIII [y *vid.* el Punto 2 del Apéndice]).

Ese concepto estrecho de racionalidad no implica que esta tenga que ser una de tipo puramente lógico-formal o matemática. La racionalidad científica está lejos de agotarse en la sola esfera del razonamiento "constrictivo": aquel que es válido —más aún: siempre y necesariamente válido— por sus solos trazos formales, el que corresponde a eso que Granger llama (p. 57, 119, 123) la "razón de constructora de máquinas". Habíamos visto, en cuanto al razonamiento, que este no comprende sólo las inferencias necesarias, constrictivas, sino también aquellas que no son sino probables. Por eso, Polya llama la atención (cf. la Introducción de su libro) sobre la dife-

(14) Tal es asimismo el caso de los autores que subrayan la existencia de ciertos "cánones" o "elementos" en la interpretación jurídica, más allá de que los denominen o no "racionales", "método", etc.: Savigny, Coing, Larenz, Fr. Müller, etc. Para una crítica de esta clase de posiciones, cf. mi comentario a propósito de Betti: *Sur une "méthodologie"...* (esp. p. 378 ss.). En cierto sentido, esa crítica podría hacerse extensiva incluso a puntos de vista como los de Esser, quien se inspira (en alguna medida) en ideas de Gadamer: cf. mi *Pré-compréhension et rationalité...* (esp. p. 396 ss.) [cit. junto al libro de Esser, *infra*: en la Literatura escogida].

rencia entre los razonamientos "demostrativo" y "plausible". También este último tipo aparece por doquier en las ciencias, incluso en matemáticas⁽¹⁵⁾. Lo que hace "plausible" a un razonamiento es su buen grado de probabilidad. Tratándose del pensamiento científico, ese grado es intersubjetivamente controlable: ¡he ahí lo que distingue a la racionalidad propiamente dicha frente al campo de lo "razonable", entendiendo este último término de acuerdo con el sentido que le dan Perelman y otros. Nuestro concepto de racionalidad abarca, pues, tanto los razonamientos demostrativos como los probables, pero siempre que estos últimos sean intersubjetivos.

El género de probabilidad a que nos referimos aquí, no es la de tipo estadístico, puramente matemática, sino sobre todo la de carácter inductivo. En qué medida esta probabilidad podría ser vertida en fórmulas matemáticas, es un problema para el cual la teoría de la ciencia parece no haber hallado todavía una respuesta satisfactoria. Mas nosotros podemos desentendernos de tal dificultad, ya que en cuanto al tipo de intersubjetividad capaz de permitir el ponerse de acuerdo sobre un asunto de derecho, un grado tan extremo de precisión no suele ser indispensable, ahí basta con alcanzar una intersubjetividad no matemáticamente formulada.

Empero, los términos "probable" y "plausibilidad" son polisémicos. Podemos distinguir, por ejemplo, una probabilidad I (puramente estadística, matemática) de una probabilidad II (simple generalización, inducción), y una plausibilidad I (credibilidad respecto a hechos) de una plausibilidad II (axiológica, aceptabilidad de valoraciones). La probabilidad II y la plausibilidad I son la misma cosa; y es justamente tomándolos de acuerdo con esta acepción como nosotros utilizamos aquí ambos términos, como sinónimos. Eso no excluye, por supuesto, que tal "probabilidad" o "plausibilidad" pueda estar vinculada, llegado el caso, a probabilidades I o a plausibilidades II⁽¹⁶⁾.

(15) Polya ofrece, en su libro, muchos ejemplos de aplicación del razonamiento plausible (inductivo) a los descubrimientos en matemáticas. Incluso muestra unos "patrones de inferencia plausible" (caps. XII y XIII) que muy bien se pueden aplicar asimismo en otros dominios, como el del derecho; en cuanto a esto último, cf. esp. el apartado 13 del cap. XIII (y *vid.*, *infra*, la transcripción efectuada poco antes de la n. 32).

(16) Cf. Bocheński, núm. 21, sobre todo el primer párrafo de ese apartado (*Las significaciones de la palabra "probabilidad"*), donde se dice:

"La primera clase de probabilidad se llama ordinariamente 'numérica', 'matemática' o 'estadística'; la segunda, se llama 'aceptabilidad'" (p. 229 s. [trad.]).

En conclusión.— La racionalidad (propriadamente dicha) no se agota en la lógica formal, el cálculo. Sin embargo, eso no quiere decir que abarquemos unos razonamientos que no son intersubjetivamente controlables: tópica, dialéctica, argumentación razonable, etc. La racionalidad comprende también conclusiones que solo son probables, pero esto en la medida en que la plausibilidad de ellas sea susceptible de acreditarse ante un control intersubjetivo.

V.— DELIMITACIONES CONCEPTUALES

He aquí unas precisiones sobre algunos conceptos básicos que estamos empleando.

RACIONALIDAD Y RAZÓN.— Para la palabra “racional”, el Vocabulario Lalande dice: “Lo que pertenece a la razón o es conforme a ella...”. Tal definición, aunque responde a usos habituales de dicho término, puede inducir a error. La idea de razón es algo muy confuso, o por lo menos ambiguo⁽¹⁷⁾. Ella conduce a diluir las diferencias que existen entre lo racional, lo razo-

Sin embargo, no es seguro que el sentido que arriba se retiene para el término “plausibilidad” coincida *exactamente* con lo que Bocheński llama “aceptabilidad”, aunque tal vez están emparentados. Cf. también Ströcker, p. 31 s.

- (17) Cf. Granger, Bobbio (*La razón...*) y Arnaud [respecto a este último, *vid.* también el Punto 5 del Apéndice, *infra*]. Por ejemplo, un autor como Jackson (*Rationalité...*) distingue los siguientes tipos de “razón” en cuanto al derecho: “La ciencia jurídica tiende a ver esta diversidad en los procesos de razonamiento en términos de fronteras disciplinarias. Queda delimitada [por un lado] una esfera dentro de la cual la disciplina del derecho puede ser objeto de procedimientos lógicos (lógica deóntica); la razón práctica [por el otro lado] se considera como una apertura del derecho a las cuestiones de filosofía moral y política; [y además está] la razón inconsciente, [que] si se entiende que ella tiene algo que ver, se le deja al antropólogo o al psicólogo” (p. 2). “[C]uatro tipos distintos de la razón utilizada en el derecho han sido identificados: la lógica clasificatoria, que gobierna las relaciones en el interior de conjuntos de conceptos o de instituciones jurídicas, hiponimia (*hyponymie*); la semiótica lógica (o lógica semántica), compatible con el desarrollo del cuadrado lógico; la semiótica discursiva, que incorpora el funcionamiento de las reglas convencionales de clausura; y las asociaciones de categorías oposicionales binarias, que contribuyen a nuestros juicios intuitivos” (p. 16).

nable, el razonamiento y en general cualquier intuición intelectual; estas formas pueden imputarse, *todas* ellas, a “la razón”. La definición de racionalidad aquí propuesta (*supra*, a la altura de la n. 13), en cambio, es mucho menos genérica. Los sentidos que hemos retenido para esos términos, con la intención de marcar diferencias claras entre ellos al utilizarlos, corresponden a distinciones que importa subrayar, a cosas que no conviene confundir las unas con las otras. Si, por el contrario, lo “racional” se define como aquello que es, simplemente, conforme a la “razón” —vale decir, sin especificar que *esta* razón debe ser *discursiva* e intersubjetiva—, entonces resulta que, por ejemplo, podría haber racionalidad incluso allí donde ni siquiera estamos ante un razonamiento (falta la cadena discursiva, no hay mediación).

RACIONALIDAD E INTERSUBJETIVIDAD (INTERSUBJETIVIDADES CIENTÍFICA Y NO-CIENTÍFICA).— Vimos que la racionalidad implica intersubjetividad. No es verdad, en cambio, la afirmación inversa: que siempre haya racionalidad allí donde encontramos intersubjetividad. Existen también unos conocimientos intersubjetivos *directos*, in-mediatos, esos que responden a una intuición (controlable) que no se siente la necesidad de basarla en ninguna otra cosa, pues aquella parece ser evidente por sí misma. De tales conocimientos está llena la vida cotidiana: por ejemplo, cuando la gente reconoce, sin más, un color, una persona, una melodía, etc. Y también los hay en la actividad científica, aquellos que se desprenden de una observación primaria: los enunciados llamados “protocolarios”, o por lo menos algunos de estos (cf. Bocheński, # 18, y Ströcker, p. 16 ss.). De ahí que pueda haber intersubjetividad sin que haya razonamiento, y, *a fortiori*, sin intervención de racionalidad ni método. Lo que diferencia a la intersubjetividad *científica* de la que no es tal, es que la primera se subordina al control de métodos, y que ella es de tipo sistemático (no se trata, en la ciencia, de conocimientos aislados o independientes entre sí), todo lo cual se maneja allí en función de unos marcos teóricos explícitos y sofisticados (*infra*). Como dice Moreno (p. 18): “En oposición al saber vulgar, la Ciencia es saber metódicamente fundado y sistematizado”. Intersubjetividad científica y método son, pues, inseparables; porque esta resulta, ella misma, de la aplicación de métodos, o bien consiste en el conocimiento de ciertos datos elementales que son lo suficientemente firmes y delimitados como para que a partir de ellos se pueda construir un saber metódico. En síntesis: la intersubjetividad puede ser científica o no científica, y solo en el primer caso ella es siempre racional (si se trata de ciencia en sentido estricto). Por tanto, la noción de intersubjetividad está en relación de género a especie con la de racionalidad y la de ciencia.

RACIONALIDAD Y MÉTODO.— Más atrás quedó señalada la diferencia entre razonamiento y racionalidad (*supra*, después de la n. 12). También

vimos que es su condición de racionales, en el sentido apuntado, lo que permite definir a los métodos propiamente dichos, científicos (*supra*, II *in limine*). Ahora bien, corresponde aclarar que no todo razonamiento racional constituye de por sí, necesariamente, un método (en dicho sentido). El método es siempre racional, pero lo racional no es siempre metódico. Cuando el pensamiento racional corresponde a un método, ese pensamiento se ajusta al marco de un plan intersubjetivo, o sea, queda sujeto a un sistema de reglas que son unívocas y fue preestablecido, es un procedimiento estandarizado para alcanzar el fin perseguido. Quiere decir que racionalidad y método se hallan, también ellos, en relación de género a especie.

METODO Y CIENCIA.— Definiéndola en la forma más apretada, puede decirse que CIENCIA es: el saber teórico-sistemático, intersubjetivamente comunicable e intersubjetivamente controlable—un saber que, en la actualidad, suele ser muy complejo y sofisticado—; cf. también *supra*, III *in fine* (inmediatamente antes de los asteriscos), la caracterización de lo que es “conocimiento científico” dada por Ajdukiewicz. Y según que dicha intersubjetividad sea la fuerte o una más débil tendremos, respectivamente, ciencias en sentido estricto o en sentido amplio (*infra*, VIII: cf. esp. el párrafo que termina en la n. 31 y al final de dicho apartado). La necesidad de método está comprendida en esa definición, pues esta exige que ese saber sea “controlable”. Porque si el control ha de ser verdaderamente tal, tanto el de orden simplemente lógico (coherencia de lo teórico) como el de carácter empírico (contrastación por la experiencia, falsabilidad), tendrá que estar a cargo de métodos precisamente. Quiere decir que no hay ciencia sin método (cf. la cita de Moreno, *supra*). Ello no significa que ambos sean una y la misma cosa, estas dos palabras no son meros sinónimos. Una ciencia es más que sus métodos, porque: a) De ella forman parte también ciertos elementos teóricos que son más discutibles, dado que no resultan estrictamente controlables por la aplicación de los métodos aceptados; pero esos elementos guardan, de todos modos, una plausible conexión teórico-sistemática con conocimientos (otros aspectos teóricos) de esa ciencia que sí son controlables; y además, inclusive aquellos son intersubjetivamente comunicables. b) Más aún, cabe señalar que en general los saberes de una ciencia no consisten en sus métodos simplemente; no es lo mismo un procedimiento de prueba —el medio (“test”) para llegar a la verificación o falsación— que lo así probado, aunque desde luego hay estrechas relaciones entre ambos extremos. Por otro lado, si se examina bien nuestra noción de método (*supra*, II), se apreciará que, definido así, puede haberlo hasta en procedimientos que emplean quienes no son científicos, pues en esa definición no se dice que quien aplica el procedimiento ha de tener asimismo el conocimiento teórico-

sistemático respecto a lo que está haciendo. Por ejemplo, se suele aprender el método para manejar un automóvil o para usar una computadora, sin saber científicamente por qué eso funciona así; o puede decirse, inclusive, que una receta de cocina es el “método” para preparar determinado plato, o que hace falta “método” para pescar, etc., ya que en todos esos casos hay un plan de conducta y un resultado intersubjetivos. Significa que es posible la aplicación de métodos sin que, en realidad, quien lo hace esté llevando a cabo una verdadera labor científica. Además, hay que distinguir entre método científico y método vulgar, llegado el caso. Ambos son intersubjetivos, tanto en lo que respecta a los pasos del procedimiento mismo como a la efectividad (“bondad”) de su resultado; pero el primero, a diferencia del segundo, forma parte de un conocimiento muchísimo más complejo, teórico-sistemático, y es aplicado en calidad de tal (*supra*). En conclusión: si hablamos de “método” sin hacer esa diferencia, resulta que método y ciencia son, como conceptos, círculos secantes; en cambio, si nos referimos solo a métodos científicos, advertimos que estos constituyen, respecto a la ciencia en general, solo un aspecto —aunque fundamental— de ella, o sea, que así el método no es más que parte de la ciencia (y esto, tanto si los dos términos se toman en sentido estrecho como en sentido amplio: *infra*, VIII *in fine*), entonces son círculos concéntricos.

El término *ciencia* se puede entender de muchas maneras, según se vé por la Historia de las Ideas y hasta por las discusiones actuales: cf. Lalande. De las distintas acepciones recogidas por este autor, la más propia para la actualidad, cuando menos respecto a lo que nosotros llamamos ciencias *en sentido estricto*, es la siguiente:

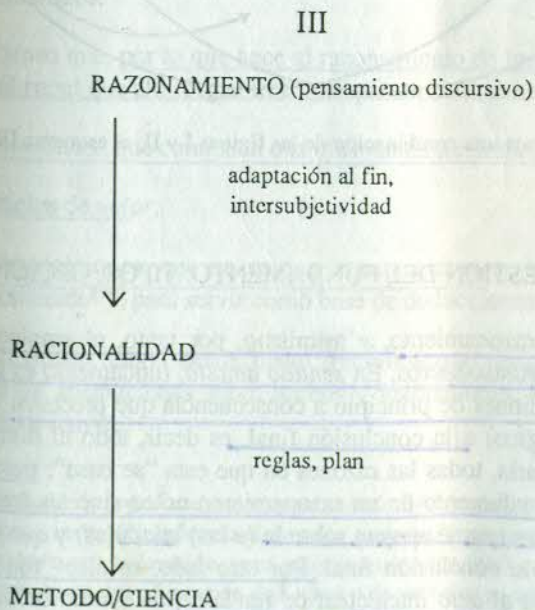
“D. Conjunto de conocimientos y de investigaciones que tienen un grado suficiente de unidad, de generalidad, y capaces de conducir a los hombres que se consagran a ellas a conclusiones concordantes, que no resultan de convenciones arbitrarias, ni de los gustos o los intereses individuales que les son comunes, sino de relaciones objetivas que son descubiertas gradualmente, y las cuales se confirman por métodos de verificación definidos” (p. 954).

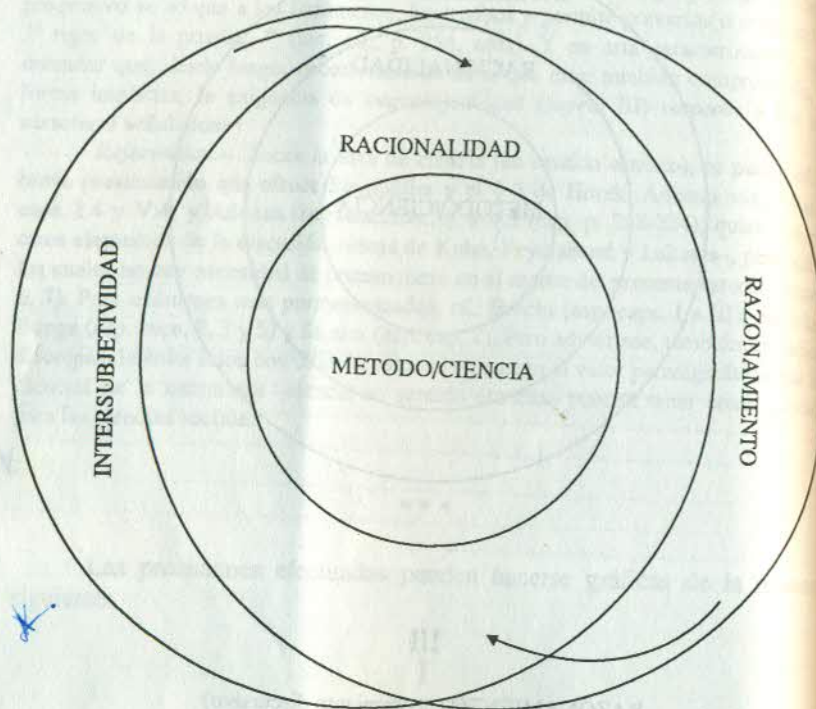
Tal noción se remonta, básicamente, a Kant, quien “definió la ciencia en general como toda doctrina que forma un sistema, es decir, todo conjunto de conocimientos ordenado de acuerdo con unos principios (*Met. Anfangsgründe der Naturwiss.*, Prefacio, § 2 y 3). Y esta última definición es la hoy clásica” (Lalande, p. 597, col. 2). Puede decirse que el sentido actual de dicho término gira en torno a una caracterización como la siguiente: “En sentido restringido y el más moderno, el conocimiento científico parece comportar estos caracteres esenciales: 1º especificación (independientemente de toda consideración ontológica) por el mero elemento formal, es decir, por un punto de vista, por un método, de la materia

[propia, específica], de tal o cual ciencia...; 2º organización sistemática de las ideas o de los hechos de que el ser científico está constituido por sus relaciones en serie, a partir de símbolos iniciales y en la medida en que ese lenguaje organizado y progresivo se adapta a los fenómenos, los traduce y permite preverlos o manejarlos; 3º rigor de la prueba..." (*loc. cit.*, p. 956, nota). Y en esta caracterización cabe entender que, desde luego, necesariamente tiene que estar también comprendida, en forma implícita, la exigencia de intersubjetividad (*supra*, III) respecto a los tres caracteres señalados.

Referencias.— Sobre la idea de ciencia (en sentido estricto), se puede cf. la breve presentación que ofrece Stegmüller y el § 2 de Horak. Además *vid.*: Warat, caps. I.4 y V.4; y Auzias (*Introducción...*), # 4.3 (esp. p. 218-224), quien resume otros elementos de la discusión —ideas de Kuhn, Feyerabend y Lakatos—, pero sobre los cuales no hay necesidad de pronunciarse en el marco del presente estudio (*supra*, n. 7). Para exámenes más pormenorizados, cf.: Brecht (esp. caps. I a III), Ströcker, Bunge (esp. caps. 2, 3 y 5) y Straser (esp. cap. 2). Pero adviértase, también, la radical discrepancia entre estos dos últimos autores, en cuanto al valor paradigmático que las ciencias de la naturaleza —ciencia en sentido estricto— puedan tener como modelo para las ciencias sociales.

Las precisiones efectuadas pueden hacerse gráficas de la manera siguiente:





La figura IV representa una combinación de las figuras I y II; el esquema III equivale a la figura IV.

VI.- LA CUESTION DEL FUNDAMENTO: TIPOS, OPCIONES

Cualquier razonamiento, y asimismo, por tanto, el empleo de métodos, tiene unos fundamentos. En sentido amplio, fundamento es la cadena entera de las relaciones de principio a consecuencia que preceden (desde el punto de vista lógico) a la conclusión final, es decir, todo el discurso que sirve para justificarla, todas las razones en que esta "se basa"; pero en sentido estricto, el fundamento de un razonamiento no es sino su premisa inicial, no las restantes que se apoyan sobre la (o las) inicial(es) y que junto con esta(s) lleva(n) a la conclusión final. Por otro lado, se dice "fundamento" tanto para referirse al acto intelectual de fundamentar (punto de vista dinámico),

mico), como igualmente para señalar las ideas *mismas* utilizadas con ese fin (punto de vista estático). Nosotros tomamos ese término de acuerdo con su sentido estricto y estático; no obstante, incluso si la palabra se entendiera en sentido amplio y según el punto de vista dinámico, eso no conllevaría diferencias importantes para lo que aquí se quiere explicar.

Dicho término es polisémico también en otros aspectos⁽¹⁸⁾. Por ejemplo, se dice "fundamento" para hacer referencia a un *principio*, o sea, en el sentido de un punto de partida lógico del cual se puede deducir —lógica constrictiva— ciertas consecuencias. O se le encara como *razón de un conocimiento*, como aquello que está en condiciones de servir para justificar la verdad de un juicio; este aparece, entonces, ya sea como apoyado en la verdad de otro juicio admitida de antemano, ya sea como sostenido por un recurso directo a lo evidente que es la situación de hecho afirmada. O puede tratarse de una *causa* eficiente, la razón de un devenir, aquello que va a producir ciertos acontecimientos (efectos) en la realidad. O bien, en fin, se alude a la *razón de ser* de una cosa, a su "esencia" —fundamento ontológico—, indagación que se dirige a un sentido de tipo metafísico. Por lo demás, no solo se discute si tiene fundamento un *juicio*, sino que también se dice que la legitimidad de *conductas* ha de estar debidamente fundada; sin embargo, en este último caso no son los actos mismos los que tendrán un fundamento, sino que este pertenece, en rigor, a la *opinión* (ideas) según la cual esos actos están justificados.

Pienso que, por lo que hace al razonamiento de los juristas, basta con atender al papel que allí juegan tres tipos principales de fundamentos:

- enunciados que contienen una afirmación de hechos;
- juicios de valor;
- proposiciones que se toman como axiomas, sea cual fuere su contenido⁽¹⁹⁾, para servir como base de deducciones estrictas.

(También puede haber, desde luego, premisas que contengan una combinación entre afirmaciones sobre hechos y valoraciones, incluso como base de la cadena ilativa.)

(18) Cf. Lalande (voz *Fondement*) y sobre todo Röd (*passim*).

(19) Como contenido referencial de tales proposiciones podría haber incluso un hecho o una valoración, pero entonces tomados (ahí) como *axiomas*, o sea, *no en tanto que* afirmación de hechos o de un valor en cuanto tal.

Por tanto, las relaciones de principio a consecuencia que se entienden dadas en función de tales juicios, presuponen respectivamente tres tipos de fundamentos:

- Según una dirección de sentido *fáctico* (relación de causa a efecto o de medio a fin, probabilidad): el fundamento es una causa o un fin, lo fundamentado es (respectivamente) un efecto o un medio⁽²⁰⁾.
 - Según una dirección *axiológica* (vínculo de valor, fines en cuanto valores, jerarquía valorativa): el fundamento es un valor o la valoración de una cosa, lo fundamentado es el valor de algo que de cierta manera corresponde a aquello otro⁽²¹⁾.
 - Según una dirección puramente *lógico-formal* (deducción estricta, inferencia constrictiva): el fundamento son aquellas premisas de las cuales la conclusión, así fundamentada, se pueda deducir mediante la mera razón formal⁽²²⁾.
- (20) Esto es: el fundamento (A) de cierta cosa (B), ahí está dado por algo (A) que en la realidad sirve para ocasionar (A = causa) aquella cosa (B), o algo que podría ser alcanzado (A = fin) por medio de ella (B). [Aclaración: aunque a B le llamamos "cosa" y a A lo calificamos simplemente de "algo", eso no quiere decir que A no pueda ser tan "cosa" como B. Esta aclaración vale también para las dos notas que siguen.]
- (21) Esto es: el fundamento (A) de cierta cosa (B, que es valiosa), ahí está dado por algo (A: un valor propiamente dicho, o lo que se tenga por una encarnación -más o menos adecuada- de ese valor, o en general lo que son valoraciones) tal que aquella cosa (B) pueda considerarse que en cierta manera corresponde a este "algo" (A). [Acotación: en verdad, sería mejor decir siempre *valoraciones* en vez de "valores", lo cual evita incurrir en un prejujamiento (implícito) respecto a la naturaleza ontológica de tales fenómenos de la conciencia; si nos referimos simplemente a "valoraciones", nada decimos, ni a favor ni en contra, sobre si a ellas corresponden o no, como correlato objetivo, unos *entes* (valores) que realmente tengan existencia propia más allá de la subjetividad de quienes efectúan esas valoraciones -discusión filosófica acerca del carácter subjetivo u objetivo, relativo o absoluto, de los llamados "valores"-.]
- (22) Esto es: el fundamento (A) de cierta cosa (B: *conclusión*), ahí está dado por algo (A: premisas) de donde aquella cosa (B) puede ser deducida por la razón formal; tanto A como B son en sí mismos, aquí, unas formaciones lingüís-

Según cuál sea el tipo de fundamento tomado en cuenta, el género de relación íativa considerado es distinto, la conclusión estará fundamentada (justificada) de diferente manera. Empero, cabe reiterarlo, a menudo esos tipos aparecen combinados en un mismo razonamiento. Por ejemplo: partiendo de un juicio de valor, el pensamiento que se dirige a la realización de ese valor querrá ser no-contradictorio (implicación lógica) y tendrá también en cuenta circunstancias de la realidad (facticidad).

EXCURSO: RACIONALIDAD TELEOLÓGICA (RACIONALIDAD "FORMAL").- Entre los tipos que se acaban de indicar no aparecen mencionados de modo expreso, por su nombre, los fundamentos de carácter *teleológico*: fines, objetivos, metas. Es porque tales fundamentos caben, según la manera en que sean encarados, ya sea entre los de tipo axiológico, ya sea entre los que enuncian cuestiones de hecho (unas relaciones de causa a efecto). Cuando de lo que se trata es de saber si algo *debe* o no ser admitido como finalidad, o como encarnación de un fin, el punto en examen es cuál sea el *valor* (valoración) que corresponde aceptar para ese "algo" (la cosa examinada). Si, en cambio, ya de antemano se enfoca tal o cual cosa como un fin (sea bueno o malo), y si la pregunta es solo cuáles son los *medios* prácticos para realizar dicha finalidad presupuesta, entonces el razonamiento aplicable persigue una dirección que es meramente la de obtener información sobre datos de orden *fáctico*; no se trata, ahí, más que de conocer las causas eficientes capaces de tener como efecto los fines del caso, con vistas a poner en juego (o a evitar) dichas causas para alcanzar (o evitar) tales objetivos. Quiere decir que, en definitiva, la racionalidad de carácter teleológico puede siempre ser reconducida a fundamentos de tipo axiológico o fáctico. En la terminología de Max Weber, a estos dos tipos corresponden respectivamente la racionalidad *material* y la racionalidad *formal*: la primera, racional con arreglo a valores -*Wertrationalität*-; la segunda, racional con arreglo a fines -*Zweckrationalität*-. Si se usa tal terminología, la racionalidad llamada "formal" no sería sino una de las especies que caben dentro del concepto ge-

ticas, y pueden referirse ya sea a objetos reales o ideales, o incluso a cosas imaginarias. [Aclaración: también en los casos contemplados en las dos notas anteriores tenemos que vérnoslas con unas "formaciones lingüísticas", precisamente aquellas mediante las cuales se formulan tales razonamientos; pero allá, a diferencia del tipo de razonamientos a que corresponde esta nota, dichas expresiones lingüísticas se refieren *necesariamente* a unos datos que -según se entiende- están *más allá* de ellas, de modo que entonces el fundamento y lo fundamentado no son, en sí mismos, aquellas expresiones sino esos datos (extralingüísticos) de que estas hablan.]

neral presentado más arriba (ver a la altura de la n. 13, pero cf. también la n. 10). Sin embargo, también ese concepto general es, bien mirado, sólo una definición formal de la racionalidad, todo él, ya que no ofrece criterios de contenido: no especifica *cuáles* son las cadenas ilativas en cuestión, ni *cuál* es el fin de conocimiento perseguido, ni *cuáles* son las conclusiones así obtenidas; sólo indica un cierto orden de relaciones entre estos tres aspectos, en un marco global de intersubjetividad. Así, aunque nuestra definición general de "racionalidad" es toda formal (infra, n. 23), en su interior caben distintas clases de esta, según los respectivos fundamentos. Y una de esas clases es la forma de racionalidad teleológica que se conoce *específicamente* bajo el nombre de "racionalidad formal", cuando estos dos términos son tomados en su acepción *más* restringida.

* * *

El exigir que se dé un fundamento constituye la esencia misma del pensamiento racional, e inclusive del que simplemente quiere ser razonable. La cuestión del fundamento surge por el hecho de pedir un "por qué" para un juicio. Ese "por qué", puede, como acabamos de ver, ser entendido de distintas maneras, pero la respuesta siempre será, en definitiva, algún otro juicio (fundamento) que se refiera a tal o cual cosa. También es posible no darse por satisfecho con dicha respuesta, o sea, pedir incluso un "por qué" respecto a ese segundo juicio: un fundamento (II), para aquello que en la primera respuesta se propuso como fundamento (I), esto es, preguntar por un fundamento del fundamento. O hasta cabe que alguien requiera un fundamento (III) para el fundamento (II); y así sucesivamente, hasta el infinito. La cadena de los fundamentos –fundamentos de fundamentos– es virtualmente inagotable.

Por tal virtualidad, el punto de partida de todo razonamiento constituye, de hecho, una *ruptura* en la cadena de los fundamentos posibles. El razonamiento se detiene allí en el fundamento n , aceptándolo como suficiente, a pesar de que resulta siempre posible (hipotéticamente) pedir que se proporcione todavía un fundamento $n + 1$ para considerar aceptable n . Por otra parte, asimismo es cierto que una conclusión puede ser fundamentada de modos diferentes, mediante distintas cadenas de razonamientos, aun entre las del mismo tipo. Por ejemplo: un hecho puede tener varias causas, de las cuales solo algunas son conocidas o mencionadas; una conducta puede ser justificada en función de distintos criterios de valor; etcétera.

Por ende, el hecho de elegir un fundamento determinado, de apoyar una conclusión sobre un razonamiento dado, siempre comporta cierto grado de arbitrariedad: ¿por qué tomar como base el fundamento A en vez del fundamento B? En última instancia, esa elección se remite a un *consenso*. Se piensa que es legítimo –se toma como indiscutido o hasta indiscutible– el fundamento elegido, porque se está (o se cree que hay que estar) de acuerdo en cuanto a él. Y este acuerdo responde a la finalidad, sea de conocimiento o práctica, perseguida mediante el método correspondiente⁽²³⁾. Así, por ejemplo, la posibilidad de alcanzar una interpretación metódica de las leyes, suponiendo que tal cosa sea viable, dependerá del hecho de *elegir* para ella unos fundamentos bastante intersubjetivos⁽²⁴⁾.

(23) No tenemos necesidad de interrogarnos aquí sobre la manera en que dicho consenso consigue establecerse, ni acerca de las condiciones en que pueda ser revisado (cosa que varía de un dominio a otro). Todo ello depende de múltiples circunstancias empíricas: técnico-científicas, psicológicas, sociológicas, etc. (cf., p. ej., los distintos puntos de vista expuestos en Lakatos/Musgrave). Lo que arriba se subraya son simplemente algunos rasgos de la estructura *formal* de la racionalidad en *general* (cf. *supra*, el excurso), aspectos que pueden ser aplicables también al derecho. Como dice Ayer: "para nosotros, 'ser racional' supone ser guiado de una manera particular por la experiencia pasada. (...) Porque ser racional es simplemente emplear un procedimiento reconocido y que no conduzca a contradicción para la constitución de todas nuestras creencias. El hecho de que el procedimiento que nos sirve ahora para establecer si una creencia es racional puede perder más tarde el derecho a merecer nuestra confianza, no quita en absoluto que su adopción ahora tenga un carácter racional. Pues, en efecto, definimos como racional una creencia a la cual se ha llegado por los métodos que, en en el momento, consideramos de confianza. No existe un patrón absoluto de racionalidad, del mismo modo que no existe un método para construir hipótesis de seguridad garantizada. Confiamos en los métodos de la ciencia contemporánea porque han tenido éxito en la práctica. Si en el futuro tuviéramos que adoptar métodos distintos, creencias que son ahora racionales podrían transformarse entonces en irracionales desde el punto de vista de estos nuevos métodos" (Alfred Jules Ayer, *Lenguaje, verdad y lógica*, trad. por Ricardo Restá, revisión técnica de Eduardo Pozzi, Eudeba, Buenos Aires, 1965, p. 60 y 123). En cuanto al carácter siempre *provisorio* que, para una "racionalidad crítica", tiene cualquier fundamento –y por ende, también los razonamientos y conclusiones basados en este–, cf. los trabajos de Albert.

(24) Esa es, precisamente, la idea central de la Tesis en que se origina este estudio [cf. *supra*, la n. inicial: (*)]. Y a dicha idea respondía también un trabajo mío

En conclusión: cualquier método se basa en ciertos fundamentos, y estos son el resultado de una opción que depende del fin de conocimiento que se persiga mediante la aplicación de dicho método. A menudo esta elección se produce de manera más o menos inconsciente, lo cual sucede sobre todo cuando esos fundamentos se presentan como verdades que parecen obvias, o sea, como unas pre-comprensiones respecto a las cuales no se advierte siquiera que son tales. No obstante, aun entonces estamos en presencia de una opción, aunque sea tácita, ya que siempre sigue siendo posible (hipotéticamente) preferir un fundamento distinto y cambiar de método.

VII.- EL "CIRCULO" DE LA INTERSUBJETIVIDAD METODICA. CONDICIONES ESENCIALES DE LA RACIONALIDAD QUE CARACTERIZA A LOS METODOS PROPIAMENTE DICHOS

La intersubjetividad puede alcanzar a un sector más o menos amplio de personas, y en cada disciplina no se refiere más que a tales o cuales aspectos de los objetos. Si tenemos en cuenta esas limitaciones, como así también el carácter relativo de todos los fundamentos, es evidente que no existe la racionalidad o el método, sino únicamente unas formas racionales y unos métodos, pues aquellas y estos son tales solo para un género de casos y para un círculo dado de gentes. Este círculo podría acaso, potencialmente, abarcar la humanidad entera, pero en la práctica se trata, por lo general, de grupos mucho más restringidos: un pueblo, una colectividad religiosa o política, un sector profesional, los aficionados a cierto deporte o a determinado género artístico, etc. En el caso de las ciencias, se trata siempre de unos métodos-para, racionalidad dentro de un grupo de expertos, o por lo menos de conocedores.

Hay método, pues, allí donde la legitimidad de los pasos que integran ese procedimiento estandarizado se reconoce intersubjetivamente en el círculo que lo emplea, piensen lo que piensen (o aunque no lleguen a pensar nada al respecto) cualesquiera otras personas. Basta con que el razonamiento

anterior, donde presenté un cuadro general de figuras tradicionales del pensamiento jurídico, tratando de señalar sus respectivos presupuestos racionales: *Esquemas metodológicos...* La versión más detallada de esa idea, como principio heurístico, es mi estudio: "Apuntes sobre el lenguaje jurídico (III): Alternativas para el intérprete", en *Revista de Ciencias Jurídicas*, N° 39 (setiembre-diciembre 1979), p. 153-258, Universidad de Costa Rica-Facultad de Derecho/Colegio de Abogados, San José.

nada al respecto) cualesquiera otras personas. Basta con que el razonamiento que sirve para conformar el método pueda ser seguido en forma análoga y disponga de igual fuerza ilativa en el interior de dicho grupo, es decir, para los especialistas de la disciplina en cuestión⁽²⁵⁾. Eso no quita, por supuesto, que una persona pueda pertenecer a más de uno de dichos círculos y que estos puedan ser más amplios o menos amplios. Los círculos se entrecruzan, ya que lo que determina cuál será la extensión de cada uno, quiénes forman parte de él, no es otra cosa que el poseer los conocimientos de la disciplina respectiva. Conviene aclarar que la expresión "círculo" o "grupo", tomada en tal sentido, no implica la necesidad de que haya alguna organización de tipo institucional (con autoridades, reglamentos, etc.) en que se unan sus miembros, y ni siquiera suele ocurrir que todos ellos se conozcan de alguna manera entre sí, sino que se trata, simplemente, de una vinculación de hecho en el plano intelectual: compartir determinados conocimientos, que sus miembros se *entiendan* unos con otros -¡intersubjetividad!- en la eventualidad de que lleguen a entablar un diálogo al respecto.

En función de todo lo señalado, resulta que lo racional admite gradaciones. El grado de la racionalidad depende de tres condiciones esenciales:

- determinación del círculo de personas a las que se considera capacitadas para juzgar sobre la legitimidad de los razonamientos en cuestión, es decir, poder distinguir netamente quiénes son los individuos que deben estar de acuerdo -o cuando menos no estar en desacuerdo- para que ahí haya intersubjetividad⁽²⁶⁾; (X)

(25) La intersubjetividad de los procedimientos metódicos ha de poder alcanzar en principio a todos los miembros del círculo. Sin embargo, podría entenderse que incluso se tengan allí por válidos, desde el punto de vista metodológico, ciertos resultados que solo la amplia mayoría del círculo acepte, aunque una minoría de él los cuestione; pero esto, nada más que para algunos casos *excepcionales* que en el círculo se reconocen como discutibles (o sea, cuando la mayoría misma admite, al respecto, que la opinión discrepante de una minoría no es absurda considerando el método aceptado por todos). Si no fuera así, si los procedimientos ya no estuvieran en condiciones de producir *habitualmente* un acuerdo general dentro del círculo, entonces no constituyen un método *propriamente dicho*; en el mejor de los casos, podrían entonces ser método en sentido *amplio*, unas vías para lo razonable y no de lo racional (*infra*, VIII).

(26) El círculo de personas para las que un conocimiento racional es intersubjetivo, en una hipótesis límite podría estar integrado por solo dos individuos,

- b) precisión de los aspectos respecto a los cuales ha de producirse ese acuerdo⁽²⁷⁾;
- c) indicación de un verdadero procedimiento de control, esto es, de los medios intelectuales concretos que hay que aplicar, llegado el caso, para comprobar, de manera inequívoca, que allí la intersubjetividad existe efectivamente entre los sujetos que deseen efectuar tal control y que ella se refiere en realidad a los aspectos relevantes.

Para saber en qué medida estas condiciones se cumplen respecto a un procedimiento dado, o sea, cuál es su *grado* de racionalidad, no es sino la *práctica* misma de dicho procedimiento la que puede proporcionar la respuesta. Estamos ante un método *propriadamente dicho* si las tres condiciones resultan estar, de hecho, lo suficientemente precisadas como para que los equívocos acerca de la existencia efectiva de intersubjetividad se encuentren descartados en la mayoría de los casos para los cuales ese método debe ofrecer una solución aceptable. He ahí el tipo de racionalidad que caracteriza a los métodos científicos.

Agrego dos precisiones. (1) El no reconocer como "válida", para juzgar acerca de la aplicación de un método, sino la opinión que emana de un círculo de especialistas, no es otra cosa que una comprobación realista sobre cómo funciona el discurso científico: puesto que la aplicación del método exige que se conozcan sus reglas racionales, o por lo menos una parte de ellas, eso queda, en general, sólo en manos de quienes han efectuado estudios de la disciplina respectiva. (2) Al decir que se trata de intersubjetividad metódica -no, pues, de una intersubjetividad cualquiera⁽²⁸⁾- , con eso se subraya que es esencial, para que la haya, que en

siempre y cuando estos coincidan en forma general respecto a la apreciación de los resultados de determinados procedimientos. Mas podemos prescindir de tal hipótesis, ya que las discusiones sobre métodos no se refieren nunca a ejemplos tan extremos. Aquí pensamos sobre todo en "círculos" de tipo profesional, o, en general, los de gentes (muchos) que comparten cierta formación intelectual.

- (27) Por ejemplo, si el objeto de conocimiento es la conducta humana, esta puede ser enfocada desde distintos puntos de vista: moral, derecho, resultados meramente útiles, etcétera.
- (28) Recuérdese lo señalado más atrás, al comienzo del presente apartado: la intersubjetividad puede ser tal en mayor o menor grado, ser científica o no científica, etc. Véase también *supra*, en el apartado V, el párrafo "Racionalidad e intersubjetividad".

el "círculo" sea posible ponerse de acuerdo precisamente sobre las soluciones concretas obtenidas por la aplicación (en cada caso) de ese método.

VIII.- LO RACIONAL Y LO RAZONABLE: a) CUATRO PLANOS DEL PENSAMIENTO (TIPOS DE CIENCIAS)

Cabe distinguir, teniendo en cuenta los desarrollos precedentes, cuatro planos del pensamiento:

- | | | | |
|------|--|---|--|
| I. | razonamiento lógico-formal, constrictivo en el más alto grado | } | racionalidad, posibilidad de método |
| II. | razonamiento sólo plausible pero intersubjetivamente controlable | | |
| III. | razonamiento sólo razonable, plausible pero no intersubjetivamente controlable | } | sin posibilidad de método (propriadamente dicho) |
| IV. | "razonamiento privado", simple "lógica de los sentimientos" o intuición puramente personal | | |

Para el derecho, en la medida en que pueda ser objeto de discursos verdaderamente metódicos, sobre todo importaría lo que a él se pueda integrar del plano II. Precisamente he venido usando las palabras "racionalidad" y "racional" de acuerdo con este último sentido, estricto; quiere decir que, para nosotros, el grado de racionalidad del derecho dependerá, justamente, de la medida en que ese tipo de razonamientos se dé en el discurso de sus operadores. Otros, en cambio, opinan que son principalmente unos razonamientos del tipo III los típicos del pensamiento jurídico; y esto, tanto respecto a lo que el derecho ya *es* (su práctica, tal y como ella se da en la realidad, y también su doctrina científica dominante, su dogmática), como asimismo en cuanto a lo que él *pueda* y *deba* ser. Este punto de vista, compartido por todos aquellos que pregonan la "tópica", la "dialéctica", la "argumentación", la "hermenéutica", etc., pone todo su énfasis en lo que puede llamarse: el plano de lo *razonable*.

Ese es el caso de algunas corrientes que proponen una concepción "hermenéutica" del conocimiento humano (al menos para la materia de las ciencias del espíritu) y/o se inspiran en la *Tópica* y la *Retórica* aristotélicas, sin perjuicio de que algunos acusen también (o más bien) influencias hegelianas: hermenéutica filosófica (Gadamer), nueva retórica/argumentación (Perelman), tópica (Vichweg), diálogo razonable (Habermas), etcétera (cf. *supra*, a la altura de la n. 14). Aunque entre esos autores hay diferencias en la terminología, y también difiere su contexto filosófico y a veces hasta el alcance práctico de lo que propugnan, me parece que, en líneas generales, son más fuertes las coincidencias que las discrepancias: cf., por ejemplo, la discusión entre Gadamer, Habermas, Apel, etc., contenida en el volumen *Hermeneutik und Ideologiekritik*. No veo que las discrepancias entre estos autores vayan muy lejos en cuanto a lo propiamente metodológico, todos ellos representan variantes del pensamiento *no-analítico-científico*.

El punto de partida de dichas posiciones lo constituye una comprobación que indudablemente es realista. Subrayan que en nuestra conducta cotidiana, o sea, para las decisiones prácticas que no corresponden simplemente a una actividad científica o en general técnica, nos guiamos por unas razones que no son de la misma especie que las de la racionalidad que sigue el hombre de ciencia. Y lo propio sucede, en muy buena medida, en las llamadas "ciencias del espíritu": historia, filosofía, política, derecho, ética, etc. Los razonamientos que ahí se manejan son mucho más discutidos que los que se aceptan como válidos en el pensamiento lógico-matemático y en las ciencias de la naturaleza. En estos dos últimos dominios, una conclusión es cierta o es falsa, *tertium non datur*. En aquellas otras, en cambio, tanto las soluciones como las razones invocadas son solo probables, plausibles, más fuertes o más débiles; nunca son propiamente concluyentes, constrictivas. Es el campo de lo *razonable*, de los argumentos que Aristóteles llamaba "dialécticos":

"*Silogismo dialéctico* es aquel que obtiene su conclusión de proposiciones simplemente probables" (*Tópica*, Libro I, cap. I.5, p. 6). "Llamamos probable a lo que tal parece, ya a los sabios, y, entre estos, a todos o a su mayor parte, ya a los más ilustres y más dignos de crédito" (*ibid.*, cap. I.8, p. 6). [Citas de acuerdo con la edición en *Obras Completas. Lógica III*, Nueva Biblioteca Filosófica vol. XLVII, Madrid, 1931.]

En ese campo, cuando se toma una decisión o se sostiene una tesis, se dan razones en pro pero suele haberlas también en contra, de manera tal que ni las unas ni las otras resultan decisivas en forma indubitable. Esto hace necesario que cada uno, cuando se enfrenta a dicha clase de problemas, pese los argumentos en juego, someta a una "balanza" la fuerza de las razones en

pro y las que hay en contra, para decidirse por el lado de aquellas que le parecen más plausibles. Pero como no todos coinciden en la apreciación de la plausibilidad, las soluciones deben resultar de una discusión, un diálogo, una argumentación, en donde las distintas opiniones tengan la oportunidad de salir a luz y ser confrontadas entre sí. Es la única forma de asegurarse que todas estas, o en todo caso las más relevantes, estén representadas en la "balanza", y así las decisiones puedan ser tomadas con verdadero conocimiento de causa. El proceso judicial, precisamente, constituye un ejemplo privilegiado de la manera en que debe funcionar tal razonabilidad (p. ej., cf. Gadamer, p. 396 ss. de la trad.). En cambio, el método científico [entiéndase: el propiamente dicho] constituye esencialmente un monólogo, pues allí no hay un lugar legítimo para voces discordantes. Lo razonable, por el contrario, es diálogo por excelencia.

Esos argumentos son *razonables*, justamente porque quienes los sostienen lo hacen apelando a un reconocimiento virtual de su plausibilidad por parte de todo el mundo, o a lo menos por cualquier ciudadano "razonable" (presentes y ausentes, actuales y futuros). Debe tratarse, pues, de unas razones *universalizables*, en el sentido de quien las maneja piensa que serán aceptables a los ojos de toda persona capaz de pensar adecuada y honestamente, o que, en todo caso, tales gentes (cf. *supra* la cita de Aristóteles) no han de considerarlas absurdas. De ahí que, por ejemplo, Perelman diga que son razones válidas para un "auditorio universal". Pero, como la pertinencia del contenido mismo de esas razones no está sometida a reglas firmes, unívocas, su manejo no puede ser objeto de métodos como los de las ciencias exactas; se trata más bien de un "arte", son cuestiones de "tacto", pertenecen al campo de la "prudencia" (*phronesis*) aristotélica.

Por todo ello, quienes sostienen estas posiciones opinan que los que pretenden someter tales materias a la racionalidad científica erran el blanco. En virtud de su naturaleza misma, ahí no es posible aplicar (bien) el razonamiento lógico-formal. Como consecuencia, el no admitir otro tipo de racionalidad para ese terreno tiene que conducir a dejarlo librado a la irracionalidad pura y simple. Si no reconocemos más racionalidad que la de carácter *constrictivo*, y puesto que es imposible hallar por medio de esta las respuestas para las cuestiones más "vitalmente" comprometidas, es decir, para nuestras actividades y nuestras preferencias, en cuanto que somos unos seres que *elegimos*; entonces, resulta que todas esas cosas, las más "humanas", tendrían que ser resueltas en forma irracional, no tendría sentido discutir sobre ellas y sujetar a *fundamentos* las decisiones que se tomen al respecto. Sin embargo, se agrega, en los hechos no es así, afortunadamente.

Lo cierto, destacan esos autores, es que no dejamos de tener muy en cuenta *razones* para aceptar una u otra respuesta cuando se nos plantean tales cuestiones. Esas razones no son cualesquiera, sino solo aquellas acerca de las cuales hay un *consenso* sobre su *plausibilidad*; y es esto lo que sirve para diferenciar una tesis *razonable* frente a las opiniones que no lo son (impresiones meramente subjetivas, irracionales). También esa clase de tesis se benefician de cierta intersubjetividad, solo que esta no es del tipo constrictivo, sino que se refiere a lo simplemente probable. No es justo, por tanto, asimilarla a lo irracional. Debemos reconocer que se trata de una racionalidad de tipo *propio*: la de lo razonable. Solo a esta, no a la otra, debemos recurrir en las ciencias del espíritu.

En síntesis.— Los partidarios de lo razonable subrayan que el razonamiento jurídico, y en general las ciencias del espíritu, es algo que no corresponde a la esfera de los razonamientos que son constrictivos por lógica, sino que ello pertenece al dominio de lo simplemente probable. Es el campo de lo plausible, de lo fuerte y lo débil, de una “balanza” entre argumentos: cuestión de un “arte”, más bien que de métodos... Así, la problemática parece quedar confinada a la alternativa siguiente: dado que los razonamientos moral, jurídico, etc., no pueden caber en el plano I, no quedaría ninguna otra salida, si no queremos que sean abandonados a lo irracional (plano IV), que reconocerles una clase de racionalidad que les es propia, lo “razonable” (plano III). Y de ahí que, cuando en esos estudios se emplea la palabra “método”, suele ser tomada de acuerdo con unos sentidos muy amplios⁽²⁹⁾.

* * *

(29) Las razones que he recogido son, sobre todo, aquello en que más insiste Perelman; cf. además, *infra*, la n. f y también el Punto 2 del Apéndice. Otros autores —Gadamer y Habermas, por ejemplo— presentan las cosas de manera, puede decirse, menos “laica”, se valen de unos marcos de referencia más bien románticos o utópicos. En cuanto a la idea de “método” en sentido *amplio*, cf. la n. 2, *supra*, y lo que dice Larenz (p. 507): “El término ‘método’, tal como es entendido en este libro, quiere decir un procedimiento ordenado de pensamiento, que se lleva a cabo con ciertos pasos, sin que sea preciso ciertamente que entre ellos exista una conexión de derivación lógicamente obligante. Pero, como quiera que en otras ciencias se exige una tal conexión, fácilmente se enlaza a la palabra ‘método’ la idea de que esa conexión se presupone aquí, y esto puede ser una de las razones de que recientemente más de uno prefiere la expresión ‘Teoría de la argumentación’ al término ‘Metodología’. Aquella suena a compromiso, especialmente si se enlaza

No voy a discutir que se le puede llamar “racional” hasta a tal tipo de pensamiento, o a cualquier otra cosa, ni examinaré aquí si él difiere verdaderamente, en el fondo, de lo que pueda ofrecer el plano IV, el de la irracionalidad (o, en todo caso, una no-racionalidad: cf. *infra*, IX *in fine*). Basta con subrayar, una vez más, que no es por pertenecer al campo de lo probable que lo razonable se distingue de lo racional, sino por el carácter *intersubjetivo* de los criterios de probabilidad que se aplican para apreciar la legitimidad de los razonamientos de este último tipo. En el campo de lo probable tiene cabida, además de lo razonable, también la plausibilidad de lo racional. Por tanto, el modo en que los topicistas, hermeneutistas, etc. muestran las cosas, plantea una falsa alternativa. Porque entre los planos I y IV no está sólo el plano III, *¡sino también el plano II!* Y justamente este último es el que podría alcanzar la mayor importancia en el derecho. Los alegatos en favor de lo razonable disimulan la existencia del plano II, pues no discuten sino las posibilidades de los planos restantes, en especial para subrayar que la disyuntiva de lo viable se agotaría en una opción entre el III y el IV.

En el plano II, la plausibilidad (o la falta de plausibilidad) de las conclusiones obtenidas se encuentra *unívocamente* reconocida por los miembros del “círculo” que examinen el caso de que se trate. En cambio, respecto a lo que es sólo razonable, lo común es que, en el interior mismo de un círculo dado, unos consideren que A y otros que no-A es lo más plausible. No obstante, podría decirse que lo razonable ofrece, así y todo, cierta intersubjetividad, *algún* grado de acuerdo, ya que se trata de unas razones que las reconocen como legítimas *distintas* personas. A los ojos de estas, que pueden formar parte de algún “círculo”, tales razones se presentan justamente como “razonables”, o inclusive como “racionales”. Pero, a diferencia del razonamiento racional, los argumentos razonables no resultan *igualmente* plausibles para la generalidad de los que pertenecen al círculo en cuestión. Más: en la mayoría de esos casos, el círculo no está ni siquiera bien delimitado como tal, sus fronteras son muy indeterminadas. Para una racionalidad, en cambio, el círculo respectivo está *pre-establecido*, se determina en función de criterios de selección bastante claros, sobre todo el de la especialización profesional. No pasa así con el círculo de quienes puedan suscribir los argumentos simplemente razonables. No se llega a fijar quiénes son los miembros de este círculo sino en el momento mismo en que se pueda comprobar cuáles son las personas que están *actualmente* de

con la palabra clave ‘Retórica’, y afecta sobre todo al procedimiento ante un tribunal”. Además *vid.* la n. 31, *infra*. [Sobre Perelman, cf. también Blanché (cap. XIV) y Villey (*Nouvelle...*).]

acuerdo con dichos argumentos, lo cual es imposible saber de antemano. Además, aunque se dé por sentado que estos argumentos son para un "auditorio" muchísimo más amplio que el recuento de aquellas personas que de hecho llegan a conocerlos y aceptarlos, lo cierto es que nadie puede saber si tales o cuales individuos estarían en realidad de acuerdo en formar parte de ese auditorio (ampliado); de ahí que, en definitiva, el círculo no estará nunca bien delimitado, y ni siquiera a posteriori. La apreciación sobre el carácter más o menos razonable de una argumentación de ese tipo queda remitida, así, al juicio de no se sabe exactamente quién o quiénes: por ejemplo, al "auditorio universal" de que nos habla Perelman⁽³⁰⁾, o a la situación "ideal" (trascendental, ¡pero contrafáctica!) de comunicación que nos pintan Apel y Habermas.

La incertidumbre que es propia de lo razonable queda en evidencia ya en la caracterización dada por el propio Aristóteles para esa forma de pensamiento (*supra*). El señala una serie de instancias, unos "círculos" (podemos llamarlos nosotros) de autoridades, que son las legitimadas para dictaminar sobre la probabilidad de las proposiciones en cuestión. Pero como esas autoridades son de naturaleza diversa, resulta que, en la práctica, los resultados pueden ser distintos según cuáles de dichas instancias se prefiera tomar en cuenta y, más aún, según cómo se determine quiénes son los individuos concretos llamados a hablar en nombre de la clase de autoridad interrogada. Por ejemplo:

"'Lo que todos tienen por justo' significa, si le buscamos posibles traducciones: la voluntad del pueblo, la *volonté de tous*, la convicción jurídica general, las leyes vigentes. Lo que la mayoría considera justo, puede querer decir: la mayoría a través de votaciones, la opinión pública, la clase llamada a ser la dirigente, todas las personas de pensamiento justo y equitativo, la ley que ha sido producida en forma democrática, la opinión dominante en la doctrina y en la jurisprudencia. Como 'sabios' para protagonizar la argumentación, pueden ser tomados en cuenta: desde el punto de vista político, la clase dominante, el presidente Mao, el líder (*Führer*) cuya voluntad es

(30) En otros sitios he presentado observaciones críticas más detalladas acerca de ese tipo de posiciones: cf. mis estudios mencionados en las ns. 6 y 14, *supra*, y sobre todo (en cuanto al punto específico que se discute arriba: círculos, auditorios) mi artículo *Rationalität der Autoritäten...* Vid. también la n. siguiente.

creadora de derecho; de manera general, los hombres de ciencia; desde el punto de vista jurídico, el Tribunal Constitucional Federal, los tribunales en general, los profesores de derecho" (N. Horn, p. 148-149).

Es evidente que, sobre bases tan variadas y generalmente inciertas, por lo habitual no será posible alcanzar un grado firme de intersubjetividad.

No negaré, sin embargo, que hay diferencias entre lo razonable y lo puramente irracional (*infra*, IX *in fine*). Pues lo razonable tiene, a pesar de todo, cierta intersubjetividad, como ya señalé. En efecto, lo que sea razonable es algo que, para ser tal, debe no carecer por completo de intersubjetividad (si tomamos este término en sentido amplio: *supra*, n. 28). Empero, a diferencia de lo racional, esa es una intersubjetividad débil, la de un círculo con fronteras muy indefinidas. Esta intersubjetividad sirve, de todos modos, para marcar una diferencia importante entre lo razonable y los razonamientos puramente subjetivos, así como frente a lo irracional en general. Los desacuerdos sobre qué sea, en su caso, más razonable o menos razonable, no impiden que quienes opinan al respecto puedan tal vez estar de acuerdo por lo menos, todos o casi todos ellos, en reconocer que las soluciones en torno a las cuales se discute son relativamente aceptables, unas y otras: que ellas no son puramente absurdas, irracionales. Las discrepancias allí no se referirían, pues, al carácter genéricamente razonable de las razones discutidas, sino tan solo al grado, a la medida en que estas son (más o menos) aceptables; ellas tendrían todas, para todos los que forman parte del círculo, un mínimo de credibilidad. En tales condiciones, y máxime si el círculo queda integrado de manera bastante definida, por ejemplo si se trata solo de juristas profesionales, sus desacuerdos no excluyen cierta intersubjetividad —lo razonable— de aquello que todos los del círculo puedan reconocer como más o menos plausible. Una intersubjetividad de este tipo, débil, es la que por lo habitual caracteriza a los argumentos que se utilizan en las discusiones jurídicas, razón por la cual es justo afirmar que, en efecto, no son propiamente irracionales. Mas también se podría pensar que no hay por qué darse por satisfecho con un grado tan bajo de intersubjetividad, sino tratar de someter el razonamiento jurídico, en la mayor medida posible, al uso de argumentos estrictamente racionales, metódicos (en sentido propio)⁽³¹⁾.

(31) En su célebre estudio (1953), como consecuencia del cual se produjeron las apologías contemporáneas de un pensamiento tópico para el derecho, el propio Viehweg subrayó que la jurisprudencia, justamente en razón de ese carácter de "tópica" que es propio de ella, no puede constituir un verdadero

Ahora bien, la controversia judicial está sometida a reglas de procedimiento establecidas en los códigos respectivos, de las cuales no puede negarse que son bastante intersubjetivas; las respetan el juez y las partes. Teniendo en cuenta este hecho, ¿podría decirse que, en realidad, el derecho no presenta un grado "débil" de intersubjetividad? Ahí hay que distinguir dos aspectos: a) las reglas procedimentales del juicio, b) las justificaciones allí invocadas para la solución de fondo. El primero de estos aspectos no regula otra cosa que la conducción formal del proceso: quiénes pueden ser protagonistas del juicio, el orden de sus etapas, qué tipos de medios de prueba son admisibles y en qué momento serán presentadas, etc. El segundo aspecto, en cambio, consiste en saber si una conclusión de derecho sustantivo —por ejemplo, la sentencia— es verdadera, o justa. Es cierto que para lo primero suele haber un buen control intersubjetivo, cuando menos entre juristas; esto es, intersubjetividad para apreciar la legitimidad de la sentencia en lo que respecta al cumplimiento, para dictarla, de las normas procesales aplicables en ese juicio. Pero esta legitimidad, aunque ambas partes no la cuestionen, no excluye que en el mismo juicio haya, por el contrario, discrepancias sustanciales —falta de intersubjetividad— por lo que hace al otro aspecto, el de aceptar (o no) como correcto el contenido mismo de dicha sentencia. Aunque las partes reconozcan que esta ha sido regularmente dictada, y también, en consecuencia, que es válida como producto judicial y que su resultado es obligatorio para ambas partes, esto no obsta a que, probablemente, la parte perdedora esté convencida de que la solución dada por el juez no es la más "razonable". En síntesis: intersubjetividad respecto al procedimiento, pero no intersubjetividad, o intersubjetividad muy "débil", respecto al fondo. Cuando digo que el discurso jurídico no es intersubjetivo, o que sólo lo es "débilmente", me refiero en lo fundamental a normas del derecho sustantivo, material, las que reglamentan asuntos de fondo de la convivencia social; y ni siquiera a todas ellas en la misma medida, ni para todos los casos, sino solo a aquellas (pero son muchas) que se prestan a más de una interpretación por parte de los propios juristas, en tales o cuales respectos. Por esa falta de uni-

método, sino nada más que un "estilo" (cf., en el libro de dicho autor, el N° 6/1 *in limine*). Sobre la tópica como procedimiento del discurso jurídico, *vid.*, además del susodicho estudio de Viehweg; Kriele (cap. 5), García, Otte, Struck (*Topische...*), Esser (cap. VI.4). Para una defensa de la aplicación de la tópica como metodología del pensamiento político, cf.: Wilhelm Hennis, *Politik als praktische Philosophie*, Luchterhand, Neuwied-Berlín, 1963 [trad. de Rafael Gutiérrez Girardot: *Política y filosofía práctica*, Sur, Buenos Aires, 1973]. Y en cuanto a la crítica de tales procedimientos en general, cf. por todos el # 4 de Horak.

vocidad es que, puede decirse, los sistemas de derecho positivo no conforman, cada uno de ellos, un orden racional para el ordenamiento de la vida en sociedad, sino que simplemente ponen soluciones razonables —controvertibles y controvertidas— en manos de sus operadores.

Sin embargo, corresponde tener presente que unos *grados* caben hasta para (dentro de) lo racional. Por ejemplo, la probabilidad de las leyes conocidas por las ciencias naturales es, desde luego, más firme que la de ciertos "patrones" racionales que Polya señala como aplicables incluso para la prueba judicial. Lo que importa, en cada caso, es saber hasta qué punto un razonamiento dado tiene plausibilidad, y es para eso que el método proporciona, mediante sus reglas de aplicación, un medio racional de control. Quiere decir que una conclusión puede presentarse, por la aplicación de tales métodos, ya sea como *más* o como *menos* justificada racionalmente. Pero, repitámoslo, ahí el grado —sea mayor o menor— de la plausibilidad de dicha conclusión es, en función del método (propiamente dicho) que sirve para controlarla, *unívocamente* comprobable dentro del círculo. En cambio, la posibilidad de *ese* tipo de control falta respecto a todo aquello que no sea más que "razonable", como salta a la vista, por ejemplo, en las discusiones jurídicas.

Polya trae numerosos ejemplos del razonamiento plausible en matemáticas, y hasta presenta unos "patrones de inferencia plausible" (caps. XII y XIII) que son de aplicación en campos como el derecho. En cuanto a estos últimos, véase, por ejemplo, los dos tipos de "patrones" siguientes, cada uno de los cuales ofrece dos variantes:

Tipo I)

"A implica B
B menos digna de crédito
A menos digna de crédito
.....
A implica B
B algo más digna de crédito
A algo más digna de crédito

La palabra 'algo' del segundo patrón nos recuerda que la conclusión es, naturalmente, más débil que en el patrón fundamental inductivo. *Nuestra confianza en una conjetura está influida por nuestra confianza en una de sus consecuencias y varía en la misma dirección*" (p. 307).

B_{n+1} es muy diferente de las consecuencias primeramente verificadas $B_1, B_2 \dots B_n$ de A
 B_{n+1} es verdadera

A es mucho más digna de crédito

.....
 A implica B_{n+1}

B_{n+1} es muy semejante a las consecuencias primeramente verificadas de A, $B_1, B_2, \dots B_n$

A es solo un poco más digna de crédito" (p. 285).

"El razonamiento por el que un tribunal llega a sus decisiones puede ser comparado con el razonamiento inductivo en el que el naturalista apoya sus conclusiones. (...) El gerente de un popular restaurante que permanece abierto hasta altas horas volvió a su casa particular, como era usual en él, bien entrada la medianoche. Cuando salió de su coche para abrir la puerta del garaje, fue atracado y robado por dos individuos enmascarados. La policía, buscando las pruebas, encontró un oscuro trapo gris en el patio delantero de la víctima; el trapo debió de ser usado por uno de los atracadores para cubrir su rostro. La policía interrogó a varias personas de la vecindad. Uno de los hombres interrogados tenía un abrigo con un agujero muy grande, aunque por otro lado el paño estaba en buenas condiciones. El trapo encontrado en el patio anterior de la víctima del atraco era del mismo material que el paño del abrigo y se adecuaba perfectamente a la forma del agujero. El hombre del abrigo fue arrestado e inculcado de participación en el atraco. (...) La acusación no es un enunciado de hechos, sino la expresión de una sospecha, una *conjetura*:

A. El hombre del abrigo participó en el atraco.

(...) La conjetura A es apoyada por el hecho:

B. El trapo encontrado en el patio anterior de la víctima del atraco es del mismo material que el paño del abrigo del acusado y, por si fuera poco, se adapta exactamente al agujero que existe en dicho abrigo.

(...) En resumen, B sin A resulta muy poco digno de crédito. Y así vemos que la conclusión que conduce a la acusación contra el hombre del abrigo tiene los siguientes patrones:

B con A, realmente digno de crédito
 B sin A, escasamente digno de crédito
 B verdadera

A más digna de crédito" (p. 316-317).

Nota: La parte en que Polya se refiere más específicamente al derecho, es en la sección 13 (titulada: Sobre la prueba judicial) del cap. XIII, p. 316 y sigs.

Lo razonable *aspira* a la intersubjetividad propiamente dicha, pero no alcanza sino una intersubjetividad débil. Lo racional se esfuerza en alcanzar una intersubjetividad propiamente dicha (fuerte), *y la logra!*

Resumiendo:

- distinguimos entre intersubjetividad propiamente dicha, fuerte, e intersubjetividad débil;

- a esas dos clases de intersubjetividad corresponden, respectivamente, lo racional y lo razonable;

- lo racional permite la elaboración de métodos propiamente dichos, que lo son en sentido estricto, mientras que lo razonable sólo puede dar lugar, en todo caso, a unos métodos en sentido amplio;

- a su vez, estas dos formas de métodos caracterizan, respectivamente, a dos tipos de ciencias, esto es, las que son tales en sentido estricto y las que no lo son sino en sentido amplio (o amplísimo)⁽³²⁾.

Excurso: las ciencias del derecho.-

Del último punto en especial, la cuestión del *tipo* de ciencia que es (o pueda llegar a ser) el discurso del derecho, me ocupo en el sitio indicado en la n. 43, *infra*. Ahí llego a la conclusión de que, si el discurso jurídico corriente es "ciencia", no lo es sino en sentido *amplio*, o *amplísimo*. [Véase también *supra*, en el apartado V, el párrafo "Método y ciencia"; y cf. *infra*, el Anexo final.] Esa idea central, que el

(32) Lo que aquí se denomina "ciencia en sentido *amplio*", desde luego que puede ser denominado también de otros modos. Así, en cuanto al fondo, ella guarda correspondencia (aunque tal vez esta no sea total) con lo que, por ejemplo, Bunge (p. 29 s. y 133) llama *semiciencia* y Brecht (p. 120 y 290) califica de "ciencia en el sentido de saber no intersubjetivamente transmisible (C_2 , *Scientia_2*)". Straser, por su parte (p. 82), tal vez diría que eso es lo que se conoce, desde el punto de vista de la metodología positivista, como una forma "*blanda*" de ciencia. Cf. también *supra*, V (esp. el párrafo "Método y ciencia").

pensamiento de los juristas no constituye una ciencia en sentido propio, ha sido subrayada más de una vez desde mucho tiempo atrás, por distintos autores (Kirchmann, etc.) y desde variados puntos de vista.

Por ejemplo, un autor como Cowan considera que: "La situación de la actual ciencia del derecho es comparable a la de la medicina de hace cien años, vale decir, que es una mezcla de ciencia, filosofía y técnica. (...) En opinión del autor, la 'ciencia jurídica' debería llegar a ser parte de una ampliada ciencia social, dado que esta se asienta más firmemente en una base experimental. (...) En cierto sentido, el derecho se relaciona con las ciencias sociales como la medicina con la ciencia biológica. De acuerdo con esta concepción, ni el derecho ni la medicina son ciencias en sentido propio. Más bien encarnan, ambos, conocimiento científico aplicado; son centros... [aquí siguen las palabras de este autor transcritas *supra*, a la altura de la n. 3]. (...) En la última centuria, sin embargo, la medicina ha roto completamente con esta tradición y en forma creciente recogió resultados de las ciencias experimentales. La expresión 'medicina científica' ha llegado a ser un contrasentido lingüístico, pues hoy 'medicina no científica' significa magia o superstición. En cambio, ¿qué pasa con el derecho? ¿Por qué unos conceptos como 'ciencia del derecho' o 'derecho científico' no se contemplan como contradictorios en sí mismos?" (p. 161-162 -loc. cit. *supra*, n. 3-). Y dice Aurel David: "El jurista cumple, pues, igual tarea que el técnico (médico, arquitecto), pero lo hace de otra manera. La diferencia no proviene de la cosa, sino del método: el derecho obtiene sus reglas de conducta mediante un procedimiento que he propuesto llamar 'oscuro', en tanto que las conclusiones de las ciencias naturales son lógicas y 'claras' " (en *Studien und Materialien zur Rechtssoziologie*, p. 154 -loc. cit. *supra*, n. 3-). Cf. además Warat: caps. I.5-6, V.5-6, VI.6.1, VIII (esp. # 6, 8 y 9) y *passim*. Y *vid.* también *supra*, a la altura de la n. 3, las palabras de Radbruch.

Más tampoco faltan quienes, por el contrario, entienden que el discurso de los juristas no tiene por qué inspirarse en el modelo de ciencias más exactas (Perelman). Y hasta se puede argumentar que también la teoría de estas contiene, en realidad, indeterminaciones análogas a las del pensamiento jurídico (Poirier).

Por otro lado, habría que tener asimismo en cuenta que no estamos ante una (sola) ciencia del derecho, sino que de este "se ocupan hoy una serie de ciencias diferentes: la Filosofía del Derecho, la Teoría del Derecho, la Sociología del Derecho, la Historia del Derecho y la Jurisprudencia ('Dogmática jurídica'), por citar sólo las más importantes. Todas ellas contemplan a su vez el Derecho bajo un aspecto diferente; por tanto, de modo diferente. Esto no sería posible si el Derecho no fuera realmente un fenómeno complejo, que se manifiesta en distintos planos del ser, en conexiones concretas distintas cada vez" (Larenz, p. 177 -*vid.* allí todo el apartado que comienza en esa página-). Cabe distinguir, por ejemplo, entre los siguientes "saberes jurídicos" en función de sus respectivos, diferenciales, ángulos y formas de su aproximación científica (Atienza, *Introducción...*, cap. 5): Historia del Derecho, Derecho comparado, Teoría general del Derecho, Antropología jurídica, Psicología jurídica, Análisis económico del Derecho, Sociología del Derecho, Lógica jurídica, Informática jurídica, Filosofía del Derecho. Cf. también Dieter Grimm (comp.), *Rechtswissenschaft und Nachbarwissenschaften* (Ciencia del derecho y ciencias

vecinas), C.-H. Beck (Schwarze Reihe, Nos. 142 y 143 -2 vols.-), Munich, 1976, donde se estudian las relaciones del Derecho con las siguientes disciplinas: Sociología, Administración, Economía, Psicología, Criminología, Política, Historia, Lógica, Lingüística, Informática, Irenología, Finanzas, Didáctica. Esa circunstancia, que hay diferentes ciencias del derecho, debiera ser tomada en consideración, tanto si se piensa que todas ellas se refieren al fin de cuentas a un solo y mismo (aunque complejo) objeto-"derecho", como también si, en cambio, no hubiere tal objeto unitario, sino que cosas bastante heterogéneas son indistintamente subsumidas -y en común ontologizadas- bajo dicho nombre propio (la versión teórica más popular de esta ontologización es la llamada teoría "tridimensional" del derecho, de Miguel Reale: cf. Haba, *Ciencia jurídica...*, nota 13 [en la nueva versión]).

TIPOS DE METODOS Y DE CIENCIAS

Métodos	Ciencias
<p>en el sentido más lato (cualquier procedimiento) →</p> <p>[cf. n. 2]</p>	(no)
<p>científicos (plan preestablecido, controles, sistematicidad)</p>	<p>en sentido estricto, propiamente dichas (intersubjetividad fuerte, racionalidad)</p> <p>en sentido amplio, o muy amplio (intersubjetividad débil, lo razonable)</p>

Nota: cf. también *supra*, V *in fine*, los diagramas allí presentados.

IX.- LO RACIONAL Y LO RAZONABLE:
b) EL PAPEL DEL "BUEN SENTIDO";
LO ARRACIONAL Y LO IRRACIONAL

Los partidarios de lo razonable tienen razón, sin embargo, en un punto. No solo es cierto que el pensamiento jurídico es distinto, básicamente, de los razonamientos lógico-constrictivos, sino también que la racionalidad científica no está, a decir verdad, en condiciones de dar cuenta *por entero* del contenido de una decisión destinada a resolver cuestiones de derecho (*supra*, I in *limine*).

En efecto, la solución jurídica puede ser también resultado de unos factores que no pertenecen al plano propiamente de la razón. E incluso si hacemos abstracción de esos factores, es decir, si suponemos que un jurista sea capaz realmente de permitir que su pensamiento jurídico lo guíen nada más que consideraciones de orden racional, aun así resulta que en numerosos casos se encontraría ante alternativas que él no puede resolver con sólo recurrir a la racionalidad. Es posible que también esta deje sin cerrar del todo un espacio que quedará librado a precisiones complementarias u opciones, que *no* se pueden decidir y fundamentar por medio de métodos. Se plantea el problema, pues, de ver cómo es posible justificar las soluciones a que se llegue respecto a esos puntos, cuestión que se presenta tanto en el derecho como fuera de él.

Cabe señalar, ante todo, que tales aspectos tienen su sitio, si nos atenemos a un pensamiento metódico, *dentro* del marco que les fije el discurso racional mismo. Para dicho tipo de pensamiento, esos aspectos no pueden ser sino *complementarios* en relación con (y subordinados a) aquello que sí pueda ser determinado racionalmente. Ellos se limitarán entonces a llenar unas "lagunas" *en el interior* del marco trazado por el método, pero no deberían jamás desbordar los límites de este marco, atender contra lo que haya podido determinarse (legítimamente) por vías racionales. [Digo "dentro", haciendo abstracción de las bases últimas, "metafísicas", de cualquier estructura racional, las que, desde luego, no pueden provenir sino de "afuera" de ella misma.]

Conviene tener presente aquí la distinción y las relaciones que Vaz Ferreira (p. 201 ss.) señalara entre razonamiento y lo que él denomina "ins-

tinto empírico" o "buen sentido hiperlógico"⁽³³⁾. Tal "instinto" viene simplemente en *ayuda* del razonamiento; no se sustituye a él, sino que está destinado a completarlo, en aquellos casos donde el razonamiento es impotente para llegar por sí solo a las soluciones finales. Esto se aplica a "cuestiones de grado". Ese "buen sentido" se desprende de la experiencia; es algo así como una síntesis, una concentración de experiencias, que sirve para señalarnos en forma aproximada, hacernos "sentir" más o menos, cuál es el grado más adecuado como solución⁽³⁴⁾.

Claro que la manera como Vaz Ferreira caracteriza a dicho "instinto" es un tanto vaga⁽³⁵⁾. De ahí que, como él mismo lo subrayó, se trate de un dominio reservado justamente a un pensamiento *no* racional, *a*-rracional (no digo: *i*-rracional), *extra*-racional, *no* metódico. Sin embargo, también semejante "instinto" puede a menudo llegar a unos resultados que sean semejantes en general, vale decir, que son más o menos intersubjetivos (aunque no provengan de un razonamiento); en tal caso, él es, de todos modos, la forma más consecvente de avanzar en el camino ya "preparado" por el marco racional que así es complementado. Y para aquellos casos donde, en cambio, el "instinto" de unos no coincidiera con el de otros, caben dos soluciones: o aceptar el veredicto de la mayoría (del círculo de conocedores), o remitirse al "buen sentido" de un órgano al que se reconoce como competente para decidir (por ejemplo, los tribunales de justicia).

Pero, aunque tanto lo razonable como el instinto empírico significan unos medios no racionales, ambos no son la misma cosa. El instinto

- (33) Mas el propio Vaz Ferreira señaló que estas denominaciones no le parecen muy felices, que las usa porque no ha podido encontrar otras que sean mejores. "Siento que no es bueno este término: el que habría deseado encontrar querría decir el buen sentido *en cuanto no es contrario* al raciocinio o a la buena lógica..." (p. 248, n. 1).
- (34) Cf. esp., en el libro de Vaz Ferreira, los caps. titulados "Pensar por sistemas, y pensar por ideas para tener en cuenta" (p. 154 ss.) y "Valor y uso del razonamiento" (p. 243 ss.); de allí fueron tomados los pasajes que se transcriben un poco más abajo (después de los asteriscos).
- (35) No obstante, prefiero acudir a lo que Vaz Ferreira explicaba ya en 1909, pues las observaciones del filósofo uruguayo conservan todavía, a pesar de (e incluso por) la modestia con que están expuestas, toda su validez. Ellas acarrearán, sin duda, mucha menos confusión que ciertas ideas actuales de los partidarios de la "tópica", la "hermenéutica", la "argumentación", etc.

empírico, en cuanto "instinto", interviene de un modo que es puramente intuitivo, constituye una forma inmediata de conocimiento; mientras que lo razonable, de cualquier manera, se basa en un razonamiento. Cada uno de ellos se puede utilizar con independencia del otro, y con o sin referencia a lo racional, mas también se pueden complementar entre sí.

LIMITES DEL RAZONAMIENTO: LAS CUESTIONES DE GRADOS; LO ARRACIONAL Y LO IRRACIONAL

Dice Vaz Ferreira: "...la cuestión de grados no se puede resolver de un modo geométrico. Lo único formulable es esto: 'En pro, hay tales razones; en contra, tales otras; hay que tenerlas en cuenta, a unas y a otras; pensar y proceder sensatamente según los casos' " (p. 175). "Ahora bien: sería malo no razonar (o razonar parcialmente; esto es, ver sólo uno de los dos razonamientos; ya hemos enseñado la conveniencia que hay en hacer los dos). El razonamiento es bueno. Pero por sí solo no basta, en esta cuestión de casos y de grados. (...) Se vé claramente la cuestión de grado: 'hasta cierto punto', 'no demasiado'; pero ¿dónde está ese cierto punto?; ¿cuánto es ese demasiado? ¿Cuáles son los límites precisos? Aquí, ya el razonamiento es impotente; lo que nos da la solución, sea en general, sea para cada caso, es la experiencia, cuando es posible; pero, cuando no es posible, es el instinto empírico, el instinto experimental que todos tenemos en mayor o menor grado, al que conviene no despreciar, y que completa el [al] raciocinio" (p. 249). En tales casos, "lo más que podemos hacer en cuanto a raciocinio, es lo que ya hemos hecho, esto es: hacer los dos raciocinios, limitar el uno por el otro, y llegar a la conclusión de que debe haber algún punto, algún grado que sea el más conveniente o el más adecuado. Pero, ¿cómo puede resolverse cuál es ese grado? Únicamente por la experiencia. (...) Pero como en la vida práctica la experiencia en muchos casos no es posible, o no está a nuestro alcance, o no es cómodo realizarla, o no se ha realizado, sencillamente, -faltando la experiencia, nos encontraríamos completamente desarmados en estos casos de grados, si no tuviéramos lo que se puede llamar el instinto empírico, esto es, una especie de instinto que sale de la experiencia general, que es como un resumen y concentración de la experiencia, y que nos indica más o menos, que nos hace sentir aproximadamente cuál debe ser aquel grado más justo" (p. 247).

Estamos, en tales casos, ante lo que Vaz Ferreira llama "el 'buen sentido hiperlógico', esto es, esa especie de instinto lógico que, en las cuestiones de grados sobre todo (y muchísimas son cuestiones de grados, en la práctica), venía a intervenir después del raciocinio, o simultáneamente con él, para equilibrar los razonamientos opuestos, para mantener constantemente el juego de las múltiples ideas e impedir que una de ellas predominara indebidamente sobre las demás y nos llevara a la falsa sistematización" (p. 171). Pero no se trata, ahí, "del buen sentido vulgar, o, mejor dicho, del buen sentido entendido vulgarmente, sino de otro buen sentido más

elevado: del que yo llamaría buen sentido, no infralógico, sino hiper-lógico. El sentido común malo, ese que con tanta razón ha sido objeto de estigma de la filosofía y de la ciencia, el que ha negado todas las verdades y todos los descubrimientos y todos los ideales del espíritu humano, es el sentido común inconciliable con la lógica: el que no admite el buen razonamiento. Pero hay otro buen sentido que viene después del razonamiento, o, mejor, junto con él. Cuando hemos visto y pesado por el raciocinio las razones en pro y las razones en contra que hay en casi todos los casos; cuando hemos hecho toda la lógica (la buena lógica) posible, cuando las cuestiones se vuelven de grados, llega un momento en que una especie de instinto -lo que yo llamo el buen sentido hiperlógico- es el que nos resuelve las cuestiones en los casos concretos. Y sería bueno que la lógica no privara a los hombres de esta forma superior de buen sentido" (p. 178-179). "Nótese bien que este instinto empírico no viene en lugar del razonamiento, sino además del razonamiento. (...) El instinto empírico gana con que el razonamiento le prepare las cuestiones: el razonamiento es completado por el buen sentido hiperlógico, controlador del raciocinio" (p. 247-248).

"Los partidarios excesivos del razonamiento, los que creen que todo puede y debe formularse por el razonamiento, se equivocan, y se equivocan también, no hay que decirlo, los que pretenden prescindir del razonamiento; lo que es necesario en la vida práctica, es completar el razonamiento con el instinto empírico. De esto depende, precisamente, que los espíritus falsos, como se ha observado, sean a menudo terribles razonadores: les falta ese control del sentido común hiperlógico. Muchas veces, son espíritus falsos, no porque razonen, sino porque no hacen más que razonar; no porque tengan una cosa, sino [que] les falta otra" (p. 251-252).

Y todo esto, que Vaz Ferreira señala respecto al uso del razonamiento en general, es aplicable también, desde luego, al caso (más específico) de la racionalidad.

Por otro lado, pareciera que la palabra "irracional" evoca unos fenómenos de conciencia que no son simplemente distintos del pensamiento racional, sino hasta anti-racionales. Ahora bien, no hay por qué entender que el "buen sentido" o lo razonable impliquen por fuerza tal cosa, lo antirracional; salvo, desde luego, si aquellos llegaran a contradecir (propriadamente) unas comprobaciones racionales, pero no si, como dice Vaz Ferreira (*supra*, ns. 33 y 34), más bien estas pueden ser complementadas por aquellos. Análogamente, respecto al "elemento del deber hacer", tratándose del problema de la fundamentación de las normas jurídicas, Norbert Hoerster ("Ética jurídica sin metafísica", trad. de Carlos de Santiago, en: Ernesto Garzón Valdés, *Comp., Derecho y Filosofía*, Fontamara 50, México, 1988, p. 111-134) dice que "puede inducir a error en grado sumo el estigmatizar a este elemento... Es tan poco irracional (antirracional) como, por ejemplo, el sentimiento de amor por una persona es, en tanto tal, irracional. Más correcto sería designarlo como arracional, es decir, no racional, extra racional" (p. 119-120). Por eso he preferido identificar esas otras formas, más arriba, simplemente como "no racionales". Quiere decir que solo quedan caracterizadas, ahí, por el rasgo negativo de no corresponder al plano II -sin ser tampoco del I ni del IV- y que no tienen por qué contradecir los resultados obtenidos en aquel. Cf. también Aienza, *Para una razonable...* p. 193 *in limine*.

Sin duda, cabe reconocer que también lo no-racional, y tal vez hasta lo irracional, pueden tener un papel positivo, cuando menos en ciertos aspectos, como aquellos a que se refiere Vaz Ferreira, o estos otros que señala Mannheim (*op. cit.* en la n. 1, *supra*): "El saber intuitivo no está condenado a ser sordo e irreflexivo. Así como el poder que reside en el hallazgo puede con el tiempo dar razón a sus aportaciones inconscientes, hay procedimientos para hacer reflexivo y mediato el saber adquirido en el contagio e intuición. (...) No nos esforzamos, como en la corriente romántica, por rehuir la racionalización, sino para alcanzar su ensanchamiento" (p. 128, nota). "Además, es necesario tener en cuenta que no en todas las circunstancias es pernicioso lo irracional; por el contrario, es quizá lo más valioso que el hombre posee, cuando actúa como potente impulso para alcanzar fines racionales objetivos, o crea valores culturales en forma de sublimación y cultivo, o bien aumenta, como pura vitalidad, el goce de la vida, sin destruir de manera amorfa la vida social. De hecho, una Sociedad de masas bien organizada vela también por todas esas posibilidades de la formación de impulsos. Tanto más necesita abrir caminos para un desahogo de los impulsos, cuanto más la vida diaria impone, por la racionalización, que todo lo abarca, una continua relevación de impulsos. En esto ha de verse la función del 'deporte', de las 'fiestas' en la Sociedad de masas, así como también la de los fines culturales" (p. 50-51).

X.- CONCLUSION

He tratado de precisar, a lo largo de este estudio, una alternativa que objetivamente se le presenta al jurista: la opción entre lo razonable y lo racional. Deseo subrayar ahora mi propia opción, que sólo insinué en los desarrollos presentados. Pienso que deberíamos esforzarnos por incrementar en la mayor medida posible el control metódico de los conocimientos también en las "ciencias del espíritu". Y para los tipos de casos en donde no sea posible alcanzar una intersubjetividad racional de su tratamiento, pero nada más que en la medida en que esto resulte verdaderamente imposible, allí el método debería ser completado mediante lo razonable o por vías hiperlógicas —ya que entonces no queda otra solución disponible, salvo el entregarse a la irracionalidad pura y simple—.

Para que se llegue a proceder así, fundamental es, sobre todo, que el jurista quiera realmente efectuar ese esfuerzo de restringir al máximo la necesidad de recurrir a lo que es sólo razonable. Entonces la invocación de lo razonable no podría continuar siendo proclamada como ideal del pensamiento jurídico, al tenor de escritos como los de Viehweg, Perelman, Gadamer, Kriele, etc. Tal medio, por el contrario, ya no sería aceptable más que como último recurso, mal menor, solución de emergencia, sólo aplicable a una minoría de casos. Si la teoría jurídica llegara a aceptar que ha de

orientarse hacia la elaboración o adaptación de métodos *propriamente dichos*, el derecho estaría en condiciones de alcanzar, también él, un grado mucho más alto de intersubjetividad⁽³⁶⁾.

Ahora bien, ¿por qué los juristas no consiguen ponerse de acuerdo sobre qué sea lo "racional", o lo "razonable"? Si examinamos tales discusiones fríamente, sin prejuicios, podemos darnos cuenta de que, al fin y al cabo, es el aspecto emocional de esos términos lo que preside su uso, como lo advertimos desde el principio (*supra*, I *in limine*): aquellas son palabras de sabor esencialmente "persuasivo"⁽³⁷⁾. De ahí que unos, partidarios de los procedimientos tradicionales en el derecho, que otorgan (¡de hecho!) un buen grado de libertad al juez, prefieren darle sentido muy amplio a la idea de racionalidad, o cuando menos vincular esos procedimientos a otro tér-

(36) Sin embargo, tal aceptación no parece ser muy probable: cf. *infra*, el Epílogo y el Anexo.

(37) Sobre el amplísimo papel que la "persuasividad" desempeña en el razonamiento práctico, cf. el clásico libro de Stevenson, *passim*. Por lo que en particular se refiere a nuestro tema, qué es racionalidad, el carácter persuasivo que tienen *todas* las definiciones de este término —vale decir, también la mía— se subraya especialmente en mi comentario sobre la voz *Rationalité* (p. 340, sec. III); pero también aquí mismo (*supra*, I *in limine*) hice la advertencia desde el comienzo. *Vid.* además la n. siguiente. [Ya Jhering había advertido el uso persuasivo —aunque él no le llamara así— que se hace de las etiquetas "razón" y "racional". Cf. las palabras de dicho autor que encabezan el presente trabajo, las cuales pertenecen a un pasaje que continúa así: "...¿cómo podríamos llegar a un acuerdo sobre lo que es racional, dadas las profundas diferencias de opiniones que separan a los pueblos y a las épocas? (Y también, agregamos nosotros —E.P.H.—, las que separan a distintos sectores de un mismo pueblo y en la misma época.) Lo nuestro es racional; lo de ellos, si contradice lo nuestro, no lo es. También ellos invocan la razón en apoyo de sus instituciones y opiniones, y cuando las nuestras están en contradicción con las suyas, les parecen tan irracionales como las de ellos a nosotros. Pero lo que ellos llaman razón, no es la razón verdadera. Como yo me siento seguro de tener la verdadera, no me costará mucho trabajo deducir de la razón todo el derecho, que, por supuesto, sólo puede ser el de nuestra época (o el que esté de acuerdo con nuestra ideología —E.P.H.—). Cuando se me presenten instituciones o reglas con las cuales no puedo declararme conforme, invocaré sencillamente mi propio raciocinio. Y si mis oponentes llegaran a invocar un 'ser' que no es el nuestro, los rebatiré diciendo que ese no es el verdadero 'ser'. El verdadero 'ser' es solamente aquello que concuerda con la razón" (*loc. cit. supra*, n. 1 *in limine*).]

mino prestigioso: lo razonable. Mientras que otros, como el autor de este trabajo, sin tanta confianza en la "sabiduría" de los jueces, se sienten inclinados más bien a poner el acento en la *diferencia* entre lo racional y lo razonable, vale decir, a llamar la atención sobre el importante coeficiente de arbitrariedad, o por lo menos de incertidumbre, que caracteriza a esta última clase de razonamientos. Los alegatos a favor de uno u otro de dichos conceptos, o de una u otra definición para cualquiera de esos términos, al fin de cuentas no son otra cosa que el reflejo de tales o cuales preferencias en materia de política jurídica⁽³⁸⁾, una *façon de parler* acerca de esta. Pedir que el derecho sea racional, en el sentido apuntado, es pronunciarse en favor de la mayor previsibilidad (seguridad) posible de las decisiones judiciales⁽³⁹⁾.

(38) El inclinarse por una u otra definición de "racionalidad" es, en definitiva, una *opción valorativo-heurística*, con vistas a propugnar, en el campo de la razón práctica, aquello que se incluye (persuasivamente!) en la definición; y también, por contrapartida, es una manera de criticar y desechar lo que se ponga el acento en excluir de dicha definición. En efecto, como señala Mannheim: "cualquier definición, en el pensamiento histórico [y 'racionalidad' es, precisamente, un concepto cargado de sentido histórico], depende necesariamente de la perspectiva de cada cual, esto es, contiene dentro de sí todo el sistema de pensamiento que representa la posición del pensador y especialmente las valoraciones políticas que se hallan detrás de ese sistema de pensamiento. La mera forma en que se define un concepto y el matiz que se le da, entrañan ya, hasta cierto punto, un juicio *a priori* respecto al resultado de la ilación de ideas construidas sobre él" (Karl Mannheim, *Ideología y Utopía*, trad. de Salvador Echavarría, Fondo de Cultura Económica, México, 1941, p. 173). [Ese carácter valorativo-heurístico de la definición que se escoja —por ejemplo, la que se propone en el presente estudio— lo explico con más amplitud en el Excurso que sigue a este apartado.]

(39) "Sobre la base de la exigencia de predecibilidad se elaboran modelos acerca de cómo deben ser las decisiones de este tipo (racionalidad), modelos según los cuales una decisión impredecible es básicamente una decisión arbitraria, es decir, irracional. En este sentido, la propiedad 'predecible' es presentada como una condición necesaria de la propiedad 'racional'. (...) Parece claro que esta exigencia depende de otra, cual es la de que tales decisiones tienen que tener su fundamento en el derecho 'vigente' en tanto este constituye un sistema de normas generales. Ello porque el conocimiento de las normas aplicables vendría a habilitar un pronóstico sobre los actos de aplicación. De aquí la conocida tesis de Max Weber que asocia la racionalidad del derecho moderno con su carácter sistemático. (...) [Sin embargo,] la 'predecibilidad' es presentada como una condición necesaria pero no suficiente, esto es, pueden existir decisiones irracionales predecibles" (Ricardo Alberto

Los partidarios de lo razonable como pauta superior del discurso jurídico, pretenden presentar tal camino como si él resultara simplemente de la naturaleza misma de las cuestiones de que se ocupa el derecho, y no como lo que esa pauta es: una *opción* política (cf. el Excurso, *infra*). Tal presentación disimula el verdadero carácter de las soluciones que ellos defienden. Bien mirado, los escritos de esos autores vienen a ser una "ideología" del *status quo* del pensamiento jurídico corriente, por lo menos el de su metodología⁽⁴⁰⁾. (Sin perjuicio de que, además, es probable que también se trate de una "ideología" de la función social, conservadora, que predomina en la aplicación del derecho: cf. los testimonios que al respecto aportan Sbriccoli y Rùthers, por ejemplo.) Mas no tengo inconveniente en reconocer que asimismo la posición que se sostiene en el presente estudio, a favor de la racionalidad —mejor dicho, de una determinada concepción al respecto—, es el resultado de una *opción*, ni pretendo haber demostrado que sea la "mejor" opción y que no existan otras posibles. El punto de vista que aquí se defiende no oculta su *propio* carácter de decisión valorativo-opcional, de política jurídica, o sea, de basarse en algo que es contingente. De ahí que, como él nada disimula (ni siquiera sobre sus propios motivos: encarar la *crítica*, ¡no la legitimación!, del discurso jurídico habitual), esto tenga por fuerza que chocar con la manera en que muestran las cosas los apologetas de la esencia razonable del pensamiento tradicional en el derecho. Las delimitaciones conceptuales efectuadas, buscan simplemente subrayar algunas de las condiciones previas que son necesarias para alcanzar un grado MAYOR de racionalidad en el pensamiento jurídico... ¡si se quisiera alcanzarlo! He ahí el sentido de nuestra *disputa de palabras* en torno a lo que es "racionalidad" y "método": hacer ver que la actual racionalidad y el actual método del discurso jurídico podrían y deberían ser sustituidos por OTRA racionalidad, otros métodos, supuesto que hubiera la VOLUNTAD política —también por parte de los juristas— de hacerlo así.

* * *

Caracciolo, "Racionalidad objetiva y racionalidad subjetiva", en *Doxa* 4 (1987)—Cuadernos de Filosofía del Derecho, p. 145-151, Universidad de Alicante, 1987; la cita es de p. 145). Todo lo cual no quita que: "Se pueden formular varias objeciones serias a la idea de que semejante conocimiento (el racional, sistemático) permite formular predicciones" (*ibid.*); y en todo caso, tales objeciones abundan con relación al derecho (cf. Frank).

(40) Cf. el artículo indicado al final de la n. 30, *supra*, esp. sus apartados I y VI.

Resumo mis conclusiones en cuatro puntos:

- Aunque es cierto que el pensamiento lógico-formal no tiene sino importancia muy secundaria para decidir las cuestiones jurídicas, de eso no se sigue que la única alternativa verdadera, en este campo, esté confinada a una opción entre lo irracional y lo razonable. No es así, porque además se halla abierta la posibilidad de acudir a lo racional.
 - Si no se está de acuerdo con que el derecho dependa tan a menudo del sentimiento del "buen juez", o simplemente de la costumbre o de presiones sociales ejercidas sobre la persona de ese juez, no hay otra salida que la de esforzarse por incrementar lo más que se pueda, también en el discurso jurídico, el papel de lo racional en sustitución de lo razonable—reducir esto último al mínimo, promover aquello al máximo—. Es ese el único camino, el de lo racional, el del método, para llegar a tener una *ciencia* (en sentido propio) del derecho.
 - La alternativa entre lo racional y lo razonable corresponde, al fin de cuentas, a la que existe entre *someter* el pensamiento jurídico a unas reglas generales (¡pero unívocas!) preestablecidas o dejar que el derecho sea mucho más elástico. En este último caso, que es la vía tradicional, las cuestiones metodológicas son, en realidad, de importancia secundaria o hasta ficticias; más decisiva resulta entonces la "equidad" del juez, quien así disfruta de un buen grado de *libertad* de interpretación, sobre todo por la cantidad de conceptos indeterminados que integran el discurso jurídico (tanto en los propios textos positivos como en la doctrina y la jurisprudencia).
 - Y dicha alternativa no es, en el fondo, otra cosa que una cuestión de *política* jurídica, o sea, de preferencias ideológicas respecto al papel que en una sociedad están llamados a desempeñar los preceptos del derecho y sus operadores.
- Los juristas realizan *opciones*, pues, en cuanto a las vías intelectuales que adoptan para desarrollar su discurso. Si desearan poner en práctica un tipo de pensamiento que sea propiamente racional, les sería necesario esforzarse en extender al máximo los controles de tal tipo sobre su discurso, o sea, que sobre todo estén dispuestos a someter sus razonamientos a unos verdaderos METODOS (en sentido estricto). Para quienes QUIERAN abordar tal camino, he aquí lo que, en consecuencia, deberían hallar y aplicar:

un conjunto de procedimientos intelectuales, y eventualmente materiales, ordenados de acuerdo con un plan racional—sistema de reglas— preestablecido, que en un campo de conocimientos dado se aplican como medio para alcanzar cierto fin, de conocimiento puro o de realizaciones prácticas; procedimientos que en su ejercicio y resultados (praxis) logran acreditar intersubjetivamente su efectividad en relación con dicho fin, para los ojos—lógica constrictiva o plausibilidad— de un determinado círculo de conocedores (en nuestro caso, el círculo de los profesionales del derecho) que se guían por el saber teórico-sistemático disponible ["ciencia normal": Kuhn] en ese campo (saber del cual tales procedimientos pueden servir, a su vez, como "test" para someterlo a contrastación: falsabilidad).

A la luz de esta idea general de lo que es METODO CIENTÍFICO, habría que determinar los modelos particulares aptos para las funciones del derecho: los tipos, especies, de métodos adecuados al trabajo del jurista, a sus funciones como tal. La idea general, que es el asunto del examen presentado, no puede tener más que un valor HEURÍSTICO con vistas a delinear esas especies, que son las que cabría aplicar en concreto⁽⁴¹⁾. Es mediante la realización de unos esfuerzos intelectuales que vayan precisamente en aquella dirección general, o sea, si se adopta como pauta programática dicha idea básica (¡no otra!), como podríamos llegar a saber si racionalidad y método científico son o no son posibles para el derecho⁽⁴²⁾. Con otras

(41) Pero aun la idea general del método podría, desde luego, ser más detallada. Por ejemplo, Brecht (p. 28 ss.) ofrece la enumeración de *once* "pasos del procedimiento científico", que van desde unas *Observaciones* iniciales (paso 1) hasta la "*Recusación* de afirmaciones que no han sido conseguidas ni confirmadas del modo aquí descrito" (paso 11); pasos que, según dicho autor, son propios de "toda investigación (es decir, tanto en el ámbito de las ciencias sociales cuanto en el de las ciencias de la naturaleza) [que se efectúe según] el METODO CIENTÍFICO". Dichos "pasos", aunque no resultan en forma necesaria de la definición ofrecida arriba—pues también podrían ser otros, por lo menos hipotéticamente—, empero no son incompatibles con ella, y hasta se podrían considerar como *una* manera de complementarla, para que sea más concreta.

(42) Pero ya en mi Tesis de París (cf. sus tres últimas líneas, p. 425 [p. 140 en la trad. cit.: *supra*, n. inicial (*)] subrayé, como en el presente estudio, que la

palabras: puesto que el discurso del derecho pretende tener un carácter "científico", averiguar qué tipo de ciencia él es o pueda llegar a ser⁽⁴³⁾.

EXCURSO

La definición se relaciona siempre con su propósito y con el punto de vista del observador. Así, pues, de los datos posibles de la experiencia, toda concepción combina dentro de sí sólo aquello que, a la luz de los intereses del investigador, es esencial comprender e incorporar.

Los conceptos nos conducen a investigaciones. Ellos son la expresión de nuestro interés, y guían nuestro interés.

WITTGENSTEIN

MANNHEIM

El vocablo "racionalidad" sigue estando muy en boga dentro de la literatura teórica de nuestros días. La lógica formal y las matemáticas, las ciencias de la naturaleza, las llamadas "ciencias del espíritu" (o "del hombre", o "humanísticas", o "morales", etc.), el discurso ético y el político, etc.: en todos esos terrenos se habla de *racionalidad*. Sin embargo, la mayoría de las veces dicho término aparece recogido de manera poco crítica; se afirma que esto o aquello es "racional", o que no lo es, pero sin adelantar una verdadera explicitación del sentido, genérico o específico, en que ese concepto es tomado allí. El estudio efectuado persiguió tal explicitación, y también la de otros conceptos vinculados a aquel, sobre todo el de método científico. *Pourquoi faire?*

En realidad, todo el mundo pretende pensar o actuar de modo "racional". La palabra "racionalidad" es de aquellas expresiones que, por su prestigio, nadie quisiera dejar de poder reivindicar para sus propios comportamientos o ideas. Decir que algo o alguien es "irracional", en cambio, no suena bien. Estamos, pues, ante una de esas palabras que conjugan dos tipos de significado en sí misma: un significado descriptivo y uno emotivo. En ellas es característico que su significado emotivo, ya sea laudatorio o peyorativo, y que resulta *inescindible* de la palabra en cuestión, pueda empero ir ligado a *distintos* significados descriptivos según como, respectivamente, unos u otros entiendan dicha palabra. Así, el término "racional" tiene en general un significado emotivo positivo, laudatorio, pero su significado descriptivo es muy polisémico (cf. Haba, *Rationalité*). Nosotros, aquí (*supra*, esp. a la altura de la n. 13), hemos destacado uno de estos posibles significados descriptivos suyos. *A quoi bon?*

Para todo discurso o comportamiento que sea objeto de una valoración positiva, habrá una fuerte tendencia, en sus protagonistas, a calificarlo de racional, dada la dinámica del lenguaje común. Porque si se le niega tal calificación, esa dinámica tiende a hacernos reconocer que aquello es irracional o no-racional, calificativos estos que son emocionalmente de signo negativo, tienen sabor peyorativo. En cuanto se toma conciencia de este juego retórico, "persuasivo" (Stevenson), que suele estar implícito en la discusión acerca de las definiciones de racionalidad e irracionalidad, y sobre todo en las aplicaciones concretas de dichos

posibilidad de sujetarse a procedimientos firmemente racionales es algo que está subordinado a una *elección*, opción, de quienes operan el discurso jurídico, sobre todo sus locutores profesionales. Depende, pues, del hecho de que los juristas QUIERAN, en realidad, *someterse* intelectualmente a una verdadera (en el sentido definido arriba) racionalidad: a las EXIGENCIAS científicas que comporta el resolver las cuestiones mediante *tal* tipo de discurso, no lo simplemente razonable. Claro que si se tiene en cuenta lo que el derecho ha sido siempre (cf., p. ej.: Horak, Sbriccoli y Rùthers), no hay lugar para ser optimista acerca de esa posibilidad. No obstante, el destacar la *dirección* en la que habría que marchar para acceder a un pensamiento propiamente metódico en el derecho, puede contribuir, en todo caso, a tener un conocimiento *mejor*, esto es, menos ingenuo, más CRÍTICO, respecto al razonamiento habitual de los juristas. Y he ahí, tal vez, lo más interesante que pueda ofrecernos la filosofía, y también la ciencia social: permitirnos tomar conciencia de qué es lo que *podría* y debería ser distinto, aun allí donde otros seguirán imponiendo que eso no cambie. [Las ideas adelantadas en esta nota, se retoman en forma más desarrollada *infra*: cf. el Excurso, el Epílogo y el Punto 6 del Apéndice.]

(43) De tal cuestión específicamente, cuál es ese "tipo", me ocupo en otro sitio: *Ciencia jurídica: ¿QUÉ "ciencia"?*. Lo que se explica en dicho estudio, puede considerarse como una continuación y complemento de lo expuesto aquí (vid. el Anexo, *infra*). Cf. también *supra*, VIII *in fine* (excurso).

términos, se comprende que cualquier definición —también la nuestra!— debiera ser entendida y usada con ciertas reservas. Si, en los hechos, decir “racional” vale tanto como decir “bueno”, para ciertos contenidos que pueden ser muy distintos y hasta contradictorios, resulta que esa palabra viene a desempeñar algo así como funciones lingüísticas de adjetivo, o más exactamente, la de una interjección admirativa aplicable en cierta variedad de contextos. Por tanto, puede decirse que tratar de precisar, como se ha hecho aquí, lo que debe entenderse *descriptivamente* por “racional”, no sería otra cosa que proponer otra *definición persuasiva* al respecto: aprovecharse del significado emotivo encomiástico que generalmente tiene esa palabra, para ligarlo de manera *exclusiva* a un determinado significativo descriptivo —el tipo de conducta o la idea que así trata de recomendar el autor—; y con ello, a la vez, se tiende a descalificar ciertos otros significados descriptivos —clases de conducta o tipos de ideas con que ese autor no está de acuerdo—, aunque estos sean muy usuales como significados de la misma palabra.

Como dice Mannheim [*op. cit.*: *supra*, nota 38]: “aun en la formulación de los conceptos, el ángulo de visión se enfoca con los intereses del observador” (p. 239); “ni siquiera las definiciones formales que descubrimos flotan en las nubes, sino que surgen de los problemas concretos de una situación” (p. 264). Y tan es así, que la definición no solo es “interesada” por lo que respecta a elegir los puntos que en ella se señalan, sino que lo es asimismo por lo que omite: “La ausencia de ciertos conceptos indica a menudo no solo la falta de ciertos puntos de vista, sino también la de una dirección definida en la que se pueda buscar la solución de ciertos problemas vitales” (p. 239). [Cf. también la cita del mismo autor recogida en la susodicha nota, y *vid. infra*, ns. *c* y *ch*; a la obra indicada en aquella nota pertenecen igualmente, p. 186 (su n. 11) y 239, sus líneas ubicadas en el acápite de este Excurso. La cita, en dicho acápite, de Ludwig Wittgenstein es de sus *Philosophische Untersuchungen* (Investigaciones filosóficas), 1953, # 570.]

El carácter “interesado” que tienen las definiciones es todavía mucho más agudo cuando, como en el caso que nos ocupa, nos encontramos con eso que Stevenson llama “definiciones persuasivas”. En estas, “el término definido —que se usa corrientemente— posee un significado descriptivo y fuertemente emotivo. El propósito de la definición es cambiar el significado descriptivo del término para otorgarle, usualmente, una mayor precisión dentro de los límites de la vaguedad. Pero la definición *no* produce ningún cambio fundamental en el significado emotivo del término. Es usada, consciente o inconscientemente, para lograr que las actitudes de la gente cambien, dado el juego que existe entre el significado emotivo y el descriptivo” (Stevenson, cap. III.2 *in limine*, p. 198 de la trad.). [Sobre las “definiciones persuasivas” cf. también Warat, cap. VI.3-5, aunque el concepto que de ellas utiliza este autor es menos específico que el señalado por Stevenson.]

Así las cosas, estamos ante la siguiente alternativa: utilizar alguna definición persuasiva de lo que es racionalidad o renunciar al uso de ese término. Desde el punto de vista de la limpieza del pensamiento teórico, probablemente la segunda sería la mejor solución, dada la inevitable carga emotiva, habitualmente desorientadora, que comporta dicho vocablo. Sin embargo, no depende de la voluntad de *este* autor, y ni siquiera de la de muchos otros, lograr que la palabra en

cuestión sea evitada en la teoría de las ciencias o en la filosofía. Quien se ocupe de temas como los tratados en el presente estudio, no podrá evitar los encuentros con la palabreja, salvo que resuelva condenarse al soliloquio. Al analista no le queda otra solución, entonces, que hacer lo siguiente: tratar de *reconocer*, elevar al plano de lo *explícito*, aquello que está “detrás” de la palabra controversial, vale decir, detectar el o los (algunos de los) sentidos con que ella se usa, para sacar a luz sus implicaciones teóricas y prácticas. De ahí que, también por lo que hace a la idea de racionalidad, o la de método, pueda valer la pena destacar algunos de los sentidos con que estos términos son empleados en el lenguaje científico y el filosófico. Así se consigue poner de relieve ciertas *diferencias* conceptuales en sus significados descriptivos, que la homonimia tiende a disimular, pero que es fundamental no perderlas de vista si se quiere evitar unas confusiones, las cuales tienen sus consecuencias. Bien mirado, las “cuestiones de palabras” que se suscitan en torno al empleo de términos como racionalidad y método son el eco de diferencias más profundas. La persuasividad de las definiciones no es más que un aspecto, o el síntoma, de esas diferencias.

Cada definición de racionalidad implica una *decisión* que puede tener importantes repercusiones prácticas. Significa ni más ni menos que una aprobación, relativamente incondicional, de aquello que es llamado de ese modo. Por eso importa determinar bien a *qué* cosa será aplicado dicho calificativo. Por mi parte, he querido llamar la atención sobre dos grandes ideas vinculadas al uso del vocablo “racional”. Me pareció importante distinguirlas netamente, porque la decisión por una u otra de ellas fija la base misma de los métodos que se utilizan en cada disciplina científica. En efecto, el *tipo* de racionalidad determina la naturaleza y alcance de los resultados prácticos, en cuanto estos sean realmente obtenidos por medio de aquel. Para mantenerse dentro del cuadro de los significados usuales, llamé *racional* (a secas o propiamente dicho) a uno de esos tipos, y *razonable* (o racional en sentido amplio) al otro.

Mi definición de lo racional es, por supuesto, persuasiva. Mas pienso que, aun así, no está desprovista de utilidad teórica. Desde ya, porque soy el primero en haber advertido al lector (*supra*, I y X) sobre lo de la persuasividad, o sea, en cuanto al cuidado que debe tener de no pensar que esa sea la única definición “verdadera” de dicha palabra ni dejarse seducir por la emotividad de esta. Y sobre todo, creo en la utilidad de tal definición porque, a decir verdad, no veo alguna manera mejor (y que sea relativamente simple) de subrayar las diferencias —objetivas!— en que me importa poner el acento respecto a los tipos de métodos científicos. Claro que también se podría decir, por ejemplo: Racionalidad I y Racionalidad II, respectivamente, para que *eso* a lo que denominé “racional” no tenga un énfasis persuasivo mayor que aquello *otro* a lo que denominé “razonable”. Mas prefiero, por las razones apuntadas, brindar la menor puerta posible a las confusiones que son favorecidas por la homonimia.

Dije que, más allá de la inevitable persuasividad en las definiciones que se acepte, el fondo de la cuestión es un asunto de decisiones. Se *prefiere* utilizar unos u otros modelos de razonamiento porque, a su vez, lo que se *prefiere*, respectivamente, son unas u otras especies de soluciones prácticas. De lo que se trata, es de saber cuáles son los caminos que conducen de manera más segura o más sencilla a *estas*

precisamente: ¿los de lo racional o los de lo razonable? La pregunta implica una disyuntiva tajante en el caso solamente de que no se vea que estos términos (los tomo en el sentido en que yo los definí) pueden y deben ser complementarios. Pero aunque se reconozca que han de serlo, aun entonces la disyuntiva no desaparece básicamente, pues queda por saber: ¿cuál será complementario con respecto a cuál? En fin, ¿a cuál de ambas formas debería tratar de dársele el máximo desarrollo, para que logre *sustituir* a la otra en la mayor medida posible? En realidad, tal pregunta se plantea principalmente para las ciencias del espíritu —sociología, historia, filología, derecho, etc.—, pues en estas, quiérase o no, le corresponde un papel protagónico también a lo razonable, que allí interviene de modo ya sea complementario o concurrente respecto a lo racional. Ahora bien, ¿es cosa posible que hasta en el derecho lo racional vaya desplazando cada vez más a lo razonable?

Mi discrepancia fundamental frente a los admiradores de lo razonable en el discurso jurídico, reside en que, a diferencia de ellos, no creo que una respuesta a la disyuntiva planteada se imponga por la "naturaleza", o algo así, de dicho discurso. El hecho de manejarlo en forma antes bien razonable que racional, o el tratar de proceder a la inversa, es —como ya señalé— producto de una DECISION, una *opción* por parte de sus operadores. Esa decisión, en cuanto es ella, no responde a algo que sea propiamente necesario ("naturaleza", "esencia", etc.), sino que lo así *decidido* es, por ser tal, un resultado que entra en la categoría de lo contingente, pues allí se podría también haber tomado una decisión distinta. Es cierto que, por mi parte, no puedo demostrar que verdaderamente sea posible, en el razonamiento jurídico, aplicar medios racionales en mayor medida de lo que hasta ahora se ha hecho; y esta es, en efecto una medida bastante escasa. Pero tampoco se ha demostrado como imposible el que tales medios puedan irse aplicando (p. ej., cf. Opp) o hasta inventando, aunque fuera poco a poco. No me parece que esto último carezca de toda plausibilidad, habida cuenta de la historia de las ciencias en general y, sobre todo, del hecho de que ya se están aplicando formas racionales para determinar ciertas respuestas a cuestiones tratadas por ciencias del espíritu. [Pero, respecto a tal "plausibilidad", cf. también *infra*: el Epílogo, el Punto 6 del Apéndice y el Anexo.]

Tanto unos como otros arriesgamos un pronóstico, hablamos del *futuro* cuando decimos que la racionalidad científica es o no es aplicable en dichas materias en mayor medida que hoy. En tal sentido, la discusión es ociosa: ¡los hechos dirán! En otro sentido, sin embargo, no lo es tanto. En efecto, ya señalé que el inclinarse por una u otra definición no deja de tener sus consecuencias prácticas. Así también pasa al decidirse por lo racional o por lo razonable como técnica (propriamente dicho) no puede ser trasladado a esas materias o elaborado para ellas, entonces ni siquiera valdría la pena *intentar* introducir mayor racionalidad en la manera de tratarlas. Ahí reside, a mi juicio, el verdadero meollo de dicha discusión: ¿debemos o no TRATAR de que predomine, también aquí, lo racional sobre lo razonable?

Dije "debemos", y este término nos marca bien en qué plano se resuelve la disyuntiva. No se trata solo de una cuestión de hechos, de conocer qué clase de resultados *fácticos* puedan alcanzarse por unas u otras vías, sino que sobre todo es un asunto de *valores*. Lo que opone los apologetas de lo razonable a los partidarios de lo

racional es, más que nada, la valoración de que hacen objeto a estas dos clases de aproximación a la realidad. Por mi parte, me pronuncié en favor de una intervención mucho más acusada de métodos científicos propiamente dichos en el pensamiento de los juristas, y no puedo negar que también tal conclusión es un juicio de valor. Este implica un cierto cambio de perspectiva con respecto al ángulo de enfoque adoptado a lo largo de la mayor parte del presente trabajo. Pero no fue sino hasta llegar al final, prácticamente, de los desarrollos ofrecidos (*supra*, X), donde di ese "salto" del *es* al *debe*. En todo, o casi todo, lo que expuse antes de arribar a ese punto, por el contrario, he intentado ceñirme a un tratamiento estrictamente *descriptivo*, *avalorativo*, de los aspectos examinados. (En realidad, ya en el apartado IX había introducido una premisa valorativa, al decir que a lo razonable y al instinto empírico no les corresponde más que un papel "subordinado" frente a lo racional. Reconozco que esa no es una afirmación puramente descriptiva, sino un enunciado de deber-ser, ya que, si no se acepta el ideal estricto de lo científico como meta preferencial para el conocimiento, bien puede sostenerse lo contrario de aquella afirmación. Pero *si* se acepta dicho ideal, entonces esta refleja ciertamente una condición *objetiva* para lograr acercarse cada vez más a realizarlo.) Quiere decir que, también en cuanto al estudio ofrecido, hay que diferenciar su contenido objetivo, descriptivo, que es la mayor parte, frente a la recomendación valorativa en la que finalmente se desemboca; y también, desde luego, distinguir este de la motivación valorativa que el propio autor pueda haber tenido para abocarse a efectuar tal estudio (*context of discovery*). Aquel contenido conserva su validez descriptiva aunque no se compartan las valoraciones efectuadas.

No resulta igual, en efecto, examinar las cosas en cuanto a aspectos suyos que es posible reconocer en el plano de lo simplemente fáctico o de unas estructuras meramente lógicas, que hacerlo desde ángulos axiológicos. Así, desde el punto de vista de los *hechos* solamente, nada se opone a que intentemos ampliar cada vez más la penetración del pensamiento científico estricto, métodos propiamente dichos, también en las disciplinas del "espíritu"; en cambio, eso puede ser de lo más desaconsejable desde ciertos puntos de vista valorativos. Si consideramos que la ciencia no es capaz de aprehender lo realmente "humano", la auténtica "verdad" de lo que tiene "vida", etc., entonces no resulta sino consecuente, por supuesto, sostener que la racionalidad científica no puede ser introducida en ese terreno so pena de desnaturalizarlo (es la tesis central de los autores mencionados al comienzo de la n. 6, *supra*, y en cierto modo también lo que piensa Perelman). Mas esta no es una afirmación de tipo descriptivo, sino un juicio de valor. En el fondo, si hacemos abstracción de una terminología filosófica que no siempre es transparente y del lenguaje ricamente metafórico en que esas ideas suelen ser presentadas, no queda mucho más que lo siguiente: la *preferencia* de esos autores por aspectos no-racionales de los fenómenos culturales y la poca simpatía que con que ven las explicaciones científicas estrictas que puedan alcanzarse respecto a dichos fenómenos (por eso recurren a la idea de "verdad" señalada en la n. 6: cf. Gadamer [y *vid. infra*, el Punto 4 del Apéndice]).

Por mi parte, no digo que no puedan tenerse tales preferencias, así como las contrarias. Pero me importa destacar que son lo que son: *valoraciones*, no unas

evidencias "ontológicas". Por eso, las relaciones que se establezcan —de jerarquía, de complementación, etc.— entre lo racional y lo razonable no son una simple cuestión de hechos, sino que ello depende de lo que *quiera* saber y hacer el investigador en el marco de su disciplina. Si no nos *interesa* alcanzar una racionalidad progresiva de la conducta humana o de las maneras de comprenderla, es obvio que no podremos aceptar que lo racional desplaze a lo razonable.

Lo que estoy tratando de subrayar —contra tesis como las de Perelman, Gadamer, etc. [vid. los Puntos 2 y 4 del Apéndice]— es que la alternativa entre lo racional y lo razonable se plantea fundamentalmente en el plano del PROGRAMA DE ACCIÓN que *elige* el investigador o quien aplica unos conocimientos, y no en el nivel de las "esencias" (punto de vista ontologizante); y que, por ende, no existe una (sola) respuesta necesaria a esa alternativa, sino que dicho programa dependerá de los *intereses* de quien lo adopta, lo cual es contingente. Significa que, aunque me pronuncie en favor de la racionalidad, no dejo de reconocer que esta elección no es forzosa. Es tomar una decisión. También tratándose quienes llevan a cabo el discurso jurídico, esa cuestión es de índole *voluntarista* en cuanto a la fundamentación, ya que cada tendencia toma una u otra línea de razones según que respectivamente acepte como ideal el hacer ciencia en sentido estricto o en sentido amplio. Cuando se persigue la obtención y aplicación de métodos en sentido estricto, es porque uno *confía* más en los conocimientos intersubjetivos (*supra*, III *in fine*). Pero lo cierto es que nadie está obligado a confiar en ellos, y mucho menos a encontrar *interesante* lo que resulte de utilizarlos efectivamente. En síntesis, para decirlo del modo más llano: el hecho de preferir ya sea lo racional o lo razonable, en última instancia es una cuestión de "fe" y de "gustos". Claro que la "fe" y el "gusto" pueden tener, por su parte, explicaciones psicológicas y sociológicas; pero desde el punto de vista de la *fundamentación* de los procedimientos elegidos para las ciencias del espíritu, aquellos son la propia base de esa elección, el punto de partida donde se decide esta, y por lo tanto no son demostrables a su vez para la metodología adoptada.

Sin embargo, por más contingente que sea la decisión metodológica misma, la de dirigir el discurso jurídico según una u otra orientación primordialmente, vale decir, orientarlo a que él sea una ciencia en sentido estricto o en sentido amplio, eso no significa que son contingentes asimismo los medios que sirven para hacer las ciencias del primer tipo, cuando se desea tenerlas. En esta *no* contingencia de los elementos que las configuran reside precisamente el carácter de *racionalidad* que distingue a dicho tipo. No lo tenemos sino en cuanto dispongamos, para realizarlas, de unos discursos con ciertas muy especiales características objetivas (*supra*, V), sobre todo la de estar sometidos al *control* de métodos propiamente dichos (*supra*, X *in fine*). Que sea posible tal control, justamente en eso consiste —y, en todo caso, no es sino eso lo que permite reconocer— la *OBJETIVIDAD* de estos discursos. No otra es, también, la razón por la cual podemos decir que tienen su "objetividad" unas precisiones como las efectuadas a lo largo de todos los apartados anteriores: lo que en ellos se dijo es "objetivo" porque señala ciertas condiciones básicas que, quiérase o no, son *indispensables* para que haya ciencia en sentido estricto, no menos respecto al derecho que en cualquier otra disciplina. Objetividad del método científico como *medio*, en cuanto sólo él permite que se alcance el tipo de conocimientos que

persiguen las ciencias de esa clase (objetividad de la cual deriva, a su vez, la del tipo de comportamiento que Simón llama el "*sustantivamente* racional": *infra*, n. g, *in limine*). [Pero téngase presente que también las definiciones de "objetividad" son persuasivas, por el mismo motivo que las de "racionalidad".]

En síntesis: es valorativo-opcional, contingente, la decisión de adoptar uno u otro tipo de ciencia jurídica; en cambio, no es contingente, sino objetivamente necesario, someter el discurso jurídico al control de métodos propiamente dichos *si él* ha de ser una ciencia en sentido estricto. Son opcionales las definiciones y la orientación metodológica, pero no es opcional el establecer qué métodos sean capaces de cumplir con los requisitos propios de las ciencias en sentido estricto. Para estas últimas, inclusive en cuanto logren intervenir en el campo de las ciencias del espíritu, su divisa no puede ser otra que el siguiente programa (objetivo) de acción:

¡Cada vez más racionalidad!

¡Cada vez menos necesidad de resignarse a lo razonable!

También para el derecho, quienes se DECIDAN (opten) por seguir tal orientación metodológica tendrán por delante la tarea de ver cómo logren allí sustituir cada vez más lo razonable por lo racional, los tradicionales métodos en sentido amplio por métodos en sentido estricto, o en todo caso por unos métodos científicos que sean lo MENOS amplios posible. Y esta no es, al fin de cuentas, otra cosa que la opción a favor de una objetividad mucho mayor en el contenido de ese discurso.

* * *

Nota: La parte final de este trabajo será publicada en el próximo número de esta Revista.

RECUSACION EN MATERIA PENAL

Dr. José María Tijerino Pacheco
Profesor de Derecho Procesal Penal
Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica
Fiscal General de la República
Poder Judicial, Costa Rica

Generalidades
 Motivos
 1.1. Relación con el objeto del proceso
 1.2. Relación con los interesados
 1.3. Admisión por esta figura 152
 1.4. "Omnibus" de recusaciones 153
 Límites de la recusación 154
 Efectos 155
 Intervención de fiscales, secretarías 156
 Casos 160
 Bibliografía 163

Dr. Juan Carlos Torres Pacheco
Escuela de Derecho, Universidad de Costa Rica
Facultad de Exactas, Universidad de Costa Rica
Ciudad General José Balmorica
P.O. Box 11501, Costa Rica

INDICE

- I. Generalidades 139
- II. Motivos 140
 - II.1 Relación con el objeto del proceso 141
 - II.2 Relación con los interesados 149
 - II.3 Relación con otros jueces 152
 - II.4 ¿Otros motivos de recusación? 153
- III. Límites de la recusación 154
- IV. Recursos 155
- V. Recusación de fiscales, secretarios, peritos e intérpretes 158
- VI. Conclusiones 160
- VII. Bibliografía 163

I. Generalidades

Condición indispensable para que el juez cumpla debidamente su alta función es la imparcialidad. Para evitar al juez conflictos en su fuero interno, que naturalmente se producirían si tuviera que decidir sobre asuntos que no le son ajenos a título personal, y en homenaje a la respetabilidad y confianza que debe inspirar, la ley ha establecido la abstención o inhibición, es decir, la facultad de pedir su separación del conocimiento de una causa determinada.

El ordenamiento, sin embargo, no puede dejar confiada únicamente a la rectitud de los mismos jueces la salvaguarda de su imparcialidad. Por ello es que ha establecido el instituto de la recusación, que consiste en la facultad de las partes de pedir se aparte al juez sospechoso de parcialidad (*iudex suspectus*).

BELLAVISTA y TRANCHINA consideran que la abstención es, como la recusación, uno de los medios a través de los cuales el sistema procesal se garantiza contra el *iudex suspectus*.⁽¹⁾ Estamos de acuerdo con ellos, pero hacemos la observación de que la primera es sólo un medio de prevención, en contraste con la segunda que es un verdadero remedio, porque el juez que se abstiene o inhibe no puede ser incluido en la categoría aludida. El juez se hace sospechoso cuando, habiendo motivo, no se separa voluntariamente de un proceso.

No puede negarse que la recusación importa un ataque a la respetabilidad de la judicatura, que si es autorizado por la ley lo es como un mal menor en relación con el que representa la parcialidad del juzgador.

El juez se inhibe no sólo para librarse de tener que resolver sin serenidad de ánimo, sino también para evitar sospechas, para no entrar en la categoría, en absoluta honrosa, de sospechoso.

De allí que el código italiano de 1930 dispusiera que en caso de concurso de una abstención y una recusación, aunque la primera se hubiera producido con posterioridad a la segunda, debía resolverse la abstención y considerarse la recusación como no interpuesta, si ambas se fundamentaban en los mismos motivos. Si los motivos eran diferentes, debía procederse a conocer de la recusación sólo si la abstención no hubiera sido estimada (art. 67). Fórmula que el actual código, promulgado el pasado 22 de septiembre de

(1) BELLAVISTA Y TRANCHINA, *Lezioni di diritto processuale penale*, 9ª ed., Milano, Giuffrè, 1984, p.206.

1988, simplifica al eliminar toda alusión a los motivos de una y otra: la recusación se considera como no interpuesta cuando el juez se abstiene y la abstención es declarada con lugar (art. 39).

La misma razón subyace en otra norma del novísimo código citador: aquella que permite al juez abstenerse cuando existan graves razones de conveniencia no incluidas por la ley entre los motivos de recusación (art. 36), precepto que ya aparecía en el artículo 63 del código del 30. Se trata así, no de apartar al *iudex suspectus*, sino de evitar que llegue a serlo.

Por eso mismo consideramos que la mención de motivos de abstención hecha por el artículo 29 del código costarricense no tiene carácter taxativo, y que la diferencia de tratamiento entre abstención y recusación se impuso en homenaje al decoro de los jueces.

Otro argumento a favor de esa diferenciación se encuentra cuando se considera que la recusación tiene su raíz en una sospecha, en tanto la abstención está basada en una certidumbre: la del propio juez que, mejor que nadie, sabe en qué medida se ve afectado su ánimo.

El hecho de que el legislador costarricense expresamente haya establecido la taxatividad de los motivos de recusación, mientras guardó silencio en relación con la inhibición, deja ver que no consideró prudente dar la misma regulación a situaciones que se diferencian entre sí.⁽²⁾

II. Motivos

En cuanto a los motivos para recusar, se ha discutido mucho en la doctrina no sólo sobre la conveniencia o inconveniencia de que ellos sean establecidos taxativamente por la ley, sino también sobre la necesidad misma de hacer expresión de ellos AMAT,⁽³⁾ PODETTI⁽⁴⁾ y ALSINA,⁽⁵⁾ por ejemplo,

(2) En contra, LLOBET RODRIGUEZ, quien ve en ambas instituciones la misma finalidad y estima aplicable, por analogía, a las causales de abstención la taxatividad de las de recusación (Código de Procedimientos Penales anotado, Alajuela, 1987, p. 55).

(3) AMAT, El juicio oral en materia civil (Apuntes para la reorganización de los tribunales y la reforma de la ley), Barcelona, imprenta de "El Noticiero Universal", 1890, p. 78.

(4) PODETTI, Derecho procesal civil, comercial y laboral, I, Tratado de la competencia (principios y normas generales, 1ª parte), Buenos Aires, EDIAR, 1954, p. 506.

(5) ALSINA, Tratado teórico práctico de derecho procesal civil y comercial, 2ª ed., II, Buenos Aires, EDIAR, 1957, p. 204.

consideran sumamente valiosa la recusación sin expresión de causa, mal llamada comúnmente "recusación sin causa"; con lo que desatienden los reparos formulados contra esa institución por el CONDE DE LA CAÑADA en las postrimerías del siglo XVIII:

Quien recusa sin expresar la causa, envuelve todas las que puede haber y deja del arbitrio del público que conciba contra la opinión del juez recusado la que sea más perniciosa, y esto aumenta la injuria y se le priva de su natural defensa.⁽⁶⁾

Como hemos visto, nuestro Código de Procedimientos Penales sigue el sistema de taxatividad de los motivos de recusación (art. 33).

Todos los comprendidos en el artículo 29 se pueden clasificar en tres grupos, si atendemos a que el riesgo para la imparcialidad del juez puede surgir de su relación con:

- a) el objeto del proceso (los de los incisos 1º, 3º y 8º),
- b) los interesados (los de los incisos 2º, 4º, 5º, 6º, 7º, 9º y 10º), u
- c) otros jueces (el único del inciso 11º).⁽⁷⁾

II.1. Relación con el objeto del proceso

En el inciso 1º se contemplan situaciones en las que el juez ha estado en estrecha relación con el proceso:

Cuando en el mismo proceso hubiera pronunciado o concurrido a pronunciar sentencia, o hubiera intervenido como

(6) CONDE DE LA CAÑADA, cit. por ALSINA, Tratado..., II, cit., p.284.

(7) RANIERI (Manuale di diritto processuale penale, 5ª ed., Padova CEDAM, 1965, p. 188), y BELLAVISTA y TRANCHINA (Lezioni di diritto processuale penale, 9ª ed., Milano Giuffrè, 1984, p. 205) establecen una clasificación semejante, pero hacen uso del concepto de "partes" en lugar del de "interesados", más preciso éste en lo que atañe al código costarricense (vid. art. 29 in fine). FENECH clasifica los motivos de recusación atendiendo a la relación del juez con los otros sujetos del proceso (por "exceso" y por "defecto o distancia") y con el objeto del proceso (Derecho procesal penal, 3ª ed., I, Barcelona, Labor, 1960, ps. 238-242).

funcionario del Ministerio Público, defensor, mandatario, denunciante o querellante, o hubiera actuado como perito o conociera el hecho investigado como testigo.

La primera cuestión que surge es la de determinar el concepto de proceso en este contexto. ¿Debe extenderse tal concepto hasta abarcar al proceso que puede surgir si, una vez firme la sentencia, se pide la revisión de ésta?

Para los que consideran que la revisión es un recurso más, es decir, una continuación del mismo proceso,⁽⁸⁾ la cuestión ni siquiera debe llegar a plantearse: si se habla de proceso nada justifica la exclusión de una de sus fases.

Desde la perspectiva de quienes consideramos que la revisión constituye otro proceso,⁽⁹⁾ la solución al problema hay que buscarla en otro

(8) Para la casi totalidad de la doctrina española —en la cual GUASP, quien cambió de criterio, constituye la notable excepción— es sustancial a la idea de recurso el que éste forma parte del mismo proceso en el cual se dictó la resolución contra la cual se dirige (Vid. por todos, CALVO SANCHEZ, La revisión civil, Madrid, Montecorvo, 1977, ps. 26–32; asimismo, DOVAL DE MATEO, La revisión civil, Barcelona, Bosch, 1979, ps. 29–37). En Italia, para autores como MANZINI y PETRELLA la identidad de proceso está en la definición misma de medios de impugnación (entendido este concepto como sinónimo de recurso). MANZINI señala: “*Le impugnazioni sono attività processuali determinanti una fase nuova dello stesso procedimento...*” (Trattato di diritto processuale penale italiano, 4ª ed., IV, Torino, UTET, 1952, ps. 458–459), y “*Le “impugnazioni” sono attività processuali determinanti una nuova fase del procedimento, nella quale, con maggiori garanzie funzionali soggettive (giudice superiore), si controlla, o si rinnova, la fase processuale anteriore.*” (Istituzioni di diritto processuale penale, 2ª reimpresión de la 12ª ed., Padova, CEDAM, 1967, p. 266). Asimismo para PETRELLA “*Le impugnazioni sono i mezzi con i quali su domanda di soggetti legittimati e interessati, e attraverso giudizi retti da specifiche norme, costituenti fasi diverse dello stesso processo...*” (Le impugnazioni nel processo penale, I, Milano, Giuffrè, 1965, p. 41). Por su parte DEL POZZO, apoyado en BIRKMEYER y LEONE, estima “*che il procedimento d’impugnazione è una continuazione del processo originario...*” (Le impugnazioni penale. Parte generale, Padova, CEDAM, 1951, p. 381).

(9) Nosotros compartimos el criterio de quienes consideran que el recurso es, necesariamente, parte del mismo proceso en el cual se dictó la resolución que se impugna. Dado que el proceso finaliza cuando la sentencia adquiere firmeza, no calificamos la revisión como recurso, sino como “acción

lado. Si hubiera la misma razón para dudar de la imparcialidad del juez del proceso de revisión por haber participado en el proceso anterior, habría que optar por una aplicación analógica de la norma.

Obviamente no nos referimos a la situación expresamente prevista por el artículo 496 CPP, que prohíbe la participación en el nuevo “juicio” que puede ordenar el tribunal de revisión de los jueces que intervinieron en el juicio anterior. En este caso “juicio” hace referencia a la fase procesal de ese nombre, no a la totalidad del proceso.⁽¹⁰⁾ De lo que hablamos no es de uno de los momentos de la revisión, sino de la revisión en su totalidad.

Aunque el proceso de revisión tiene un objeto distinto (y por eso, precisamente, es que constituye un proceso nuevo),⁽¹¹⁾ ese objeto (que es la

impugnatoria” que da lugar a un nuevo proceso (así, FAIREN GUILLEN, con apoyo en CALAMANDREI, “*Doctrina general de los medios de impugnación y parte general del derecho procesal*”, en Revista de derecho procesal, Madrid, 1949, ps. 270–271). Nos inclinamos, además, a dar al concepto de medios de impugnación un alcance más amplio del de recursos; que vienen a ser una, pero no la única, especie de medios de impugnación. Dentro del género amplio de medios de impugnación y a la par de los recursos, aunque perfectamente individualizada como acción impugnatoria, debe ubicarse la revisión (en el mismo sentido, VIADA-ARAGONESES, Curso de derecho procesal penal, 4ª ed., II, Madrid, 1974, p. 257). En Italia, SATTÀ también tiene una concepción amplia de medios de impugnación: “*Impugnare infatti non significa altro etimologicamente che contrastare, attaccare, e pertanto ovunque vi sia una doglianza contro un provvedimento vi è un’impugnazione, qualunque sia il mezzo e il nome col quale la doglianza si concreta (ricorso, reclamo, opposizione e via dicendo)*”. (“*Impugnazione. Diritto processuale civile*”, Enciclopedia del diritto, XX, Varese, Giuffrè, 1970, p. 697). En la misma línea de pensamiento opina TRANCHINA: “*...ritiniamo que qualunque istituto che si concretizzi nella denuncia di un ingiusto provvedimento del giudice o, talora, del pubblico ministero, possa essere inquadrato tra i mezzi d’impugnazione, ancorchè non venga così definito espressamente dal codice di procedura penale, la cui sistematica in materia appare, per altro, ispirata a criteri decisamente criticabili,*” (La postestà di impugnare nel processo penale italiano, Milano, Giuffrè, 1970, p. 169).

(10) En contra CASTILLO GONZALEZ, quien identifica “juicio” con “proceso” e incluso habla de “instrucción” (El recurso de revisión en materia penal, San José, Colegio de Abogados, 1980, p. 221).

(11) FOSCHINI señala: “*...ciò che diversifica e quindi individua un dato processo rispetto ad un altro processo non può essere che la materia del giudizio: la res iudicanda ... Il quid materiae, dal quale il processo deriva la sua individualità è, quindi, la fattispecie materiale.*” (Sistema del diritto processuale penale, I, Milano, Giuffrè, 1956, p. 31).

sentencia firme que se considera injusta),⁽¹²⁾ deriva de la imputación que constituía el objeto del proceso en el que se dictó la sentencia impugnada.⁽¹³⁾

La íntima relación entre ambos objetos procesales puede perjudicar al juez en forma semejante a aquella en que puede resultar perjudicado el instructor que sea llamado a participar en la etapa de juicio de un mismo proceso. Consideramos, pues, que estamos ante situación análoga a la prevista en la ley, por lo que resulta procedente su aplicación.

Otra razón para inclinarse por la aplicación de la norma en examen al caso señalado es la concepción que el legislador tiene de la revisión.

Independientemente de que no compartamos su posición doctrinaria (que no vincula al intérprete, puesto que no le es dado a ningún legislador la potestad de transmutar la naturaleza de las cosas), al considerar, como consideró, que la revisión es un recurso,⁽¹⁴⁾ la encuadró en el mismo proceso.

Si para el Código de Procedimientos Penales la revisión es parte del proceso, rige también para ella la hipótesis prevista en el primer inciso del artículo 29.

Una segunda cuestión surge con el concepto de "sentencia". ¿Está usado en sentido técnico, es decir, como "resolución que pone término al proceso" (art. 105 CPP)? ¿O en sentido lato, como resolución jurisdiccional: "sobre el fondo del proceso", comprensiva de los autos de procesamiento (art. 286 CPP) y elevación a juicio (art. 344 CPP), entre otros?

En la Ley de Enjuiciamiento Criminal española expresamente se cuenta entre los motivos de recusación el haber sido instructor de la causa (art. 54.12).⁽¹⁵⁾

(12) AUGENTI, Lineamenti del processo di revisione, Padova, CEDAM, 1949, ps. 82-83.

(13) SABATINI, Gu., expresa: "...oggetto del processo penale altro non può essere che l'imputazione di un fatto come reato a carico di una determinata persona..." (Principi di diritto processuale penale, 3ª ed., I, Catania, Casa del Libro, 1948, p. 55).

(14) En el Código de Procedimientos Penales la revisión está ubicada en el libro cuarto, dedicado a los recursos. Por otra parte, "recurso" expresamente la denominan los artículos 492, 493 y 494.

(15) AGUILERA DE PAZ refiere que esta casual se introdujo "como una necesidad impuesta por la nueva organización de los Tribunales de la justicia penal... pues adoptado el criterio de la completa y absoluta separación de la instrucción sumarial y del fallo, es indudable que el magistrado que como juez hubiere instruido un sumario, no no puede de ningún modo cooperar al fallo de la misma causa." (Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal, 2ª ed., I, Madrid, Reus, 1923, p.386).

El artículo 61 del recién derogado código italiano de 1930 prohibía la participación en el juicio no sólo del juez que hubiera dictado o concurrido a dictar sentencia en un grado anterior del proceso, sino también del que hubiera dictado o concurrido a dictar la resolución de remisión a juicio ("*ordinanza di rinvio a giudizio*"). Disposición mantenida por el código de 1988 en su artículo 34.2 en concordancia con el 424.1.

Más rígido aún resultaba el proyecto preliminar de 1978, que en su artículo 39 contemplaba como motivo de incompatibilidad el que el juez hubiera "*cumplido actos*" en un grado anterior del procedimiento.

No nos parece conveniente que el juez que haya dictado una resolución de fondo durante la instrucción, ya sea como juez de instrucción o como miembro del tribunal de apelaciones, integre posteriormente el tribunal de juicio. Opinamos que ha prejuzgado.⁽¹⁶⁾

FINZI, en cambio, se pregunta si no sería provechoso que se llamara a formar parte del tribunal al juez de instrucción, por considerar dicho autor que el juez aportaría "*la cooperación de quien, por los contactos con el imputado, al que ha visto de cerca y no fugazmente, está en situación de conocerlo bien*".⁽¹⁷⁾

No entendemos qué quiere decir FINZI cuando habla de contactos cercanos del juez de instrucción con el imputado, en contraposición con una relación fugaz que parece ser aquella a la que da lugar el debate. No creemos que la relación de los jueces de instrucción con los reos, al menos en Costa Rica, pueda calificarse como lo hace el autor en comentario. Nuestros jueces, por exceso de trabajo principalmente, rara vez tienen algún contacto cara a cara con el inculcado. En muchas ocasiones ni siquiera cuando éste rinde su declaración está presente en el acto el instructor.

Por el contrario, consideramos que si una ventaja tiene el debate es que la oralidad impone el contacto directo entre juez o tribunal e imputado. Contacto fugaz, si se quiere, pero muchísimo más intenso que el que puede tener el instructor.

El mismo FINZI, que sólo después de muchas cavilaciones se atrevió a externar su anterior opinión, como él mismo reconoce, termina por advertir sobre el peligro de "*que el juez de instrucción haya pronunciado la sentencia*

(16) En relación con los integrantes del tribunal de apelaciones, vid. REDONDO GUTIERREZ, "El juez legal", Iustitia, San José, Costa Rica, año 2, número 23, noviembre, 1988, ps. 9-12. Asimismo, TRIBUNAL SUPERIOR PRIMERO PENAL, SECCION PRIMERA, resolución de la 15:00 del 27 de diciembre de 1988.

(17) FINZI "El imputado ... visto de lejos", Revista de derecho procesal, Buenos Aires, 1943, I, p. 326.

de remisión a juicio con la profunda convicción de que el imputado es culpable y que se disponga a llevar al debate tal convicción, la cual, tanto más si va envuelta en un mal entendido amor propio, podrá hacerlo inaccesible a admitir cualquier resultancia que esté en oposición con lo que él ha entendido, y podrá determinar a influir sobre los otros jueces para que se adhieran a su opinión".⁽¹⁸⁾

En ese orden de ideas merece destacarse la sentencia del Tribunal Constitucional español número 145/1988, de 12 de julio, en la que, con fundamento en la decisión del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) sobre los casos "De Cubber" y "Piersack", considera el más alto tribunal de España que "la actividad instructora, en cuanto pone al que la lleva a cabo en contacto directo con el acusado y con los hechos y datos que deben servir para averiguar el delito y sus posibles responsables puede provocar en el ánimo del instructor, incluso a pesar de sus mejores deseos, prejuicios e impresiones a favor o en contra del acusado que influyan a la hora de sentenciar. Incluso aunque ello no suceda es difícil evitar la impresión de que el Juez no acomete la función de juzgar sin la plena imparcialidad que le es exigible".⁽¹⁹⁾

Por todo ello, nuestro criterio es que el vocablo "sentencia" en el contexto del artículo 29.1 CPP debe interpretarse extensivamente, de manera que incluya cualquier resolución recaída sobre el fondo de la causa: procesamiento, prórroga extraordinaria, auto o providencia de elevación a juicio y, desde luego (por ser en el código costarricense una sentencia), sobreseimiento.⁽²⁰⁾

El haber intervenido en el mismo proceso como funcionario del Ministerio Público, defensor, mandatario, denunciante o querellante, o haber actuado como perito o simplemente conocer el hecho investigado como testigo son también circunstancias adversas a la imparcialidad del juzgador, el que difícilmente podrá sustraerse a la influencia que sobre su ánimo ejerce el recuerdo de la actitud adoptada cuando se encontraba en el desempeño de esas funciones o, en el caso del testigo, el conocimiento privado que sobre el objeto del proceso tiene.

El inciso 3º contiene un solo motivo: el interés del juez, ya sea en forma directa (interés personal) o indirecta (interés de su cónyuge o alguno de

(18) FINZI, "el imputado ..." , cit., p. 327.

(19) Boletín Oficial del Estado , Madrid, Nº 189, suplemento, 8 de agosto de 1988, p. 20.

(20) En contra, VASQUEZ IRUZUBIETA y CASTRO, Procedimiento penal mixto, I, Buenos Aires, Plus Ultra, 1968, p. 172; LLOBET RODRIGUEZ, Código de Procedimientos Penales anotado, cit., ps. 55-56.

sus parientes dentro del tercer grado de consanguinidad o segundo de afinidad).⁽²¹⁾

Existe interés en el juez cuando él, su cónyuge o sus parientes se encuentran en situación de obtener provecho o sufrir perjuicio por la resolución que habrá de dictarse en la causa.⁽²²⁾ No es necesario que el interés sea patrimonial,⁽²³⁾ puesto que el efecto turbador de la serenidad del juez no depende de la naturaleza de aquél.

El interés personal del juez no puede ser el que tendría en causa propia, en cuyo caso habría perdido la primera condición para ser tal, el ser tercero (heterocomposición), y se plantearía un problema que rebasaría los límites de la recusación: el de la incapacidad absoluta del juez, y no el del juez sospechoso.⁽²⁴⁾

Por otra parte, no debe confundirse el interés que hace dudar de la imparcialidad del juez (interés privado) con el que como funcionario debe tener en cumplir cabalmente sus funciones (interés público).⁽²⁵⁾

En cuanto al interés del cónyuge o de los parientes, debe advertirse que no los convierte en "interesados" en el sentido expuesto en el último párrafo del artículo:

(21) SATTÀ ("Astensione e ricasazione del giudice", Enciclopedia del diritto, III, Varese, Giuffrè, 1958, p. 948) y COSTA ("Astensione e ricasazione di giudice. Diritto processuale civile", Novissimo Digesto italiano, I, 2, Torino, UTET, 1958, ps. 1463-1464) dan a las expresiones "interés directo" e "interés indirecto" un sentido diferente al que tienen en este trabajo. Para ambos "interés directo" es el que tendría el juez en causa propia, es decir, cuando un mismo individuo reúne la condición de juez y la de parte. "Interés indirecto" vendría a darse en cualquier otro caso.

Como se ve, usamos "interés directo e indirecto" en el mismo sentido de la ley de Enjuiciamiento Civil española (art. 189, causal 8ª).

(22) Así, ALSINA, Tratado teórico práctico de derecho procesal civil y comercial, cit., p. 298.

(23) Así, MANZINI, Trattato..., II, cit., p. 168; GUASP, Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil, I, Madrid, Aguilar, 1943, p. 593; LEONE, Trattato..., I, cit., p. 384, p. 384; FENECH, Derecho procesal penal, I, cit., p. 241; VASQUEZ IRUZUBIETA y CASTRO, Procedimiento penal mixto, I, cit., p. 174; CHIAVARIO, Processo e garanzie della persona, 2ª ed., II, Milano Giuffrè, 1982, p. 40; LLOBET RODRIGUEZ, Código de Procedimientos Penales anotado, cit., p. 56. En contra, NUÑEZ, Código procesal Penal de la provincia de Córdoba anotado, Buenos Aires, Lerner, 1978, p. 56.

(24) Así, SATTÀ, "Astensione e ricasazione ..." , cit., p. 948; COSTA, "Astensione e ricasazione..." , cit., p. 1463.

(25) Así, AGUILERA DE PAZ, Comentarios..., I, cit., p. 383; MANZINI, Trattato..., II, cit., p. 169.

"A los fines de este artículo, se consideran interesados el imputado, el ofendido, el damnificado y el responsable civil, aunque estos últimos no se constituyan en parte, lo mismo que sus representantes, defensores y mandatarios".

Mientras todos los "interesados" tienen interés en el proceso, no todos los que tienen interés son "interesados". Interpretar lo contrario significaría confundir los motivos de los incisos 2º y 3º.

Si examinamos el inciso 8º del artículo 2º CPP podremos apreciar que encierra dos motivos fundados en la relación del juez con el objeto del proceso:

"Si hubiera dado consejos o manifestado extrajudicialmente su opinión sobre el proceso."

Por "consejos" debe entenderse los que se den a alguno o algunos de los interesados sobre su actuación personal en el proceso,⁽²⁶⁾ directamente o a través de otras personas.⁽²⁷⁾

SATTA y VAZQUEZ IRUZUBIETA y CASTRO piensan que el consejo debe ser anterior al conocimiento de la causa; los dos últimos agregan que "si el hecho ocurre durante la tramitación del proceso, el juez incurre en delito y media algo más que una causal de recusación".⁽²⁸⁾ Pensamos que la circunstancia de que el hecho llegue a constituir una falta de mayor gravedad no excluye que también sea causal de recusación, por el contrario: *¡a fortiori!*

La opinión debe ser dada por el juez a título personal o con abuso de sus funciones y no en el legítimo ejercicio de ellas,⁽²⁹⁾ y debe versar sobre el objeto del proceso específicamente, y no en general. No constituye opinión a estos efectos la académica, vertida en la cátedra, el libro, la revista o la prensa, etc., salvo que se haga expresa referencia al caso concreto.⁽³⁰⁾

(26) En este sentido, sentencia italiana de casación citada por MANZINI (Trattato..., II, cit., p. 170). En contra NUÑEZ, que estima que el destinatario del consejo puede ser también alguien ajeno al proceso (Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba..., cit., p. 57).

(27) En ese sentido VASQUEZ IRUZUBIETA y CASTRO, Procedimiento penal mixto, I, cit., p. 175.

(28) SATTA, "Astensione e ricasazione del giudice. Diritto processuale civile". Enciclopedia del diritto, III, Varese, Giuffrè, 1958, p. 950; VASQUEZ IRUZUBIETA y CASTRO, Procedimiento penal mixto, I, cit., p. 175.

(29) Así, MANZINI, Trattato..., II, ps. 169-170.

(30) así, PODETTI, Derecho procesal civil, comercial y laboral, I, cit., ps. 518-519; MANZINI, Trattato..., II, cit., p. 170.

II.2. Relación con los interesados

Las causales que hemos clasificado atendiendo la relación del juez con los interesados pueden ser subclasificadas en dos grupos, según estén fundadas en la afectividad o en la comunidad de intereses que vincula al magistrado con aquéllos.

En el primero de estos grupos tenemos situaciones en las que el juez, por el orden natural de las cosas, puede sentirse inclinado afectivamente ya sea en sentido positivo (sentimiento de solidaridad o simpatía) o en sentido negativo (hostilidad, odio, aversión).

Dentro de las causales por afectividad positiva cabe incluir las basadas en parentesco, en relaciones de familiaridad surgidas por la convivencia, en la amistad y en la gratitud.

Los vínculos de parentesco, consanguíneo o por afinidad, entre el juez y alguno de los "interesados", en el sentido que se explicó, configuran motivos de recusación que aparecen en dos incisos distintos: el 2º y el 9º. La razón de ello es que la ley considera de mayor peso los motivos indicados en los primeros cinco incisos, como se evidencia al excluir éstos de la facultad que tienen los interesados de solicitarle al juez que continúe conociendo de la causa (art. 30, párrafo segundo).

En el inciso 2º se señala el parentesco por consanguinidad hasta tercer grado y el de afinidad hasta segundo, mientras que el inciso 9º señala únicamente a los parientes en cuarto grado de consanguinidad. Parece razonable la distinción si tomamos en cuenta que muchas veces entre primos hermanos (cuarto grado de consanguinidad) apenas hay trato, situación harta diferente de la que suele darse entre padres e hijos, abuelos y nietos, hermanos entre sí, y hasta entre tíos y sobrinos y cuñados entre sí.

La posibilidad de que se presente parentesco en cuarto grado en línea directa es improbable: un juez conociendo de una causa en la que figure como ofendido o damnificado su tataranieta (para no considerar la hipótesis más remota de que el tataranieta sea imputado, defensor, representante o mandatario) es difícil de imaginar con los límites de edad establecidos para la jubilación de los funcionarios judiciales.

El interesado que viviere o hubiere vivido a cargo del juez es equiparado por la ley, para efectos de recusación, a los parientes dentro del tercer grado de consanguinidad y segundo de afinidad; mientras que el concuñado, que no es pariente ni por afinidad pero suele verse de cerca en el ámbito de la familia política, aparece en el mismo inciso de los primos hermanos, tatarabuelos y tataranietos.

Las relaciones a que dan lugar la tutela y la curatela figuran en el inciso 4º como otra causal de recusación. La disposición se justifica por los lazos afectivos que aquéllas suelen crear.

La afectividad, en este caso por antonomasia, es también la razón de ser de otro motivo: la amistad, que el inciso 9º establece con la calificación de "íntima". Arduo problema este de determinar cuándo la amistad merece ese adjetivo.

GUASP se inclina por dejar a la discreción del órgano jurisdiccional la apreciación de la amistad íntima, ante el riesgo de que una enumeración de casos hecha por la ley pueda pecar por defecto o por exceso.⁽³¹⁾ En la valoración del grado de amistad deben tomarse en cuenta las costumbres, los usos predominantes en el ámbito social al cual pertenecen las personas cuya relación examinemos. Lo que en la España de principios de siglo no era signo de amistad íntima podría serlo en la Costa Rica o en la España actuales y viceversa, y lo que se estilaba en una clase social entre amigos puede ser mal visto en otra.

Parece ser que esta causal de recusación, que no aparece ni en el código italiano del 30 ni en el cordobés del 39, llega al código de Córdoba del 70 y al costarricense del 73 por influencia de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y de la Ley de Enjuiciamiento Civil españolas.

Compartimos el criterio de VAZQUEZ IRUZUBIETA y CASTRO de que, ante la vaguedad que la caracteriza, es prudente que el juez interprete con amplitud esta causal para evitar sombras en la imagen que la justicia debe siempre presentar.⁽³²⁾

El ánimo del juez, como el de cualquier ser humano, puede ser movido a simpatía hacia uno de los interesados no sólo por los lazos de parentesco o por situaciones de convivencia, como las que prodigan la tutela o curatela, o por la amistad sino también por relaciones pasajeras pero que suelen dejar huella. El inciso 10º se refiere a dos de esas situaciones:

- a) el haber recibido el juez, su cónyuge, padres o hijos beneficios de importancia de alguno de los interesados, y
- b) si después de iniciado el proceso él recibiere presentes o dádivas, aunque fueran de poco valor.

(31) GUASP, Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil, I, cit., p. 591.

(32) VAZQUEZ IRUZUBIETA y CASTRO, Procedimiento penal mixto, I, cit., p. 176.

Obsérvese la importancia que para uno y otro motivo tiene el factor temporal: si el beneficio es de envergadura constituye motivo de recusación sin que influya en absoluto el transcurso del tiempo. Si el regalo o la dádiva es de poca monta debe ser recibido durante el proceso para que adquiera trascendencia procesal.

Si la primera de estas causales parece fundarse en el sentimiento de gratitud que el beneficio habrá hecho nacer en el espíritu del juez, la segunda, además de prestar atención a ese sentimiento, que en cualquier caso no será profundo, puede encontrar base en el recelo que provoca un juez que se revela poco digno e inescrupuloso.

También la afectividad de signo negativo, es decir, la enemistad está considerada como causal de recusación en el código de Costa Rica. Aparece prevista en el mismo inciso de la amistad: el 9º.

Siguiendo al ordenamiento español (Ley de Enjuiciamiento Criminal, art. 54.11), el código costarricense exige que la enemistad sea "manifiesta". No "grave", como establece el italiano (código de 1988, art. 36.d). Consideramos que la diferencia debe ser resaltada.

La simple enemistad, la enemistad aun leve, basta para recelar de la imparcialidad del juez. No obstante, para evitar que invocándola se trate de apartar injustificadamente al magistrado, la ley exige que sea manifiesta, que no haya duda de ella. Lo de "manifiesta" hace referencia, pues, a su exteriorización, es decir, a su prueba, no a su intensidad o grado. La enemistad puede no ser grave, pero si es palpable, clara, evidente constituye motivo para recusar al magistrado.

He aquí una prueba más de que el legislador no ha dado el mismo tratamiento a la abstención o inhibición y a la recusación en lo que se atañe a taxatividad. Para recusar se exige que la enemistad sea manifiesta, sobre el recusante recae la carga de la prueba de esa enemistad. En cambio, resultaría absurdo que se exigiera al juez que invoca la causal de enemistad la prueba de que ella es manifiesta, de que se ha hecho ostensible, porque lo que importa no es el sentimiento de desafección de la parte o su abogado hacia el magistrado sino el de éste hacia alguno de aquéllos. Es el ánimo del juez el que interesa a la ley mantener libre de pasiones.

Estima SATTÀ que la enemistad debe ser considerada en relación con situaciones ajenas al proceso, es decir, debe excluirse de la hipótesis de la norma la actividad que el juez ha desarrollado aplicando la ley.⁽³³⁾ No compartimos la tesis del citado autor en los casos en que la forma de actuación del juez evidencie sentimientos hostiles hacia alguno de los interesados.

(33) SATTÀ, "Astensione e ricasazione del giudice. Diritto processuale civile", cit., p.950.

Esto no significa que si el proceso da lugar a relaciones agrias deba estimarse necesariamente que existe enemistad; si así fuera, bastaría con que el imputado o cualquiera a quien la ley atribuya la facultad de recusar provocara el enojo del magistrado con actuaciones deliberadamente irrespetuosas o impertinentes para hacer que éste sea separado de la causa. Tampoco puede manifestar enemistad cualquier corrección disciplinaria o cualquier resolución adversa a los intereses de una de las partes. Mucho tino debe tener el llamado a juzgar sobre la existencia de esta causal para que ella no resulte desnaturalizada y se convierta en arma de inescrupulosos en contra de los magistrados probos.

Otra causal relacionada con la animadversión es la del inciso 7º: haber sido, antes de comenzar el proceso, "denunciante o acusador de alguno de los interesados, o denunciado o acusado por ellos, salvo que circunstancias posteriores demostraren armonía entrambos".

En este motivo la enemistad se presume, no se exige prueba de ella. Por el contrario, el juez recusado habrá de probar que la situación provocada por los hechos a que alude la ley ha sido superada, si no quiere que prospere el incidente.

A la misma categoría de motivos por afectividad negativa corresponde el de tener juicio pendiente con alguno de los interesados el juez, su cónyuge o alguno de sus parientes dentro del tercer grado de consanguinidad o segundo de afinidad, contemplado en el inciso 5º).

Por último, en el resto del inciso 5º y en el inciso 6º se prevén situaciones en las que la imparcialidad del juez puede estar en peligro por comunidad de intereses económicos entre él, su cónyuge, parientes cercanos u otras personas que vivan a su cargo, con alguno de los interesados en el proceso.

El inciso 5º hace referencia a la sociedad o comunidad que pueda tener el juez o sus parientes dentro del tercer grado de consanguinidad o segundo de afinidad con algún interesado. En el inciso 6º se menciona la condición de acreedor, deudor o fiador que pueda tener el juez, su cónyuge, padres, hijos u otras personas que vivan a su cargo respecto a alguno de los interesados.

II.3. Relación con otros jueces

El ánimo del juez puede encontrar causa de turbación no sólo en su relación con el objeto del proceso o con alguno de los interesados, sino también en la circunstancia de que en el mismo proceso haya intervenido o intervenga algún pariente suyo de grado muy próximo.

No cabe duda de que tener que resolver sobre asunto en el que ya ha vertido o está por verter su juicio un familiar tan cercano como los indicados es tarea que requiere excepcionales dotes de objetividad que no es dable esperar de todos los jueces.

El Código de Procedimientos Penales establece en el inciso 11º del artículo 29 causal de recusación cuando la situación aludida se da entre padre e hijo, entre hermanos o entre abuelo y nieto, es decir, entre parientes en segundo grado de consanguinidad. Consideramos que la misma razón debió haber llevado al legislador a incluir en este motivo a los jueces cónyuges entre sí.

II.4. ¿Otros motivos de recusación?

Además de los señalados por el artículo 29 del Código de Procedimientos Penales, el ordenamiento jurídico costarricense tiene un elenco de motivos de recusación en los artículos 199 y 201 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 53 del nuevo Código Procesal Civil que, en opinión de algunos, también deben ser tomados en consideración.

Aunque en términos generales coinciden con los del Código, hay algunos que son distintos, por ejemplo: "Ser o haber sido en los doce meses anteriores socio, compañero de oficina o de trabajo o inquilino bajo el mismo techo del funcionario; o en el espacio de tres meses atrás, comensal o dependiente suyo" (art. 201.3 Ley Orgánica), o bien: "Haberse impuesto al recusado alguna pena o corrección en virtud de queja interpuesta en el mismo negocio por el recusante" (art. 201.8 Ley Orgánica).

Debe tomarse en consideración, sin embargo, que el artículo 33 CPP excluye la posibilidad de que se pueda invocar en la recusación un motivo no previsto en el artículo 29 que hemos venido comentando. La circunstancia de que el Código sea una ley posterior y especial tiene como resultado que para el proceso penal resulten inaplicables los artículos mencionados de la Ley Orgánica del Poder Judicial en lo que atañe a la recusación; no así para la abstención o inhibición, por no estar regida ésta por el mencionado artículo 33 CPP que impone la taxatividad únicamente para los motivos de recusación.⁽³⁴⁾

(34) Así, SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Nº 229 A, 10,00 del 3 de julio de 1985 y Nº 230 A, 10,10 de misma fecha, cit. por LLOBET RODRIGUEZ, Código de Procedimientos Penales anotado, cit., p. 58; en contra, el mismo LLOBET, para quien tampoco es aplicable a la inhibición las disposiciones de la Ley Orgánica del Poder Judicial en lo que se refiere a motivos (ibídem, p. 55).

Hay, no obstante, una excepción a la rigurosa taxatividad impuesta por el artículo 29 CPP: cuando, por haber sido ejercida la acción civil resarcitoria en sede penal, el juez resulte también juez de la litis civil. En esos casos, en lo que atañe a la acción resarcitoria, el juez puede ser recusado también por los motivos previstos en la legislación procesal civil.⁽³⁵⁾

III. Límites de la recusación

De interés es saber si la facultad de recusar que el artículo 33 CPP confiere al Ministerio Público, las partes, sus defensores y mandatarios puede ejercerse en relación con cualquier juez.

La respuesta debe ser afirmativa, pero sólo cuando se trate de jueces de la causa.⁽³⁶⁾ Esto significa que no puede intentarse la recusación de aquel juez que sólo en un futuro, eventual o cierto, conocería de ella; como sucedería si se recusara durante la instrucción a alguno de los jueces integrantes del tribunal de apelaciones sin que haya sido interpuesto recurso, o a alguno de los miembros del tribunal de juicio sin que la causa haya llegado a esa fase del proceso o, hipótesis más factible que las anteriores, si se recusara de una sola vez a los integrantes de las diversas secciones de un mismo tribunal para evitar que se sustituyan entre ellos.

Otro tanto cabe decir de los jueces llamados a resolver una recusación, que tampoco son jueces de la causa sino exclusivamente del incidente.

En Costa Rica en forma expresa la Ley Orgánica del Poder Judicial (art. 203.1) establece la no recusabilidad de estos jueces. Y aunque no existiera tal norma, sustentar la tesis contraria sería admitir la posibilidad de que podría impedirse indefinidamente el conocimiento de la causa con el simple expediente de recusar a cuanto juez fuere llamado a decidir en materia de recusación, en una secuencia de recusaciones que llegaría al absurdo.⁽³⁷⁾

(35) Así, MANZINI, Trattato..., II, cit., p.168.

(36) Así, CARNELUTTI, "Una straordinaria esperienza in tema di ricasazione di giudici", Rivista di diritto processuale, Padova, 1950, II, p. 191. SATTÀ, que también es del criterio de que objeto de la recusación, sólo puede serlo el juez de la causa y no el de la recusación por ser ésta un procedimiento autónomo, titubea ante el silencio del código procesal civil italiano en esta materia y sobre todo por considerar que el artículo 68 del código procesal penal, aunque con limitaciones, sí admite recusaciones en esos casos ("Astensione e ricasazione del giudice...", cit., p. 951). CARNELUTTI interpreta en forma contraria la disposición del código procesal penal (op. cit., ps. 190-191).

(37) En ese sentido, CARNELUTTI, "Una straordinaria esperienza...", cit., p. 190-191.

Por último, tal vez no sea ocioso recordar que la recusación sólo puede ser dirigida contra el juez y no contra el tribunal. Se puede cuestionar la incapacidad de los integrantes de un tribunal, no la de éste como órgano. Para reparar a un juez del conocimiento de una causa, se le recusa. Paraseparar la causa del conocimiento de determinado tribunal, sólo puede recurrirse a una excepción de incompetencia.

IV. Recursos

La recusación es, como hemos visto, un medio para garantizar la imparcialidad del juez. El acceso a ese medio es una emanación tanto del derecho de defensa como del derecho o la potestad de acción, porque la imparcialidad del juzgador es condición indispensable para la tutela de los derechos ciudadanos y la defensa de la sociedad.

Una resolución que abiertamente impidiera la recusación al imputado o al Ministerio Público viciaría de nulidad absoluta el proceso, por atentar contra la indispensable intervención en él de esos sujetos procesales (art. 145, incisos 2º y 3º CPP) y, consecuentemente, contra el derecho de defensa, consagrado en el artículo 39 de la Constitución, o el ejercicio de la acción penal pública respectivamente.

La *vía iuris* para combatir la arbitrariedad del juez sería el recurso de casación contra la resolución dictada en tal proceso, por inobservancia de norma procesal establecida por el Código bajo pena de nulidad (arts. 39 y 41 Cn, 33, 145, incisos 2º y 3º; 471.2, 474 ó 473 CPP, según el caso).

No parece tan claro que la no admisibilidad del incidente por defectos formales o su desestimación por el tribunal llamado a decidir sobre él acarreen las mismas consecuencias.

Debe tomarse en cuenta que en la primera de esas hipótesis la resolución no tiene carácter definitivo y que el recusante puede volver a presentar el incidente una vez que haya corregido los defectos de forma, si no han vencido los plazos que el artículo 34 establece.⁽³⁸⁾

(38) Plazos que encuentran justificación en la necesidad de evitar que maliciosamente se hagan recusaciones tardías con miras a demorar la marcha del proceso. CHIAVARIO indica que la Comisión Europea de Derechos del Hombre considera que: "non sono da ritenere ingiustificate la preclusioni legislativamente fissate, alla proponibilità dell'istanza di ricasazione in certe fasi processuali" (Processo e garanzie della persona, 2ª ed., II, Milano, Giuffrè, 1982, p. 40).

En el caso de que fuera desestimada la recusación no habría necesariamente violación del derecho de la parte recusante, que en este particular en el ordenamiento de Costa Rica consiste en el derecho de *solicitar* la separación del juez, y no en el de separar automáticamente al magistrado.

El problema surge al considerar la posibilidad de que el rechazo ad portas del incidente o su desestimación obedezcan no a defectos reales o a falta de fundamento, sino a la velada intención de frustrar el derecho de control de la imparcialidad del juez, que asiste a todas las partes procesales.

Deseable sería que la legalidad de la decisión que recayera sobre el incidente fuera controlada por un órgano superior, pero el código costarricense no dispone ningún recurso en esta materia, como sí lo hace en cuanto al de casación la Ley de Enjuiciamiento Criminal española (art. 69, párrafo segundo) y lo hacía el código italiano de 1930, recientemente derogado. En éste, a raíz de la reforma de 1955, se agregó un cuarto párrafo al artículo 69 para conceder dicho recurso y en forma tan amplia en cuanto a los titulares del derecho de impugnar que incluye al juez recusado, singular caso en que un juez pasaba a ser parte en el incidente.

Estimamos que ésa es una grave omisión del legislador costarricense, que no parece pueda subsanarse en otra forma que no sea por la vía legislativa.

La Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, no obstante, ha anulado alguna sentencia mediante casación con fundamento en que el juez incumplió el deber de inhibirse, pese a que en su oportunidad no fue recusado. En opinión de la Sala resultó afectada la integración y competencia del tribunal de juicio, lo que provocó una nulidad absoluta por resultar violado el artículo 39 de la Constitución, "*de conformidad con lo dispuesto por el art. 146 del Código anteriormente citado (CPP)*".⁽³⁹⁾

Tenemos nuestra reserva de que las cosas sean como ha considerado el alto tribunal, por las razones que a continuación exponemos: Para empezar, la integración, composición o constitución de un tribunal colegiado no resulta afectada mientras no se altere (por defecto o exceso) el número de sus miembros y mientras todos ellos tengan la capacidad genérica del juez, que consiste en la aptitud de ejercer la función jurisdiccional en abstracto.⁽⁴⁰⁾

(39) Sala Tercera, N° 104 F, de 9,24 del 13 de junio de 1986, cit. por LLOBET RODRIGUEZ, Código de Procedimientos Penales anotado, cit., ps. 58-59.

(40) DE MARSICO a este respecto indica: "...potere il vizio di costituzione del giudice nascere soltanto della violazione di norme di organizzazione giudiziaria attinenti a la nomina, alla capacità dei giudici ed al numero di essi previsto per i vari collegi giudicanti. Norme quindi che hanno tratto non ai rapporti fra il giudice ed un determinato processo, ma al rapporto fra il

La concurrencia de un hecho que constituye motivo de abstención o recusación no afecta la capacidad genérica del juez sino su capacidad específica⁽⁴¹⁾ y no *ipso facto*, sino solamente cuando se ha dictado una resolución que declare la existencia de dicho motivo.

La capacidad específica se pierde, pues, no en virtud de la existencia del hecho o de la circunstancia que constituye uno de los motivos del artículo 29 CPP, sino en virtud de que haya sido admitida la abstención o estimada la recusación.⁽⁴²⁾

Prueba de este aserto es que puede operarse la caducidad del derecho de recusar si no se ejerce oportunamente (art. 34 CPP) y que los actos cumplidos por el juez conservan, por regla general, validez (el art. 36 CPP establece un plazo de 24 horas para que el recusante solicite la declaratoria de nulidad de esos actos, es decir, es a petición de parte, y no de oficio, como aquélla está dispuesta por el Código).

Por otra parte, aun aceptando el criterio de la Sala de que la competencia del tribunal se vio afectada por la existencia del hecho previsto por la ley como motivo de inhibición y recusación (tesis que no compartimos) y que, en consecuencia, se irrespetó el artículo 39 de la Constitución (¿en cuánto indica que la sentencia condenatoria debe ser dictada por autoridad competente?), no creemos estar ante una de las nulidades a que hace referencia el artículo 146 CPP, puesto que éste exige no sólo la vulneración de alguna norma constitucional sino también que dicha nulidad esté prevista en alguna de las hipótesis del artículo 145 CPP: nombramiento, capacidad y constitución del órgano jurisdiccional, en lo que a este sujeto del proceso atañe.

Cuando esa norma prescribe que será nula la inobservancia de las disposiciones concernientes a la capacidad del juez no se está refiriendo a la

giudice e la sua capacità di giudicare (in genere) o alla composizione numerica del collegio. Abbraccia perciò tanto cause di incapacità subiettiva (nomina ed "altre" condizione di capacità) quanto cause di obiettiva inidoneità del collegio a giudicare; ma le une e le altre debbono essere tali da porre il giudice, singolo o collegiale, in condizione d'incapacità o d'inidoneità di fronte a qualunque processo, e non ad un processo determinato." (Diritto processuale penale, 4ª ed., Napoli, Jovene, 1966, p. 51).

(41) En ese sentido, SANTORO, Manuale di diritto processuale penale, Torino, UTET, 1954, ps. 179-180; CLARIA OLMEDO, Tratado de derecho procesal penal, II, Buenos Aires, EDIAR, 1964, p. 241.

(42) En ese sentido, LOSCHIAVO, "Astensione e ricasazione di giudice. Diritto processuale penale", Novissimo digesto italiano, I, 2, Torino, UTET, 1958, p. 1468.

competencia, sino a la capacidad genérica ya aludida por nosotros. Como agudamente observa NUÑEZ, si las nulidades a que da lugar la inobservancia de las disposiciones atinentes a la competencia están dispuestas en forma específica por la ley (arts. 16 y 20 CPP), no existe razón para admitir la redundancia de que también lo estén en forma genérica.⁽⁴³⁾

A la alegación de las nulidades absolutas no les pone plazo la ley ni son convalidables, como evidentemente lo son aquéllas a que ha dado lugar un motivo de inhibición y recusación, a la luz del artículo 36 CPP.

Por último, si en torno a distintos aspectos de la abstención y de la recusación se sustentan criterios doctrinarios muy encontrados, cuando se trata de analizar el carácter de la nulidad ocasionada por la intervención del *iudex suspectus* hay casi unanimidad en señalar que no es absoluta sino relativa y, en consecuencia, subsanable si no es alegada en el momento procesal oportuno.⁽⁴⁴⁾

Por todo lo anterior consideramos que la solución al control de la decisión que declara inadmisibile la recusación o desestima el incidente queda pendiente de una salida más airosa que la de la nulidad absoluta por integración viciada del tribunal.

V. Recusación de fiscales, secretarios, peritos e intérpretes

Además de los jueces, pueden ser recusados los secretarios de los tribunales, los peritos y los intérpretes, funcionarios todos cuya actuación sufriría gran detrimento si estuvieran parcializados. En Costa Rica, también

(43) NUÑEZ, Código Procesal Penal..., cit., p. 142.

(44) En ese sentido, MANZINI, Trattato..., II, cit., ps. 164-165, asimismo en Istituzioni di diritto processuale penale, 2ª reimpresión de la 12ª ed., Padova, CEDAM, 1967, p. 115; SABATINI, Guglielmo, Principi di diritto processuale penale, 3ª ed., I, Catania, Casa del Libro, 1948, p. 282; SANTORO, Manuale di diritto processuale penale, Torino, UTET, 1954, ps. 179-180; VANNINI y COCCIARDI, Manuale di diritto processuale penale italiano, Milano, Giuffrè, 1976, p. 114; RANIERI, Manuale di diritto processuale penale, 5ª ed., Padova, CEDAM, 1965, p. 187; BELLAVISTA y TRANCHINA, Lezioni di diritto processuale penale, 9ª ed., Milano, Giuffrè, 1984, p. 206; CORDERO, Procedura penale, 8ª ed., Varese, Giuffrè, 1985, p. 272; FENECH, Derecho procesal penal, 3ª ed., I, Barcelona, Labor, 1960, p. 242; BARTOLONI FERRO, El proceso penal y los actos jurídicos procesales penales, I, Santa Fe, Argentina, Castellvi, 1958, p. 146; NUÑEZ, Código Procesal Penal..., cit., p. 142. En contra FLORIAN, Elementos de derecho procesal penal, trad. Prieto Castro, Barcelona, Bosch, 1934, p. 160.

los miembros del Ministerio Público (art. 43 CPP), con lo que se pone de manifiesto que para el sistema el fiscal no está contra el imputado sino de frente a él.

En relación con los miembros del Ministerio Público surge una cuestión interesante: ¿Son aplicables a ellos absolutamente todos los motivos de abstención y recusación que prevé el artículo 29 CPP para los jueces?⁽⁴⁵⁾

La duda aflora en lo que respecta a dos de esos motivos: el haber participado anteriormente como miembro del Ministerio Público, es decir, cumpliendo en el proceso la función de fiscal (inciso 1º), y el haber sido acusador de uno de los interesados (inciso 7º).

Si en lo que concierne al juez, al secretario, al perito y al intérprete el haber intervenido en el proceso fungiendo como fiscal no deja lugar a dudas de que constituye un serio motivo para poner en tela de juicio su imparcialidad, en lo que atañe a éste no parece tener sentido la causal, pues en su caso esa intervención está dentro de sus funciones normales.

Aún más, si consideráramos que el caso del fiscal no es una excepción a la regla general, habría que aceptar que el Código incurre en contradicción consigo mismo, ya que por otro lado indica que las atribuciones del agente fiscal son las de actuar ante el juez de instrucción y el juez penal (art. 41 CPP).

Debe entenderse que la actuación ante el juez de instrucción es, lógicamente, representando al Ministerio Público en la fase procesal que ese juez tiene a su cargo: la instrucción. Consecuentemente, en ella deberá el agente fiscal cumplir todos aquellos actos propios de su función: requerir instrucción judicial, ofrecer prueba, controlar la recepción de ella, apelar de las decisiones que le parezcan contrarias a derecho, interponer incidentes de nulidad, requerir elevación a juicio, etc. En fin, intervenir en el proceso.

Si también está dentro de sus atribuciones actuar ante el juez penal, habrá que conceder que ello significa que puede y debe fungir como fiscal en los juicios que competen a esa autoridad judicial. ¿Cómo, entonces, invocar la anterior intervención en el proceso (durante la instrucción) como causal de recusación en la fase de juicio?

Pero hay más, la ley prevé dos situaciones en las que el agente fiscal obligatoriamente tiene que intervenir en el debate al que se ha llegado en virtud de su propia intervención, aunque esa etapa no compete a un tribunal monocrático sino a uno colegiado: cuando es llamado por el fiscal de juicio a coadyuvar en asuntos complejos (art. 40.1 CPP), y cuando el fiscal de juicio

(45) Por la afirmativa se inclinan CASTILLO GONZALEZ, El recurso de revisión..., cit., p. 220, y LLOBET RODRIGUEZ, Código de Procedimientos Penales..., cit., p. 611.

estuviere en desacuerdo fundamental con el requerimiento (de citación directa o de elevación a juicio, según haya correspondido), es decir, con la acusación hecha en su oportunidad por el agente fiscal (art. 40.2 CPP). Otro caso, en el que no necesariamente debe haber intervenido el agente fiscal, pero en el que su intervención no cambiaría nada la situación, se prevé en el mismo inciso 2º del citado artículo: cuando el fiscal de juicio, sencillamente, se vea imposibilitado de actuar, sea cual sea la causa que se lo impida.

Por lo anterior, sostenemos que el haber intervenido como miembro del Ministerio Público en el proceso no es ni puede ser motivo de recusación del fiscal o agente fiscal. Esta es la tesis que ha prevalecido en nuestros tribunales.

Naturalmente, si la intervención anterior del miembro del Ministerio Público no ha sido en la misma condición, sino como juez, perito, defensor, mandatario, denunciante o querellante la causal vale también para él.

Por último, en cuanto al motivo de haber sido acusador de uno de los interesados, debe señalarse que dicho motivo no hace referencia a la acusación que en cumplimiento de su función de representante del Ministerio Público el fiscal pudo haber hecho en ese o en anterior proceso, sino a la acusación hecha a título personal (querrela por delito de acción privada, o ejercicio de acción popular en el caso previsto en el artículo 11 de la Constitución). En éste valen las mismas razones expuestas para rechazar la aplicación del anterior motivo.

VI. Conclusiones

I

1. La abstención y la recusación son medios con los que el sistema procesal se garantiza contra el *iudex suspectus*. La primera es un medio de prevención, mientras que la segunda es un remedio.
2. La taxatividad de causales del artículo 29 del Código de Procedimientos Penales rige sólo para la recusación, no para la abstención.

II

1. Estas causales se pueden clasificar en tres grupos, si atendemos a que el riesgo de la imparcialidad del Juez puede surgir de su relación con:

- a) el objeto del proceso (las de los incisos 1º, 3º y 8º),
- b) los interesados (las de los incisos 2º, 4º, 5º, 7º, 9º y 10º) u
- c) otros jueces (la única del inciso 11º).

2. En el concepto de "proceso", en el contexto del primer inciso del artículo 29 CPP, debe incluirse el proceso (no recurso) de revisión.
3. Quien haya dictado resoluciones de fondo durante la instrucción (como juez de instrucción o como integrante de tribunal de apelaciones) no debe integrar el tribunal de juicio.
4. Mientras todos los "interesados", en el sentido del último párrafo del artículo 29 CPP, tiene interés en el proceso, no todos los que tienen interés son, en ese sentido, "interesados".
5. El consejo suministrado por el juez a algún interesado antes del conocimiento de la causa es motivo de recusación. Con mayor razón lo es el que se da durante el proceso.
6. Las causales agrupadas en atención a la relación del juez con los interesados pueden ser subclasificadas en:
 - a) fundadas en afectividad
 - aa) positiva (parentesco, convivencia, amistad y gratitud)
 - ab) negativa (enemistad manifiesta y otras)
 - b) fundadas en comunidad de intereses económicos.
7. Los vínculos de parentesco del juez con los interesados dan lugar a causales que aparecen previstas en dos incisos distintos, con el propósito de dar diferente trato según el grado de consanguinidad o afinidad.
8. En la valoración del grado de amistad deben tomarse en consideración las costumbres, los usos predominantes en el correspondiente ámbito social.

9. La enemistad puede no ser grave, pero si es palpable, clara, evidente, en una palabra, "manifiesta", constituye motivo de recusación.
10. La enemistad debe ser considerada no sólo en relación con situaciones ajenas al proceso, pero no toda relación agria que en éste se presente debe estimarse enemistad.
11. En el inciso 11º del artículo 29 CPP, único que se refiere a las relaciones que puedan tener entre sí los distintos jueces de un mismo proceso, debió incluirse a los jueces cónyuges entre sí y no sólo a los que tienen lazos de parentesco.

III

La taxatividad de los motivos de recusación no rige en cuanto a la acción civil ejercida en sede penal, respecto a la cual también se aplican los de la legislación procesal civil.

IV

Sólo pueden ser recusados los jueces de la causa. No lo son aquellos que no han tenido oportunidad de ejercer jurisdicción en ella, o que sólo lo son del incidente de recusación.

V

1. No es revisable en casación la legalidad de la resolución que declare inadmisibile o que desestime un incidente de recusación .
2. La concurrencia de un hecho que constituya motivo de abstinencia o de recusación no afecta la capacidad genérica del juez, sino sólo su capacidad específica, y ello sólo cuando ha sido declarada judicialmente la existencia de dicho motivo.
3. El artículo 145.1 CPP hace referencia a la capacidad genérica del juez, y no a la competencia.
4. La nulidad a que da lugar la intervención del *iudex suspectus* es relativa. En consecuencia, puede ser subsanada si no es alegada oportunamente.

VI

No es procedente la recusación del agente fiscal o del fiscal de juicio por haber intervenido como funcionario del Ministerio Público en la instrucción, o por haber acusado en representación de éste.

BIBLIOGRAFIA

- AGUILERA DE PAZ, Enrique. Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal, I, 2ª ed., 1923, Madrid, Hijos de Reus.
- ALSINA, Hugo. Tratado teórico práctica de derecho procesal civil y comercial, 2ª ed., II, Bs. Aires , EDIAR, 1957.
- AMAT Y FURIO, Vicente. El juicio oral en materia civil, Barcelona, imprenta de "El Noticiero Universal", 1890.
- ANDRIOLI, Virgilio. Appunti di procedura penale, Napoli, Jovene, 1965.
- AUGENTI, Giacomo Primo. Lineamenti del processo di revisione, Padova, CEDAM, 1949.
- BARTOLONI FERRO, Abraham. El proceso penal y los actos jurídicos procesales penales, I, Santa Fe (Arg.), Castellvi, 1958.
- BELLAVISTA, Girolamo y G. TRANCHINA. Lezioni di diritto processuale penale, 9ª ed., Milano, Giuffrè, 1984.
- BORGHESE, Safo. "Astensione del pubblico ministero (dir. proc. pen.)", Enciclopedia del diritto, III, Varese, Giuffrè, 1958, ps. 958-959.
- _____ "Astensione e ricasazione del giudice. Diritto processuale penale ", Enciclopedia del diritto, III, Varese, Giuffrè, 1958, ps. 952-957.
- CALVO SANCHEZ, Ma. del Carmen. La revisión civil, Madrid Montecorvo, 1977.
- CARNELUTTI, Francesco. "Una straordinaria esperienza in tema di ricasazione di giudici", Rivista di diritto processuale, Padova, 1950, II, ps. 188-197.
- CASTILLO GONZALEZ, Francisco. El recurso de revisión en materia penal, San José de Costa Rica, Colegio de Abogados, 1980.
- CLARIA OLMEDO, Jorge. Tratado de derecho procesal penal, II, Bs. Aires, EDIAR, 1964.

- CIVOLI, C. Manuale di procedura penale italiana, Torino, Borca, 1921.
- CORDERO, Franco. Procedura penale, 8ª ed., Varese, Giuffrè, 1985.
- COSTA, Sergio. "Astensione e ricasazione di giudice. Diritto processuale civile", Novissimo digesto italiano, I, 2, Torino, UTEH, 1958, ps. 1461-1467.
- CHIAVARIO, Mario. Processo e garanzie della persona, 2ª ed., Milano Giuffrè, 1982.
- DE MARSICO, Alfredo. Lezioni di diritto processuale penale, 3ª ed., Napoli, Jovene, 1955.
- _____. Diritto processuale penale, 4ª ed., Napoli, Jovene, 1966.
- DE MAURO, Giovan Battista. Manuale de diritto processuale penale, 3ª ed., Roma, Jandi Sapi, 1959.
- DE PINA, Rafael. Manual de derecho procesal penal, Madrid, Reus, 1934.
- DEL POZO, Carlo Umberto. Le impugnazioni penali. Parte generale, Padova, CEDAM, 1951.
- DOVAL DE MATEO, Juan de Dios. La revisión civil, Barcelona, Bosch, 1979.
- FAIREN GUILLEN, Víctor. "Doctrina general de los medios de impugnación y parte general del derecho procesal", Revista de derecho procesal, Madrid, 1949, ps. 247-185.
- FASSONE, Elvio. "Il giudice tra indipendenza e responsabilità" Rivista italiana di diritto e procedura penale, Milano, 1980, ps. 3-34.
- FAZZALARI, Elio. "La imparzialità del giudice", Rivista di diritto processuale, Padova, 1972, ps 193-203.
- FENECH, Miguel. Derecho procesal penal, 3ª ed., (2 tomos), Barcelona, labor, 1960.
- FINZI, Marcelo. "El imputado...visto de lejos", Revista de derecho procesal, Bs. Aires, 1943, I, ps. 321-333.
- FLORIAN, Eugenio. Elementos de derecho procesal penal, trad. Prieto Castro. Barcelona, Bosch, 1934.
- FOSCHINI, Gaetano. Sistema del Diritto Processuale Penale, I, Milano, Giuffrè, 1956.

- GALATERIA, Luigi. "Astensione (dir. cost. e amm)" Enciclopedia del diritto, III, Varese, Giuffrè, 1958, ps. 939-946.
- GALLI, Guido. "Revisione della sentenza penale" Novissimo digesto italiano, XVI, Torino, UTET, 1969, ps. 1203-1217.
- GOMEZ ORBANEJA, Emilio. Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal, I, Barcelona, Bosch, 1947.
- GUASP, Jaime. Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil, I, Madrid, Aguilar, 1943.
- IBAÑEZ Y GARCIA-VELASCO, Miguel. Curso de derecho procesal penal, Madrid, Universidad de Madrid, 1969.
- LAJE ANAYA, Justo y Luis Alberto PERALTA. Código de Procedimiento Penal de Córdoba, concordado, anotado y comentado, Bs. Aires, Lerner, 1965.
- LEONE, Giovanni. Manuale di diritto processuale penale, 10ª y 12ª eds. Napoli, Jovene, 1979 y 1985. Trattato di diritto processuale penale, Napoli, Jovene, 1961.
- LEVENE (h), Ricardo Manual de derecho procesal penal, 2ª ed., Bs. Aires, Omeba, 1967.
- LOSCHIAVO, Giuseppe Guido. "Astensione e ricasazione di giudice. Diritto processuale penale", Novissimo digesto italiano, I, 2, Torino, UTET, 1958, ps. 1467-1468.
- LLOBET RODRIGUEZ, Javier. Código de Procedimientos Penales anotado, Alajuela, Costa Rica, 1987.
- MANZINI, Vincenzo. Istituzioni di diritto processuale penale, segunda impresión de la 12ª ed., Padova, Milano, 1967.. Manuale di procedura penale italiana, Torino, Fratelli Bocca, 1912. Trattato de diritto processuale penale italiano, 4ª ed., Torino, UTET, 1952.
- MINISTERO DI GRAZIA E GIUSTIZIA. Progetto preliminare del Codice di Procedura Penale, Roma, Istituto Poligrafico dello Stato, 1978.
- MONTERO AROCA, Juan. Introducción al derecho procesal. Jurisdicción , acción y proceso, Madrid, Tecnos, 1976.
- MONTERO AROCA, Juan y Manuel ORTELLS RAMOS. Derecho Jurisdiccional, I, Parte General, Barcelona, Bosch, 1987.

MUÑOZ ROJAS, Tomás. "Estudio sobre la revisión penal", Revista de derecho procesal, Madrid, 1968, II, ps. 47-89.

NUÑEZ, Ricardo C. Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba anotado, Bs. Aires, Lerner, 1978.

ODERIGO, Mario A. Derecho procesal penal, Bs. Aires, Ideas, 1952.

PAOLOZZI, Giovanni. "I limiti di attività del giudice ricusato", Rivista italiana di diritto e procedura penale, 1976, ps. 523-553.

PETRELLA, Generoso. Le impugnazioni nel processo penale. Trattato teorico pratico, I, Milano, Giuffrè, 1965.

PISAPIA, Gian Domenico. Compendio di procedura penale, 4ª ed., Padova, CEDAM, 1985.

_____. Lineamenti del nuovo processo penale, Padova, CEDAM, 1979.

PODETTI, J. Ramiro. Derecho procesal civil, comercial y laboral, I, Tratado de la Competencia, Bs. Aires, EDIAR, 1954.

PRIETO CASTRO, Leonardo y Eduardo GUTIERREZ DE CABIEDES. Derecho procesal penal, 2ª y 3ª eds., Madrid, Tecnos, 1978 y 1987.

RANIERI, Silvio. Manuale di diritto processuale penale, 5ª ed., Padova, CEDAM, 1965.

REDONDO GUTIERREZ, Carlos. "El juez legal", Iustitia, San José, Costa Rica, año 2, número 23, noviembre 1988, ps. 9-12.

SABATINI, Giuseppe. Principii costituzionali del processo penale, Napoli, Jovene, 1976. Trattato dei procedimenti incidentali nel processo penale, Torino, UTET, 1953.

SABATINI, Guglielmo. Principi di diritto processuale penale, I, 3ª ed., Catania, Casa del Libro, 1948.

SANTORO, Arturo. Manuale di diritto processuale penale, Torino, UTET, 1954.

SATTA, Salvatore. "Astensione e ricusazione del giudice. Diritto processuale civile", Enciclopedia del diritto, III, Varese, Giuffrè, 1958, ps. 947-952.

_____. "Impugnazione (Diritto processuale civile)", Enciclopedia del diritto, XX, Varese, Giuffrè, 1970, ps. 697-699.

SCHMIDT, Eberhard. Los fundamentos teóricos u fundamentales del derecho procesal penal, trad. José Manuel Núñez, Bs. Aires, Editorial Bibliográfica Argentina, 1957.

SIERRA POMARES. "Recusación. Derecho procesal", en Enciclopedia jurídica española, XXVI, Barcelona, Seix, s.f.e., ps. 867-872.

SIMON, Dieter. La independencia del juez, Barcelona, Ariel, 1985.

SOTGIU, Giuseppe. La revisione dei giudicati penali, Roma, Croce, 1948.

TRANCHINA, Giovanni. "Impugnazioni (Diritto processuale penale)", en Enciclopedia del Diritto, XX, Varese, Giuffrè, 1970, ps. 699-763.

_____. La potestà di impugnare nel processo penale italiano, Milano, Giuffrè, 1970.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Boletín de jurisprudencia constitucional, Madrid, Publicaciones de las Cortes Generales, s.f.e.

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS. 25 años de jurisprudencia 1959-1983, Madrid Publicaciones de las Cortes Generales, s.f.e.

VALIANTE, Mario. Il nuovo processo penale, Principi fondamentali, Milano, Giuffrè, 1975.

VANNINI, Ottorino y Giuseppe COCCIARDI. Manuale di diritto processuale penale italiano, Milano, Giuffrè, 1976.

VASQUEZ IRUZUBIETA, C. y R. A. CASTRO. Procedimiento penal mixto, Bs. Aires. Plus Ultra, 1969.

VIADA LOPEZ-PUIGCERVER, Carlos y Pedro ARAGONESES. Curso de derecho procesal penal, 4ª ed., dos tomos, Madrid, 1974.

LOS SUPUESTOS DEL NEOLIBERALISMO ECONOMICO Y LA DEUDA EXTERNA (ENSAYO DE DERECHO ECONOMICO INTERNACIONAL)

Dr. Jorge Enrique Romero Pérez*
Decano Facultad de Derecho
Catedrático de Derecho Administrativo y Público
Miembro del Instituto de Investigaciones Jurídicas
Universidad de Costa Rica

Exposición guía dada en la Universidad Nacional (Heredia) en octubre de 1989 y en el II Congreso Regional Americano de Derecho de Trabajo y de la Seguridad Social del 5 al 8 de marzo de 1990.

SUMMARY

It is of importance to understand the basic assumptions of Neoliberalism and its relation with the Latin American External Debt. The object of this essay is to analyse precisely this subject.

RESUMEN

Interesa comprender los supuestos básicos del neoliberalismo y su relación con el problema de la deuda externa en América Latina. Este ensayo tiene como objeto en análisis de esa temática.

INDICE

LOS SUPUESTOS DEL NEOLIBERALISMO Y LA DEUDA EXTERNA

Summary/Resumen

Presentación

PARTE I

Los supuestos del neoliberalismo

- I Introducción
- II El catecismo del Liberalismo Económico
- III Liberalismo Político y Filosófico
- IV Derechos Humanos
- V Movimiento Constitucionalista
- VI Estado Liberal-Oligárquico
- VII Privatización
- VIII Neoliberalismo
- IX Crecimiento Artificial de la Deuda Externa
- X Supuestos del Neoliberalismo:
 - A) "Económicos"
 - B) "Psicológicos"
- XI Conclusión

PARTE II

Deuda externa: problemas y alternativas

- I Introducción
- II Deuda externa: otra cara del viejo problema del subdesarrollo
- III Principios del Derecho Romano
- IV Los conceptos los definen los que tienen el poder
- V La tesis de los acreedores
- VI Violación de los derechos humanos
- VII Dineros de la deuda: ¿dónde están?
- VIII La deuda externa también es un problema político
- IX ¿\$400.000 millones: deuda de América Latina?
- X Algunas respuestas al problema de la deuda externa
- XI Conclusiones

PARTE III

- I Bibliografía de referencia
- II Algunos conceptos claves
- III Preguntas de control

PRESENTACION

Lo que aquí se publica son intervenciones que he hecho en reuniones internacionales y nacionales acerca de la temática del neoliberalismo y su aplicación a los países de América Latina y su estrecha relación con el grave problema de la deuda externa. Se editan como parte primera y segunda de este ensayo y presentan ambas el desglose del *sumario* respectivo. Se trata de algunas ideas básicas sobre esta temática de enorme interés para este subcontinente.

I INTRODUCCION

Voy a tratar de hablar resumidamente para exponer los lineamientos generales de lo que pueden ser las políticas o las concepciones neoliberales de acuerdo con el desarrollo de las ciencias sociales en América Latina, bajo la influencia de algunos teóricos de los Estados Unidos, principalmente profesores de lo que se llama la Escuela de la *Universidad de Chicago* que tiene profesores muy distinguidos a lo largo de estos últimos 50 años, tanto en el campo de la *sociología* como en el campo de la *economía*. Sin duda alguna que en ciencias sociales la *Universidad de Chicago* es un foco cultural en los Estados Unidos y por consiguiente principalmente en la persona de Milton Friedman se le considere el divulgador o propagandista de las concepciones neoliberales en economía, a raíz de unas conferencias que dio, (incluso por miles se vendió el video de esas conferencias por televisión que se dieron a fines de los años 70) acerca de lo que él llamo la libertad para escoger que era una especie de catecismo del neoliberalismo moderno.

II EL CATECISMO DEL LIBERALISMO ECONOMICO

Ustedes saben que *el catecismo del liberalismo económico* es Adam Smith y su libro sobre *La Riqueza de las Naciones*. Y que en materia de ciencias sociales en general habría que decir que el liberalismo, fundamentalmente en sus raíces —en su génesis— parte del liberalismo político como un movimiento ideológico importante contra el antiguo régimen, contra la nobleza, contra el sistema de gobierno anárquico. Y en ese momento, hace 200

años, en la época de la Revolución Francesa (1789) en el siglo XVIII, hace 300 años en la Revolución Heroica o la Magna Revolución Inglesa -1688- en el siglo XVII con Guillermo De Orange, se concibió este movimiento político como un movimiento revolucionario. Claro, hace 200 años y 300 años, respectivamente, era un movimiento revolucionario insurgente, peligroso para la época porque iba contra el *statu quo*, contra el sistema monárquico de gobierno, contra el antiguo régimen que finalmente fue derrocado.

El *liberalismo filosófico* y el *liberalismo político* implicó toda una revolución en la concepción del mundo como parte de la revolución burguesa. Era un revitalizar los postulados del Renacimiento de todos los pensadores y los intelectuales renacentistas de hace 500 y 450 años. Era replantear al hombre como centro del universo en el esquema de Miguel Angel, de Dante o de Maquiavelo y era subordinar al hombre, no solamente el mundo, sino también el sistema económico, el sistema político, el sistema social e inclusive el sistema religioso, porque la Revolución Francesa (1789) fue también un movimiento anticlerical, antireligioso.

III LIBERALISMO POLITICO Y FILOSOFICO

El *liberalismo político*, ese *liberalismo filosófico* de concebir al hombre con un *conjunto de libertades*, como un agente provocador del cambio social, porque tenía en su naturaleza humana las posibilidades para provocar un cambio, para provocar la transformación social; también vino a América Latina, lógicamente con los movimientos independistas, con Bolívar, con Sucre, con todos estos políticos y militares de América Latina que gestaron la independencia con respecto a España y que además de ser filosóficamente, políticamente liberales eran masones, eran parte de la masonería internacional y de la filosofía liberal internacional. También en América Latina ese movimiento fue un movimiento liberador, un movimiento revolucionario contra el imperio español; y, para formar lo que después fue América Latina y las incipientes naciones-estados al sur de Río Bravo. Esto lo digo porque hay que tener presente que el liberalismo como concepto, como categoría formal, como elaboración teórica, ha tenido toda una trayectoria de carácter histórico.

Los *conceptos son históricos*, así lo que era democracia para la Atenas de Pericles es algo distinto a como Pinochet lo interpreta y a como nosotros interpretamos la democracia. Es decir, los conceptos responden a las coordenadas de tiempo y espacio, responden a las coordenadas de la historia, de la situación geográfica de cada comunidad que elabora esos conceptos, por eso es que hay que tener presente que el *liberalismo filosófico* de

los enciclopedistas, de los iluministas, de los intelectuales, (que fueron precursores de la independencia de América Latina con respecto a España) fue revolucionario porque postuló que no podía haber un gobierno que extrangulara a los ciudadanos o un derecho divino; ni que ningún rey podía decir que su poder derivaba de la divinidad, sino que el poder era originario del poder constituyente de la comunidad del grupo de la sociedad. Esto significa una profunda transformación en la cosmovisión que tenían los hombres de esa época respecto del poder político y económico.

IV DERECHOS HUMANOS

Este *liberalismo filosófico, político* que proclama lo que ahora se llama *derechos humanos* y antes se llamaron *libertades públicas* y anteriormente *garantías constitucionales* y *derechos políticos* es una larga marcha del hombre hacia la libertad y hacia la concepción de un gobierno que contribuya a la realización del bien común, como llamaban los griegos Aristóteles, Platón, los presocráticos; era buscar un estado en *koinonía*, un estado-en-bienestar, el estar-bien-en-la-comunidad, porque el hombre individual y colectivamente tenía que ser concebido como la comunidad, como persona que quiere perfeccionarse en un ideal de libertad y de respeto al grupo y de respeto al individuo para vivir-bien, porque ni el hombre ni la comunidad piensan que están aquí para vivir mal.

V MOVIMIENTO CONSTITUCIONALISTA

Este *liberalismo filosófico y político* se inserta y hecha sus raíces en todo el *movimiento constitucionalista* de la América Latina. En todas las Constituciones Políticas de América Latina, están los ecos fuertes y enraizados de la Constitución Francesa, de la proclamación de los derechos y garantías del hombre y del ciudadano; y, la declaración de la independencia y de las libertades políticas a partir de la declaración de la Independencia de los Estados Unidos. Este cúmulo de garantías políticas, ese liberalismo político y filosófico que se llaman las garantías individuales: la libertad de expresión, la libertad de empresa, libertad de circulación, libertad de asociación, de comunicación, etc., ese paquete de garantías individuales están en todas las Constituciones de América Latina, del siglo XIX para acá.

Sin embargo, con pesar, en el Primer Congreso de Derecho Constitucional y realidad constitucional que se celebró en México hace 10 años nos

mostramos totalmente desconcertados cuando al momento de redactar las conclusiones nos dimos cuenta que la conclusión era sólo una en América Latina: la Constitución Política era la norma de primera jerarquía pero completamente violada, irrespetada cotidianamente en los países de este subcontinente. Y eso causaba pesar y angustia porque somos profesores de Derecho Constitucional y Derecho Público; y, nos damos cuenta que era la Constitución Política, la más vulnerada, la que menos respeto tiene en América Latina.

VI ESTADO LIBERAL OLIGARQUICO

Ese liberalismo político, ese liberalismo filosófico heredado del siglo XIX de Europa y de Estados Unidos, proclamado en las Constituciones Políticas de América Latina, configura un Estado, un sistema económico a quien también se le denomina Estado o sociedad liberal-oligárquica, agroexportadora, fundada en un grupo muy pequeño, en una cúpula de personas que controlan tanto la exportación como la importación, controlan el poder económico y el poder político. Pero ese Estado liberal-oligárquico se quebró dándose una ruptura en toda América Latina a partir de la Revolución Mexicana. De esta revolución en adelante hasta 1950 inclusive constituye un período muy largo de casi 35 años, en donde en los diferentes países de una manera y de otra se va haciendo la ruptura con aquella sociedad semi-feudal anclada en una oligarquía que combinaba los elementos de la iglesia, los militares y, los políticos.

VII PRIVATIZACION

En esta tesis privatizadora se concibe la democracia desde una dimensión económica en la cual cuanto más mercado, más libertad; cuanto menos Estado más libertad. Obviamente, que esta concepción de la libertad implica mistificar la propiedad privada y el mercado. Esta óptica de la “democracia económica” pro-propiedad privada y pro-mercado nada tiene que ver con la tesis política de la democracia como participación del pueblo en la propiedad privada de los bienes y servicios, en el acceso al poder público. Esto es democratizar la empresa y el sistema político y el económico. Lo otro, es fortalecer la empresa privada y el sistema de monopolios y transnacionales que controlan gobiernos, partidos políticos y países del Tercer Mundo.

También privatizar, según las corrientes de estos tiempos es traspasar la propiedad de las actividades rentables que están dentro del Estado a la empresa privada en condiciones y precios beneficiosos a ésta.

De esta manera al Estado intervencionista y de bienestar que surge a partir de la década de los 60 le suceden las tesis del Estado mínimo en los años 80 impactado por las tendencias privatizadoras.

Lo ideológico (Cf. *Lenguaje e ideología*, Oliver Reboul CFE, México, 1986, *in toto*) es afirmar que la privatización o liberalización significa menos estado y menos gobierno como condición para que el capital, invierta para el desarrollo (obviamente, el desarrollo de la empresa privada local y transnacional) Cf. *Nexos*, No. 145, enero 1990, México DF, p. 46).

VIII NEOLIBERALISMO

Efectuando un corte un poco rápido, habría que decir que con las Administraciones de Ronald Reagan se establece una corriente conservadora renovada en los Estados Unidos y como respuesta a la Administración de Jimmy Carter.

Estas tendencias neoliberales y neoconservadoras se orientan a “darle el papel hegemónico” –de nuevo– a la gran potencia del Norte en vista de los problemas profundos que padece la economía estadounidense (a nivel nacional y supranacional).

IX CRECIMIENTO ARTIFICIAL DE LA DEUDA EXTERNA

El tema central de este encuentro no es el de la deuda externa, sin embargo se debe hacer una breve mención de ella en relación con estas políticas neoliberales de los países ricos contra las naciones del Tercer Mundo como parte de la lógica de la dominación de los centros sobre las periferias.

Al aumentarse artificialmente las tasas de interés de una de las monedas de mayor peso internacional –el dólar– (por ello algunos hablan de la dictadura del dólar), el monto de la deuda externa de América Latina aumenta enormemente.

Además de ese encarecimiento del dólar (ya que su precio aumentó; es decir, su tasa de interés), los Estados Unidos establecen barreras proteccionistas que dañan seriamente las economías latinoamericanas y del Tercer Mundo.

Pero no solo los latinoamericanos vieron aumentada su deuda externa y sus problemas, sino también agricultores estadounidenses observaron como sus exportaciones hacia América Latina disminuyeron marcadamente, en su directo perjuicio. Estos agricultores presionaron ante el Gobierno de la Casa Blanca para que enfrentara este problema y le diera solución.

X SUPUESTOS DEL NEOLIBERALISMO

Se puede decir en relación con los *supuestos teóricos conceptuales del neoliberalismo* que Milton Friedman es uno de sus divulgadores más conocidos fue asesor de Pinochet, le ayudó también a los militares en Argentina, con políticas neoliberales; y, en esos países fue un fracaso la aplicación de esas recetas neoliberales, la de los *Chicago Boys*, porque las consecuencias sociales del empobrecimiento fueron enormes; en el sistema social, en el empleo, en vivienda, en bienestar de vida, en calidad de vida, etc.

A) Supuestos "Económicos"

¿Cuáles son los supuestos de Friedman en este librito *Libertad de Elegir*?

- 1) La *economía del mercado* implica que ésta funciona libremente, que no hay ataduras, hay libertad entre los consumidores, libertad entre los oferentes, libertad entre los inversionistas, libertad entre los productores; el Estado, prácticamente no interviene porque distorcionaría el funcionamiento económico y el Estado debe tener un rol para controlar nada más: la *ley y el orden*; y, hacer que las reglas del juego del sistema económico se cumplan, porque no es que en el neoliberalismo la economía actúa sin control, sino que tiene ciertas reglas del juego prefijadas ya sea a través del Código de Comercio, a través de los tratados internacionales, a través de los pactos que establecen las transnacionales, internacionalmente, etc. El Estado del país-metrópoli es el encargado de velar por ese orden internacional.
- 2) El otro aspecto importante es la *soberanía del consumidor*, así como se habla que en el sistema jurídico, *la soberanía es de la ley* frente a la soberanía el rey, en el *antiguo régimen*. La *ley* es la que marca las pautas del comportamiento de toda la comunidad, así en el sistema jurídico, como en el *económico*. Aquí el consumidor, va al mercado y consume bienes y servicios, es el soberano y es el que determina cuáles empresas salen y cuáles entran. Por supuesto que esto no resiste la menor crítica, porque si esto fuera cierto entonces para qué gastar tanto millones y millones de dólares en *propaganda*. La *propaganda* lo que hace es que una empresa se consolide en el mercado y que muchos consumidores desvíen su consumo del producto A al producto B, entre otras cosas, y allí está el análisis de un interesante publicista que se llama Vans Packard en donde en su libro clásico *Las*

formas ocultas de la propaganda, explica cómo es que la *propaganda manipula a los consumidores*, haciendo risible el principio del postulado de la economía liberal y neoliberal de que el consumidor es un soberano, porque eso es absolutamente falso. Es decir para eso lo manipulan no sólo los medios de comunicación colectiva, sino todo el aparataje de propaganda que cuenta no solamente con la informática, la computación, la electrónica, sino que tiene expertos psicólogos, sociólogos, antropólogos; es decir, tienen *equipos de profesionales altamente calificados en la manipulación de otros seres humanos*, para qué: para que consuman los productos de la empresa y también para que la empresa se establezca hegemónicamente en el mercado.

- 3) El otro supuesto es que hay *libertad de concurrencia o que hay competencia libre en el mercado* y este otro supuesto es falso, porque lo que ocurre, tanto en el sistema capitalista —a pesar de las leyes antitrust que se han dado— es una concepción de la economía monopólica, duopólica o de cartel, donde una empresa dos, tres, cuatro empresas a veces de los mismos propietarios nada más con diferentes nombres, se dividen el mercado. Y en esta situación los Estados "nacionales" de América Latina son totalmente débiles y por supuesto que también, son débiles en las comunidades locales o las comunidades nacionales frente al poder y el embate de estas grandes transnacionales.
- 4) *El otro supuesto es que la economía tiene un criterio homeostático, es decir que tiene un equilibrio de homeostasis*. Recordemos, aquí, las concepciones del siglo XIX sobre el organicismo. Ellos creen que la economía se comporta como un cuerpo viviente, como una vaca, un caballo; como un ser humano, que se enferma, el cual crea anticuerpos, esos anticuerpos pueden vencer la enfermedad. Así el *sistema económico* se considera un organismo, así la economía es un organismo vivo y hay una *mano invisible* que la va modulando, haciendo que los precios estén donde la oferta y la demanda indican, a pesar de que los manipulen, porque son precios monopólicos o duopólicos o de monopsonio. De este modo, se considera *que la economía tiene un equilibrio natural*; que la economía, todo el sistema económico tiende a equilibrarse naturalmente por si misma, hay una *mano invisible* reguladora que va haciendo que la economía tenga siempre equilibrio y sí por ejemplo el crack de 1929/30 la economía mundial o el lunes negro en el año 87 en Nueva York, se dan esos —simplemente— son estados patológicos, transitorios del sistema económico que luego se logra sobreponer y vuelve a llegar a su punto de equilibrio. Esto responde a lo que en Sociología Talcot Parsons llamó

- 3) Finalmente, la tesis del *minimax*. Se supone entonces que como todos quieren el bienestar más alto; quieren maximizar *la ganancia con los mínimos costos*. Es decir, si hay que echar a dos mil empleados, échelos porque lo que dice el experto en rentabilidad, el experto en mercado que es "necesario". A esto se le llama la *racionalización de la conducta humana*.

XI CONCLUSION

Esa es la concepción del *homo economicus* del neoliberalismo. Esa concepción del ser humano responde a la filosofía propia del liberalismo económico, de ayer y de hoy. En ella, el mercado, el Estado y la sociedad son manufacturados a su imagen y semejanza. Es una imagen individualista, egoísta, agresiva y destructiva. Por suerte, hay otras opciones filosóficas sobre el *homo sapiens*; y, el enfrentamiento entre esas posturas ideológicas con la tesis liberal se da en todos los niveles de la dimensión humana y social.

PARTE II

Deuda externa: problemas y alternativas*

Sumario

- I Introducción
- II Deuda externa: otra cara del viejo problema del subdesarrollo
- III Principios del Derecho Romano
- IV Los conceptos los definen los que tienen el poder

* Exposición efectuada del 11 al 14 de diciembre de 1989 en Buenos Aires (Argentina) seminario "Presente y futuro de los Derechos Económicos de América Latina", organizado por el Instituto Interamericano de Derechos Humanos.

- V La tesis de los acreedores
- VI Violación de los derechos humanos
- VII Dineros de la deuda: ¿dónde están?
- VIII La deuda externa también es un problema político
- IX ¿\$400.000 millones: deuda de América Latina?
- X Algunas respuestas al problema de la deuda externa
- XI Conclusiones

I- INTRODUCCION

El problema de la deuda externa es también un problema político. Al principio planteo como un tema económico y propio de los tecnócratas y economistas; pero, luego, la realidad se impuso y se demostró la naturaleza política de la deuda en un marco político, en donde lo económico aparece ligado, pero no priorizado.

II- DEUDA EXTERNA OTRA CARA DEL VIEJO PROBLEMA DEL SUBDESARROLLO

Sin duda que el tema de la deuda externa, implica no sólo, como ya lo sabemos el planteamiento de carácter técnico, con base en un análisis económico, que a su vez tiene la posibilidad de tener diferentes ángulos en el aspecto de enfoques metodológicos, o de las diferentes corrientes que hay dentro de la economía moderna, de tal manera que hablar de un enfoque económico no dice nada, porque lo importante es el poder localizar cuales son los supuestos y conceptos de que parte el analista, para saber más o menos cuál puede ser la dimensión que le va a dar al tratamiento de los datos, y cómo ha obtenido esos datos; yo creo que en esto vale el ejemplo aquel, que expresaba que los profesores dicen "que en el grupo en que un profesor da clases, el 100% pasó, y resulta que solamente un estudiante había"; esto sirve para volver a refrescar la memoria de que el manejo de los datos está sujeto a una serie de maniobras, a una serie de posibles dimensiones, y que los datos por sí mismos tampoco hablan, los números no hablan por sí solos

como ya lo sabemos. Esta exposición puede tener una parte dedicada a un enfoque de carácter jurídico con relación a la deuda; las respuestas, algunas de ellas, que se han venido dando a la deuda externa y al papel del Estado y de las élites dominantes en América Latina con relación al problema de la deuda. *Valga decir que el problema de la deuda externa, no es sino, el viejo y conocido problema del subdesarrollo del tercer mundo, del subdesarrollo de América Latina*; y que es bueno refrescar la memoria también con las teorías de la dependencia de los años 60, de Cardozo, de Faletto, lo que Marcos Kaplan también escribió en esa década, que hoy nos acompaña, y muchos otros politólogos y sociólogos y científicos sociales, que en América Latina cultivaron la teoría de la dependencia, y luego la crítica que se le hizo en los años 70, esto significa ni más ni menos, que la deuda externa es una pura versión de la Teoría de la Dependencia. Es otra cara que presenta, la dependencia de los países pobres con relación a los países ricos, y en este sentido cabe rescatar y poner al día lo que se dijo en los años 60, en la Teoría de la Dependencia.

III- PRINCIPIOS DEL DERECHO ROMANO

Con respecto a lo que había anunciado sobre los aspectos de carácter jurídico, hay una serie de *principios* que se fueron elaborando a partir del *derecho romano* y hasta el presente, en materia contractual, y la deuda externa implica contratos, es decir, es dinero que ha llegado a nuestros países, bajo regímenes contractuales y en el fondo es, ponerse de acuerdo, como decían los viejos romanos "en cosa y precio", es decir, a un préstamo se le pone precio, se le ponen intereses, se le ponen otras cláusulas, plazos, etc., pero es un contrato, no es el conocido contrato entre personas físicas, sino que es entre Estados o entre organismos internacionales, pero los principios que regulan esa figura contractual, son los principios que durante siglos se han venido manejando en el derecho occidental, y que alguna corriente, por supuesto, allegada a los sectores más conservadores de los países ricos, rechaza, porque no les conviene, pero esa es una posición de carácter puramente estratégica y no jurídica. Recordemos esos principios de una manera rápida: el *Principio de la excesiva onerosidad sobreviniente*: cuando un contrato se vuelve a lo largo de su ejecución, brutalmente oneroso o con una carga en donde el deudor no puede hacerle frente, ese es uno de los principios para que se tenga por resuelto el contrato, es decir por terminado, y tenga que renegociarse, porque el deudor está en una posición en que no puede pagar, en que no puede hacerle frente, está impedido de cumplir. Es aquel otro viejo principio del Derecho Romano: *nadie está obligado a lo imposible*, es decir, aquellas cláusulas en los contratos que establezcan condiciones de imposible cumplimiento, se tienen por no puestas en el contrato; es

lo que la técnica jurídica llama de nulidad absoluta, porque por ningún medio pueden reactivarse para poder convertirse en obligatorias, no pueden ejecutarse porque son de imposible cumplimiento, y eso ocurre con la deuda, ha llegado a un monto, a unos plazos, a una situación tal, que es imposible cumplirla, tal y como fue originalmente pactada.

IV- LOS CONCEPTOS LOS DEFINEN LOS QUE TIENEN EL PODER

El principio: *nadie está obligado a lo imposible*, del viejo Derecho Romano, todavía está presente en nuestro Código Civil y en nuestro Derecho Contractual, *lo imposible no obliga* y es nula la obligación de cosas, o de cláusulas, o de pactos imposibles, y que aquellas condiciones, requisitos o cláusulas que exceden de lo posible, de lo real para ser ejecutado, se tienen por no puestas, es decir, no pueden ser consideradas para su cumplimiento. Eso significa entonces, que esos contratos no pueden ser ejecutados, claro esto ocurre, esto es una posición teórica. Cuando los países desarrollados o los grupos económicamente fuertes, o los bancos internacionales, sí les interesa que una cláusula de derecho contractual internacional, se aplique, como saben que tienen la fuerza para aplicarla, la ejecutan aunque vaya a contrapelo de toda la tradición jurídica occidental; en otras palabras, como decía Lewis Carrol en "*Alicia en el País de las Maravillas*", y ustedes lo saben, "*los conceptos, los definen los que tiene el poder*", lo cual es algo totalmente evidente. De tal modo que, se dice que esa *excesiva honerosidad o carga* imposible de cumplir por los países del tercer mundo, ha implicado la anulación completa de todos los contratos que dieron origen a la deuda, y por tanto, legalmente no hay deuda que pagar, desde el ángulo puramente de la aplicación de lo que es la herencia del Derecho Romano a nuestro derecho occidental, en materia contractual. Eso significa que hay que renegociarlo, hay que replantearlo de nuevo; a eso estamos llegando, Wall Street, va por ese camino pero obligado.

V- LA TESIS DE LOS ACREEDORES

Los principios de los países acreedores son: *el contrato tiene que ser cumplido de acuerdo a los términos originalmente pactados*, pase lo que pase tiene que cumplirse como se pactó, y esa es la tesis de los abogados de los acreedores, no importa que se estén muriendo de hambre, no importa los 5.000 heridos en Caracas, ni la cantidad de muertos, el estado de sitio que Carlos Andrés Pérez tuvo que poner, eso no importa; y que se mueran antes

de cumplir un año el triple de los niños que se morían antes, según el informe de la UNICEF, porque los países estén en bancarota, eso no importa, es la tesis de "usted cumple según a lo que pactó", porque sino es inmoral, usted tiene que honrar su deuda. Sin embargo, precisamente los romanos, elaboraron el principio de que "las obligaciones tienen que tener un asidero con la realidad", es decir, si las condiciones van mejorando o empeorando (*Rebus sic stantibus*), el contrato tiene que ir adecuándose a eso. Hay un ajuste en el cumplimiento contractual de acuerdo a las condiciones cambiantes de la realidad, y ese es el "living law" de los anglosajones; es decir es el *derecho viviente* y el *derecho cotidiano*, que obliga a que las cosas cambien de acuerdo a como varían en la realidad, al pragmatismo jurídico.

VI- VIOLACION DE DERECHOS HUMANOS

Hay que agregarle esto, para finalizar esta parte de los principios jurídicos a todas las declaraciones, las convenciones, los tratados, los pactos, toda la gran cantidad de páginas escritas que ha promulgado la ONU en materia de deberes y derechos culturales, económicos y sociales de los estados, todo lo que se ha promulgado y aceptado en materia de Derechos Humanos, todo lo que es el derecho al desarrollo (que plantean que todos los pueblos del mundo tienen derecho a la salud, tienen derecho a tener escuelas, educación, una vida digna, es decir, lo que llaman una modalidad de vida aceptable). Eso significa que también, a nivel del derecho internacional público, esas convenciones han quedado en nada. incluyendo la del derecho del mar, en Costa Rica, la riqueza que tenemos en atún es millonaria en dólares, pero llegan los japoneses, los norteamericanos, los alemanes, los grandes países, con sus grandes flotas y se llevan el atún de nuestras costas sin que podamos hacer nada, eso es un saqueo internacional, que allá en su tiempo los grandes ensayistas, (que ya se van perdiendo porque esas voces han sido suplantadas por tecnócratas), decían que todo el problema de cómo los países ricos saqueaban a los países pobres, ahora parece que con la tecnocracia y el imperialismo de los números se están ocultando la gravedad de la realidad, y, parece que hay personas interesadas en saturar con números y no hablar de las personas que mueren diariamente, de la cantidad de miles de desocupados, de la tristeza de todos los problemas internos del psicoanálisis, de la angustia existencial, de las ganas del sentimiento de muerte que hay en miles y miles de latinoamericanos, en sociedades que ya no les ofrecen nada, en donde la esperanza para vivir no vale la pena, en donde el espíritu de glorificar y personificar la trayectoria vital, queda en cero.

Eso, precisamente en los libros de los economistas no se ve. Cuando una vez, llegó un famoso economista a Costa Rica, yo era un estudiante de economía, y estaba imbuido en todo esto que todavía hoy me inquieta, el problema moral, el problema humano de la cuestión social y la problemática económica, y le dije que en dónde quedaba en ese enfoque liberal que él plantaba de los "Chicago Boys" con Friedman, que a dónde quedaba el hombre de carne y hueso, que a dónde quedaban los problemas humanos, los problemas de las poblaciones marginadas, los miles y miles de personas que tienen una situación de miseria en América Latina, y contestó, eso no es problema de economía. Y creo que, dentro de cierta corriente tecnocrática de economistas, siguen bajo ese criterio; pero creo que existen otros lados, y prefiero estar en esos otros lados, viendo la *fase humana* de toda esta problemática.

VII- DINEROS DE LA DEUDA ¿DONDE ESTAN?

El otro aspecto que voy a delinear, son un poco las respuestas que se han venido dando al problema de la deuda, y nada más para que recordemos algo de lo que ya se ha dicho aquí, tenemos que decir que fueron las oligarquías latinoamericanas, las que se endeudaron irresponsablemente, y no solamente los tiranos o los gobiernos militares; sino las oligarquías "civiles", aceptaron con una gran facilidad, esos dólares que venían del exterior, irresponsablemente dados por los que serán acreedores. Tanta responsabilidad tiene el que presta sin preocuparse de las garantías, como el que acepta dinero prestado sabiendo que no puede pagarlo; y ambos sabían que no podía pagarse ese dinero, pero como los petrodólares estaban en abundancia en los bancos de los países ricos, simplemente, pagaban altas comisiones a agentes para que colocaran esos dinero en América Latina, sin importar si había garantía o no había garantía, ahí se originó la tragedia de la deuda externa; por ejemplo, en Costa Rica le dieron un préstamo festinadamente, alegremente en Wall Street, cuando leyeron en el *Times* un anuncio que Costa Rica era un país pacífico y tranquilo; y así prestaban el dinero. Con los *dineros de la deuda*, ¿qué hizo esa oligarquía latinoamericana, militar, civil, eclesiástica con ese dinero?, esa oligarquía lo que hizo fue, comprar *armas* (la dictadura en Argentina) se calcula que casi la mitad de lo que vino en deuda en ese período de la dictadura en Argentina, se gastó en armas. *La fuga de capitales*, que bien puede ser el doble de los 400.000 millones de dólares que en papeles, en pura contabilidad, hay consignados en los países ricos, por lo menos, el doble, es lo que hay afuera en los bancos de los países ricos. Hay que poner énfasis en que los países ricos, a través de la *dictadura del dólar*,

manipulaban las tasas de interés y las elevaban, encarecían el dólar y con eso aumentaban o inflaban el volumen de la deuda de los países del tercer mundo, artificialmente; y si a eso le agregamos, a su vez, que esos préstamos eran con interés compuesto, lo que se llamó en la Edad Media *la usura*, y que parece que en el mundo de los negocios de hoy ya la usura no existe como delito, salvo cuando es la clase baja la que lo comete, pero la clase baja no comete usura, porque no tiene dinero hacer usura, comete otro tipo de delitos, entonces ahí sí le aplican el Código Penal. Pero, la usura o los delitos de cuello blanco, *no* se castigan.

VIII- LA DEUDA EXTERNA TAMBIEN ES UN PROBLEMA POLITICO

Antes de entrar a las respuestas que se han dado, recordemos que en este momento, como las economías de los países se han ido destruyendo, su aparato productivo está estancado, por lo menos, dicen el Fondo Monetario y el Banco Mundial, que para 10 años más, habrá *estancamiento*, eso es lo que se pronostica, para el tercer mundo, porque las economías están destrozadas, resulta que ese 100% de la deuda del tercer mundo de América Latina, y de nuestros países, por supuesto, vale en promedio un 15%, es decir que está depreciada en un 85%, todo lo demás son papeluchos que no tienen valor. Y quién dijo eso, el gran demiurgo de la economía capitalista que es el mercado, la ley de oferta y demanda, la misma lógica de la escuela de los "Chicago Boys"; las cosas valen en el sistema capitalista de acuerdo a la ley de oferta y demanda, y esa deuda vale, en ese mercado secundario de la deuda, en promedio un 15%, en algunos países vale apenas un 0.8%, otros un 25%, otros un 18%, otros un 12%, el de nuestro va por un 10%. O sea, nuestro país puede comprarla a 30 años plazo y se terminó el problema de la deuda. Entonces los mismos economistas de Wall Street, al servicio de la banca internacional, han tenido que aceptar lo que hace dos años no aceptaban; hace dos años insistían en que la deuda tenía que ser pagada, de acuerdo a como fue pactada, y con el monto que se pactó y con los intereses que iban creciendo, y además de eso le aplicaban las *barreras proteccionistas* a los productos del tercer mundo, y los terminaron de liquidar.

La economía de la deuda, ha servido a su vez, para establecer lo que se llama una nueva política económica internacional, de subordinación de los países ricos a los países pobres, es decir que es una nueva modalidad de fortalecer los vínculos de dependencia del tercer mundo, respecto a los países ricos, y de tenerlos siempre dominados. Ahora, esto que en su momento, causó impacto y por ello cuando era un adolescente, leía con mucha pasión a Juan José Arévalo, en aquel ensayo "El tiburón y las sardinas", de cómo el

tiburón se come a las sardinas, es decir la lógica del más fuerte con respecto a los más débiles, la ley de la selva, se sigue aplicando *en este momento*. Arévalo decía lo que está pasando ahora: antes los países fuertes, mandaban sus ejércitos y controlaban estos países por la fuerza, la fuerza bruta, que como alguien dijo: es la razón de las bestias, en su momento y que ahora la ciencia y la tecnología, todo lo que es la cibernética, la computación, etc. todo el *equipamiento* de carácter tecnológico, sirve para mantener esa *lógica de la dominación*.

IX- ¿\$400.000 MILLONES DE DEUDA?

Por otro lado, habría que decir que en los países de América Latina, todos esos 400.000 millones de dólares, que se supone llegaron a los países de América Latina, los 50.000 millones de Argentina, los 110 mil millones de México, y por ahí una suma similar de Brasil, *¿dónde está ese dinero?*, *¿qué se hizo?*, porque el pueblo no lo vio, el taxista no lo vio, el que vende el pan no lo vio, el que vende el periódico no lo vio, esa gente no lo vio, que es la mayoritaria, entonces, *¿dónde está?* en los bancos suizos, en armas, en viajes, en los lujos de la élite. Sabiendo que la oligarquía controló, usó, abusó y gastó esos dineros, llegaron al cinismo de que cada argentino, cada brasileño, cada mexicano, cada costarricense, debía el promedio de dividir toda la deuda entre la población; sus medios de comunicación colectiva lo repetían constantemente.

X- RESPUESTAS AL PROBLEMA DE LA DEUDA

¿Cuáles respuestas se han dado?, de una manera muy rápida, se han dado muchas respuestas, tanto en América Latina como en Estados Unidos. Entre ellas el Plan Baker y del Plan Bready. Baker consideró dar dinero y sobre esto, Jesús Silva Herzog, el viejo decano de los economistas de América Latina, dijo que no era solución dar alrededor de 30.000 millones de dólares, para unos cuantos países.

Lo importante de Baker no era esa cantidad que era irrisoria, porque no significaba ni el pago de los intereses por un año de la deuda de los países de América Latina, pero ese no era el punto, el punto significaba que, por primera vez los Estados Unidos, decían *que el problema era político, además de económico*, por primera vez la Casa Blanca metió las manos, antes no lo había hecho, sino la banca internacional, los banqueros de Wall Street, de Tokio y de Alemania Occidental; *¿pero eso por qué ocurrió?*,

porque antes se habían reunido en La Habana (1985), una enorme cantidad de economistas y de políticos y Fidel Castro dijo que la deuda era impagable, y lo demostró con números, afirmó que no había nada que hacer, y que si los países pobres, se unían todos y no pagaban, nada podían hacer los países ricos, no podían hacer ejecutivo el cobro. A raíz de eso, se levantó un polvorín en toda América Latina, Carlos Andrés Pérez habló, Allan García habló, en México, los nacionalistas hablaron; y, de repente, la Casa Blanca cobró conciencia y dijo: aquí hay que tener una posición: digamos que la solución tiene que ser *política* y que nosotros vamos a plantear una solución, incipiente, y es proponer una cantidad determinada de millones de dólares, que aunque es una suma no muy grande, los deudores verán que hay buena voluntad. El plan fracasó, porque lógicamente tampoco había interés en llevarlo adelante, lo que se deseaba era plantear en profundidad que el problema era político, y por primera vez lo reconocía en Washington.

Así con *Bready* la situación varía un poco más, pero siempre a favor de reconocer que el *problema es político* y señalan que hay que hacer reducciones de la deuda, claro obligadas por el mercado, ya no de un 90% como debe ser, sino de un 30 ó un 40%, que hay que bajar las tasas de interés, que ellos mismos subieron, que hay que eliminar un poco las *barreras proteccionistas* que ellos mismos pusieron, y que habría que entrar en una negociación política, a la cual antes se habían negado; porque de todas maneras sabían que los países de América Latina y del tercer mundo, no tenían capacidad de pago. Y por otra parte los muertos y los heridos de Caracas, y el estado de sitio de Carlos Andrés Pérez, no le venía nada bien a ese espejo de democracia, que pretendía Venezuela establecer.

La tesis de no pagar (Fidel Castro), la de Allan García, que solamente el 10% de las exportaciones se dedicaran al pago. Costa Rica sostuvo, que se le cobrara a los deudores de una manera racional, es decir, de acuerdo a la capacidad de pago, el que podía pagar más se le cobraba más, y el que podía pagar menos se le cobraba menos. A todo esto, se le viene a agregar lo que en toda América Latina se ha llamado *los ajustes estructurales*, que por supuesto, dichos ajustes son ajustes monetarios, ajustes que nada tienen que ver con aquellos ajustes que se discutieron en los años 60, o se plantearon, como cambios en las estructuras políticas, económicas y sociales de los países de América Latina, cambios en profundidad, comenzando por la Reforma Agraria, que no estaba relacionada con proyectos comunistas. Estos *ajustes estructurales*, consisten en amarrar más la cintura, a todos los ciudadanos; el Estado tiene que eliminar servicios públicos, encarecerlos, los servicios de agua, de luz, etc., con base en los cálculos que hacen los burócratas del Estado, en los escritorios; simplemente afirman, hay que subir los precios y ejecutan el aumento. Todas estas me-

Estado, en aumento de servicios públicos, encarecimiento y de mala calidad, ha significado también que el *Estado ha perdido legitimidad, ante la crisis*, los ciudadanos ya no creen que el Estado sea el padre de familia, que soluciona los problemas, porque el Estado en América Latina está erosionado, no ha servido para enfrentar la crisis, esto significa *que las élites dominantes en América Latina, carecen de un proyecto moderno y actual de dominación para la sociedad latinoamericana*; el impacto de la crisis, los ha tomado tan desprevenidos, la crisis económica de los 80, ha quebrado los modelos de dominación y de control social, que tienen en esas clases altas, y no pueden estructurar un proyecto armónico, porque la crisis se los va quebrando, y les va impidiendo ejercer la dominación con facilidad porque donde no hay paz no puede haber una ejecución del proyecto de dominación y eso es lo que está pasando en toda América Latina. Entonces el problema está, en que todos estos caminos de la inestabilidad política, conducirán lamentablemente a que de nuevo los ejércitos aparezcan en escena, como los "salvadores" de la crisis, lo cual ya sabemos que es una nefasta salida a un problema, en este caso el remedio sin duda ha demostrado por la historia, es peor que la enfermedad.

XI- CONCLUSIONES

- 1- Todavía no se conocen los efectos globales en lo social y en lo político del peso de la deuda externa.
- 2- No habrá desarrollo ni reactivación económica al futuro por el estado lamentable de las estructuras económicas de los países de América Latina.
- 3- Se necesitan cambios profundos de carácter social, político y económico que los gobiernos y las clases hegemónicas de América Latina no están dispuestas a hacer, por la sencilla razón que ello les significa pérdida de poder real.
- 4- Las respuestas oficiales dadas por los acreedores para solucionar el problema de la deuda no han funcionado ni funcionarán.
- 5- Reducir montos relativamente pequeños de la deuda, cuando el mercado secundario de los títulos de la deuda externa están desvalorizados en (promedio) 15%, -lo que significa que valen solo eso-; no es una solución integral al problema.

- 6- Los grupos de poder político y económico de América Latina a la par de los acreedores han convertido en un gran negocio el problema de la deuda externa, pues han obtenido ganancias, recursos financieros, influencia política y económica, etc.
- 7- El pueblo no ha obtenido beneficios del endeudamiento externo pues las inversiones en su provecho están ausentes. La gran masa de latinoamericanos lo que han sufrido son los efectos negativos de la deuda: desempleo, hambre, deterioro de los servicios públicos, etc.
- 8- Los criterios con los que los acreedores internacionales manejan la deuda son los de explotación y dependencia. La cooperación internacional y la solidaridad queda solo en el papel.
- 9- Los acuerdos de México, Filipinas y Costa Rica son leves recetas de solución, no atacan el problema básico de la deuda. Los problemas fiscales, económicos y sociales siguen agravándose en forma muy peligrosa.
- 10- Con el desplome de los sistemas políticos de los países del Este, la unión de Alemania y el fortalecimiento del Mercado Común Europeo, los problemas que tiene América Latina y el Tercer Mundo se van a quedar en agenda de las naciones desarrolladas, sin resolver.
- 11- Costa Rica incrementará sus graves condiciones sociales y económicas ya que la inversión extranjera o el flujo de dólares se orientará hacia Nicaragua y Panamá.
- 12- La deuda externa es solo parte del problema integral del subdesarrollo *in crescendo* del Tercer Mundo. La dominación de todo orden: militar, tecnológica, política y económica de las naciones desarrolladas sobre el Tercer Mundo, continuará en forma perjudicial para este conjunto de pueblos alineados en un empobrecimiento cada vez mejor.
- 13- La soberanía de los países del tercer mundo, ha sido vulnerada por el problema de la deuda externa.

I BIBLIOGRAFIA DE REFERENCIA

- ACOSTA, Alberto. *La deuda eterna* (Lima: Grupo de Desarrollo, 1990).
- ALBAÑEZ, Teresa et al. *Políticas de ajuste y grupos más vulnerables* (México: CFE, UNICEF, 1987).
- BID. *La deuda externa y el desarrollo de América Latina* (Washington: BID, 1984).
- CALCAGNO, Alfredo. *La perversa deuda* (Buenos Aires: Legasa, 1988).
- DE SEBASTIAN, Luis. *La crisis de América Latina y la deuda externa* (Madrid: Alianza, 1988).
- FERINBERG, R.; KALLAB, V. (eds.). *Adjustment crisis in the third world = Overseas development* (OVNCIL, Washington, 1986).
- FOXLEY, Alejandro. *Experimento neoliberales en América Latina* (México: CFE, 1988).
- GALVAN, Héctor. *El enfoque ortodoxo neoliberal y sus implicaciones teóricas*. (San José: UCR-Revista "Ciencias Económicas" 1989. Vol. IX. pp. 111 a 130).
- GEORGE, Susan. *A fate worse than debt* (England: Pequin Books, 1988).
- GREEN, Rosario. *La deuda externa de México: 1973-1987* (México: Nueva Imagen, 1988).
- IMF. *IMF glosary* (Washington DC: IMF-1986).
- KORNER, Peter et al. *The dance of the millions. Latin American and the debt crisis* (USA: Third world books, 1986).
- KAHLER, Miles. *The politics of International debt* (USA: Cornell University Press, 1986).
- KUCZYNSKI, Pedro. *Latin American debt* (USA: The Johns Hopkins University Press, 1988).
- MARICHAL, Carlos. *A century of debt crisis in Latin American* (USA: Princeton University Press, 1989).

- MEESSEN, Karl. *El principio de la "cortesía" en el Derecho Económico Internacional* (Stuttgart: Universitas, marzo 1986); *International debt: solutions to insolvency or illiquidity* (Washington D.C.: abril, 1986); *International debts and economic development from a legal perspective* (Baden: Panvoky, 1987); *Back to the market: the debt problem in legal perspective* (S.C.I: 1988); *Foreign debts in the present and a new international economic order* (University Press Fribourg Switzerland, 1986).
- NAVARRETE, Jorge Eduardo. *La deuda externa* (México: CFE, 1987).
- LESSARD, D.; WILLIAMSON, P. *Capital flight and third world debt*. (Washington DC: Institute for International Economics, 1987).
- LEVER, Harold; HUHNE, Christopher. *Debt and danger* (England: Penguin Books, 1987).
- MARTNER, Gonzalo (coord.). *América Latina en el mundo del mañana* (Caracas: Nueva Sociedad, 1987).
- MARTINERA, Ana (ed.). *Deuda, ahorro y crecimiento en América Latina* (Buenos Aires: FMI-Instituto Torcuayo Di Tella, 1986).
- PAREJO, Luciano et al. *Cambio estructural en México y el mundo* (México: CFE, 1987).
- RAVENTOS, Ciska. *El agro costarricense y el programa de ajuste estructural* (San José: Universidad de Costa Rica-IIS, 1989).
- REUBEN, Sergio. *Ajuste estructural en Costa Rica* (San José: Ed. Porvenir, 1988).
- ROJAS, Manuel et al. *Costa Rica, la democracia inconclusa* (San José: DEI-IIS, 1989).
- 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 No. 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 No. 22, 1982); *Derecho Administrativo y Estado Costarricense* (San José: UCR, 1984); *La deuda externa: otra cara de la crisis* (San José: RCJ No. 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, No. 60, 1968); *Derecho y deuda externa* (San José: Revista de Ciencias Jurídicas, No. 62, 1989); *Deuda externa y derechos humanos* (San José: inédito, 1989).

- SACHS, Deffrey (Ed.). *Developing country debt and the world economy* (USA: The University of Chicago Press, 1989).
- SCHILLING, Paulo et al. *Divida externa e igrejas* (Sao Paulo: Centro ecuménico de documentação e informação, 1989).
- TORRES-RIVAS, Edelberto. *Centro América hacia el 2000* (Caracas: Nueva Sociedad, 1989).
- WATKINS, Alfred. *Till debt do us part* (USA: University Press of America, 1986).
- ZALDUENDO, Eduardo. *La deuda externa* (Buenos Aires: Depalma, 1988).

II ALGUNOS CONCEPTOS CLAVES

ACUERDO STAND BY (o de crédito contingente o de derecho de giro): Acuerdo de crédito por medio del cual un país miembro del Fondo Monetario Internacional (FMI) recibe la seguridad de que, durante un cierto período, se autorizarán sus peticiones de giro, en forma escalonada, si se cumplen determinadas metas referidas a su economía interna.

AHORRO: Es la parte del ingreso que no se utiliza para el consumo.

AHORRO INTERNO: Ahorro generado dentro del país y que se distingue del ahorro extranjero. Está compuesto por el ahorro de las empresas, el ahorro personal y el ahorro en cuenta corriente del gobierno.

AID (Agencia Internacional de Desarrollo): Organismo del gobierno de Estados Unidos, responsable de la administración de sus programas de ayuda económica.

ALADI (Asociación Latinoamericana de Integración): Organismo internacional cuyo objetivo es la abolición paulatina de las tarifas de importación y otras limitaciones del comercio recíproco, y la creación del Mercado Común Latinoamericano. Surgió del Tratado de Montevideo, el 12 de agosto de 1980, como continuación de la ALALC (Asociación Latinoamericana de Libre Comercio), fundada en 1960.

"ALIVIO" DE LA DEUDA: Jerga económica para designar el desfase en el pago del servicio de la deuda externa, a consecuencia de una renego-

ciación que reduce el monto a pagar en el futuro inmediato, hasta una fecha especificada.

AMORTIZACION DE LA DEUDA: Es la devolución del principal de un préstamo, mediante pagos periódicos.

APERTURA, POLÍTICA DE: Proceso de reducción de los impuestos y restricciones al comercio exterior, por el cual se reduce el margen de protección a la producción nacional y se busca ampliar los flujos de comercio con el resto del mundo. Entre otros mecanismos, se puede recurrir a la rebaja de aranceles, levantamiento de prohibiciones y licencias previas, etc.

ARANCEL AD VALOREM: Tarifa o tasa que se paga como porcentaje del valor CIF de una importación para que el producto adquiera el derecho del internamiento en el país.

AUTORIDAD MONETARIA: Organismo u organismos estatales encargados de dirigir la política monetaria de un país. Los bancos centrales o de reserva cumplen esta función.

BALANZA COMERCIAL: Diferencia, en valor, entre las exportaciones e importaciones de bienes de un país, en un período determinado. Si las primeras son mayores que las segundas habrá un superávit; en caso contrario, un déficit.

BALANZA DE CAPITAL A LARGO PLAZO: Cuenta que refleja el flujo de capitales con vencimiento a más de un año, o sin vencimiento fijo en el caso de inversión directa, que se tiene con el exterior en un período determinado. Comprende la inversión directa, préstamos privados, préstamos oficiales y otros préstamos.

BALANZA DE CUENTA CORRIENTE: Cuenta estadística que refleja la diferencia en valor entre las exportaciones e importaciones de bienes, servicios, pagos de transferencia o donaciones de un país con el resto del mundo, durante un período determinado.

BALANZA DE PAGOS: Estado de cuenta utilizado para medir el valor del conjunto de bienes, servicios, oro y capital, intercambiados entre un país y el resto del mundo.

BALANZA DE SERVICIOS: Diferencia en valor entre las exportaciones e importaciones de servicios (seguros, fletes, turismo, etc.) de un país, en un período determinado.

BANCO DE PAGOS INTERNACIONALES (BPI)-BANK FOR INTERNATIONAL SETTLEMENTS (BIS): Organismo financiero creado para promover la cooperación entre los bancos centrales y dar facilidades para las operaciones financieras internacionales. Actualmente el BPI funciona como banco central –o prestamista de última instancia– para muchos bancos centrales y ofrece un foro para intercambios de opiniones en las reuniones mensuales que se realizan en su sede de Basilea (Suiza).

BANCO INTERNACIONAL PRIVADO: Banco que opera en al menos dos países y que no es propiedad de gobiernos. En las últimas décadas ha habido un gran crecimiento de este tipo de banca con el desarrollo del euro-mercado.

BANCO MUNDIAL-BANCO INTERNACIONAL DE RECONSTRUCCIÓN Y FOMENTO (BIRF) - INTERNATIONAL BANK FOR RECONSTRUCTION AND DEVELOPMENT OF "WORLD BANK": Banco de fomento internacional creado a partir de los acuerdos de Bretton Woods, en 1944, con la perspectiva inicial de aportar asistencia financiera para la reconstrucción de los países afectados por la II Guerra Mundial. Posteriormente, su actividad se ha centrado principalmente en la asistencia financiera a los países en vías de desarrollo, a través de préstamos con fines productivos y/o desarrollo de infraestructura económica. También pone énfasis en promover el comercio internacional buscando la reducción de las barreras arancelarias y para-arancelarias.

BARRERAS ARANCELARIAS: Mecanismo de protección de la producción nacional de un país (y de generación de recursos fiscales) a través del establecimiento de gravámenes a la importación de bienes.

BARRERAS NO ARANCELARIAS O PARA-ARANCELARIAS: Mecanismo de restricción de las importaciones, que pueden ser de carácter administrativo, financiero o cambiario. Generalmente son cuotas, licencias previas o prohibiciones de importación.

BIENES DE CAPITAL: Son los bienes de producción llamados también medios de producción. Están formados por la maquinaria y equipos empleados en la producción de otros bienes.

BIENES NO TRANSABLES: Son aquellos bienes que no son exportables ni están sujetos a la competencia de bienes importados, siendo sus precios determinados mayormente por las condiciones de oferta y demanda en el mercado interno.

BIENES TRANSABLES: Son los bienes susceptibles de ser importados o exportados por un país y que, por lo tanto, están sujetos a la competencia internacional. Los precios de estos bienes se determinan en función del mercado mundial.

BONOS VINCULADOS AL PRECIO DE MATERIAS PRIMAS (COMMODITY BONDS): Bonos cuyo rendimiento, sea el interés o el valor de rescate, está vinculado al precio de una materia prima o una canasta de materias primas.

CANASTA DE CONSUMO: Conjunto de bienes y servicios que son adquiridos por un consumidor promedio, representativo de la economía. Sirve de base para la elaboración del índice de precios al consumidor (IPC).

CANASTA DE MONEDAS: Conjunto de monedas de un determinado número de países, usadas como unidad de referencia para establecer el valor de una unidad de cuenta internacional o para hallar el valor real de la moneda de algún país en especial. En el caso del DEG se utiliza, en proporciones acordadas, las monedas de Alemania, Francia, Inglaterra, Estados Unidos y Japón.

CAPACIDAD INSTALADA: Existencia de bienes de capital disponible para el proceso productivo y que define el máximo de producción posible en el corto plazo.

CAPITAL DE TRABAJO: Son los medios de que dispone una empresa para el desarrollo de sus operaciones normales; ejemplos: pago de planillas, compra de materias e insumos, etc.

CAPITALIZAR: Agregar el importe de los intereses devengados al monto inicial de un préstamo, incrementándose así el principal. Aumentar el capital con las utilidades no distribuidas.

CARTERA PESADA: Incluye, además de la cartera (préstamos e inversiones de los bancos) vencida y en litigio, documentos en cartera y créditos incobrables o de difícil recuperación.

CEPAL (Comisión Económica para América Latina): Organismo de las Naciones Unidas, creado en 1948. A través de los años se ha convertido en uno de los principales núcleos de análisis económico y de formulación de propuestas de política económica para América Latina.

CIU (Clasificación Industrial Internacional Uniforme): Agrupa, con un criterio único, las distintas actividades industriales de los países.

CLUB DE PARIS: Grupo de representantes de los estados industrializados acreedores, que sostienen reuniones con los de un país deudor para renegociar la deuda. Esta deuda es la de carácter bilateral, es decir, de gobierno a gobierno. Por ello solo se considera negociable la deuda a las agencias oficiales, a gobiernos y a proveedores que tengan sus créditos protegidos con algún tipo de seguro estatal en el país acreedor. Estas reuniones son auspiciadas por el tesoro francés y se realizan en París a solicitud del país deudor.

COEFICIENTE DE ENDEUDAMIENTO: Proporción de la deuda total con relación al PBI. Es un coeficiente referencial que indica el porcentaje de la producción interna que está comprometida con el endeudamiento.

COMISION DE COMPROMISO: Es el porcentaje sobre los saldos no desembolsados en el momento pactado, que cobran los prestamistas (también suele llamarse "comisión de facilidad").

COMISION DE FINANCIACION (O DE GESTION O DE ADMINISTRACION): Porcentaje aplicable sobre el total del monto del préstamo por los servicios de concertación y administración. Es abonado una sola vez.

COMUNIDAD ECONOMICA EUROPEA (CEE): Organización para la integración económica de Europa, con sede en Bruselas, fundada en enero de 1958. Sus objetivos principales son eliminar las restricciones en el intercambio entre ellos y coordinar sus políticas económicas y comerciales.

CONDICIONALIDAD: Característica de algunos acuerdos de endeudamiento externo en los que los desembolsos o refinanciamientos solo se otorgan previo cumplimiento de determinadas metas o medidas de políticas económicas. Son usuales en los convenios de préstamos y otros que otorga el FMI.

CONDICIONALIDAD CRUZADA: Tipo de condicionalidad en la cual esta se refiere al cumplimiento de convenios con otros acreedores. Es el caso de los acuerdos con la banca internacional que exigen la previa firma de un convenio con el FMI.

CONDONACION DE LA DEUDA: Renuncia del acreedor al cobro del total o parte de un crédito otorgado, confundirse con reprogramación de la deuda, operación que modifica las fechas en que vencen los varios tramos de la deuda o de los montos entonces pagaderos.

CONVERSION DE PAGARES DE LA DEUDA EXTERNA EN INVERSIONES (SWAPS, DEUDA-INVERSION): Mecanismos por los cuales la deuda externa de un país es transformada en inversión en dicho país. El mecanismo más usual es que el estado del país deudor compra en moneda nacional un pagaré en moneda extranjera que la presenta un inversionista, con el objetivo de que el monto pagado sea invertido en el país. Debido a que los pagarés de la deuda externa de los países latinoamericanos se cotizan en el mercado internacional con descuentos importantes, los Estados deudores también compran a un precio menor a su valor nominal esos pagarés.

CORPORACION ANDINA DE FOMENTO (CAF): Organismo financiero de integración subregional, que centra su acción en proyectos nacionales y multinacionales de integración, principalmente aquellos que requieren de la participación de factores de producción, servicios, asistencia técnica y financiamiento.

CORPORACION FINANCIERA INTERNACIONAL (INTERNATIONAL FINANCE CORPORATION): Organismo afiliado al BIRF (Banco Mundial). Asiste con fondos propios y asesoría a los miembros en proceso de desarrollo, mediante la inversión en empresas privadas productoras y sin necesidad de garantías gubernamentales.

CORRECCION MONETARIA: Técnica, también conocida como indexación, para compensar reducciones en términos reales de valores nominales en un contexto inflacionario. Consiste en elevar valores nominales de tal manera que guarden su anterior valor real, sea en términos de poder adquisitivo de bienes y servicios o en términos de moneda extranjera.

CREDITO "BLANDO": Préstamo en condiciones favorables para el deudor, con tasa de interés menor a la del mercado y largos períodos de gracia o de vencimiento.

CREDITO COMPENSATORIO: Apoyo crediticio otorgado por el FMI a país con balanza de pagos que presenta un continuo deterioro debido a la caída en los precios internacionales de sus exportaciones.

CREDITOS DE GOBIERNO A GOBIERNO (O BILATERALES): Son préstamos entre gobiernos, generalmente mediante la modalidad de ayuda financiera y económica. Las condiciones financieras suelen ser blandas. Son frecuentes en los campos de ayuda para el desarrollo y venta de armamento.

CREDITO DE PROVEEDORES (SUPPLIERS CREDITS): Créditos para compras de bienes en el exterior, financiados por el exportador, productor o vendedor.

COSAS DEFAULT: Norma incluida en algunos contratos de préstamos, que estipula que el incumplimiento de los compromisos de un país frente a uno de los bancos acreedores equivale al incumplimiento con todos ellos.

COUDE: Clasificación de las importaciones según el uso o destino económico final (bienes de consumo, insumos, bienes intermedios y bienes de capital).

DEFAULT (CESACIÓN DE PAGOS): Decisión unilateral de un país deudor de suspender los pagos de su deuda externa. En general, situación en la que un deudor no cumple con la obligación pactada de pagar.

DEFLATOR: Indicador de la variación de precios de un determinado sector, entre un período y otro, seleccionado como base. A este último período se le asigna el número índice 100, y el deflator es el denominador utilizado para poner cifras de otros períodos en relación al período base.

DEPOSITO: En general, arreglo contractual explícito o implícito, por el cual una parte entrega a la otra un bien con la condición de que le sea restituido. /Depósito de dinero es el arreglo por el cual se entrega una suma de dinero a otro, a condición que le sea restituida la misma cantidad más los intereses pactados. Los depósitos de dinero son la principal fuente de recursos del sistema financiero.

DEPRECIACION: Término contable que registra la disminución en el valor de un activo fijo debido al transcurso del tiempo, al desgaste o a la obsolescencia.

DEPRECIACION DE LA MONEDA: Pérdida de valor de dinero ocasionada por la disminución de su poder adquisitivo. /Pérdida de valor de la moneda nacional, nacional relativa a otras monedas, provocada por la devaluación.

DEPRESION: Período en que el ritmo de actividad económica decae acompañada de alta tasa de desempleo.

DERECHOS COMPENSATORIOS: Impuestos aplicables a la importación de mercancías, que compensan los subsidios otorgados a su exportación en el país de origen.

DERECHOS ESPECIALES DE GIRO (DEG): Activos internacionales creados y emitidos por el FMI y asignados a sus países miembros. Pueden ser usados para transacciones y operaciones entre los países con derechos de tenencias de DEGs. No existen físicamente, siendo solo una unidad de cuenta. Fueron creados en julio de 1969.

DESARROLLO ECONOMICO: Proceso de crecimiento balanceado y autosostenido de la economía que permite garantizar la satisfacción permanente y creciente de las necesidades materiales y espirituales de la colectividad humana en cuestión.

DEUDA A CORTO PLAZO: Obligación de pago cuyo vencimiento está fijado en un plazo menor o igual a un año.

DEUDA A MEDIANO Y LARGO PLAZO: Obligación de pago cuyo vencimiento está fijado en un plazo superior a un año.

DEUDA DIRECTA: Aquella cuyo servicio es atendido por el propio prestatario.

DEUDA EXTERNA: Conjunto de obligaciones de naciones contraídas con gobiernos y residentes del exterior y derivadas de operaciones de crédito.

DEUDA EXTERNA-CLASIFICACION POR ICERC: Evaluaciones formales del riesgo que para la banca de Estados Unidos presentan las condiciones socio-político-económicas de los países en cuanto a su capacidad de atender su deuda externa. Son hechas tres veces al año por el Comité Interagencias para la Revisión de Exposición al Riesgo de Países. Las categorías utilizadas para las evaluaciones son tres, a saber: a) Substandard (debajo de lo

normal) que refleja que: 1) el país no está cumpliendo con sus obligaciones de atender la deuda externa; 2) no está cumpliendo con un programa adecuado de ajuste (sea del FMI u otro) ni está en el proceso de adoptar tal acción; 3) no se ha llevado a cabo con sus bancos acreedores una reprogramación viable de la deuda y no existen perspectivas para hacerlo en un futuro cercano. b) Valor deteriorado (valuus impaired) que se aplica cuando el país está seriamente en mora según evidencian dos o más de los siguientes motivos: 1) el país no ha pagado los intereses durante seis meses; 2) no ha cumplido con programas del FMI y no hay perspectivas inmediatas para tal cumplimiento; 3) el país no ha cumplido con los términos de la reprogramación de deuda por más de un año; 4) no hay perspectiva definitiva para la restauración de la atención de la deuda en un futuro cercano. c) Pérdida (Loss), es aplicable cuando la deuda se considera incobrable y de tan reducido valor que su retención como activo bancario no se justifica.

DEUDA PUBLICA EXTERNA: Aquella contraída por el sector público con no residentes del país.

DEVALUACION: Pérdida del valor de una moneda con respecto a las de otros países o al oro.

DINERO FRESCO: En jerga económica, se refiere al desembolso de fondos disponibles como parte de una refinanciación o reprogramación de la deuda externa.

DISTRIBUCION FUNCIONAL DEL INGRESO: Distribución del ingreso entre los diferentes factores de producción que intervienen en su generación, de acuerdo a la función que éstos desempeñan (particularmente entre trabajo y capital).

DIVISA: Moneda extranjera, cheques o letras extendidas en moneda extranjera y de libre disponibilidad.

DIVISION INTERNACIONAL DEL TRABAJO: Característica de la economía mundial por la cual los distintos países se especializan en el desarrollo de determinadas actividades productivas o de servicios, lo que determina la particular inserción de cada país en la misma.

DOLARIZACION: Proceso por el dólar de Estados Unidos desplaza a la moneda nacional, particularmente en el ahorro y crédito.

DOW JONES: Índice norteamericano del precio de las acciones negociables en la bolsa de valores de Nueva York (Wall Street).

DUMPING: Venta efectuada en el extranjero por un proveedor a un precio netamente inferior al de las mismas mercancías en su propio mercado.

ECONOMIA DE ESCALA: Reducción del costo unitario de un producto que ocurre cuando al expandir la capacidad de producción, el aumento de los costos es menor al aumento en la producción. Las economías de escala pueden producirse por muchas razones; por ejemplo, al aumentar la producción pueden subdividirse las tareas, llegando a una mayor especialización del trabajo que permita disminuir los costos por unidad de producción.

EMPRESA MATRIZ: Empresa propietaria del 50% o más del capital de otra empresa, a la cual se le considera su filial o subsidiaria.

EMPRESAS TRANSNACIONALES: Son compañías que desarrollan su actividad en más de un país, estando su comportamiento determinado por el logro de ganancias máximas a nivel mundial y no necesariamente en cada país. Así, los precios a los que comercian entre las distintas subsidiarias, no son necesariamente iguales a los de su mercado, sino que son precios, llamados "de transferencia", que les permite pagar la menor cantidad de impuestos.

ENCAJE BANCARIO: Reservas de dinero de curso legal que los bancos deben mantener por disposición de las autoridades pertinentes, para fines de regulación monetaria o para hacer frente a posibles retiros. Suele ser un porcentaje dado del volumen de depósito y está conformado por el dinero de curso legal que los bancos mantienen en sus propias cajas, o bien depositado en el Banco Central.

ESPECULACION: Compra de bienes, valores o monedas con la esperanza de revenderlos en un plazo muy corto, obteniendo utilidad a consecuencia de variaciones en sus precios.

EURODOLAR: Se refiere a los depósitos y activos en dólares estadounidenses que se tienen en bancos e instituciones financieras ubicadas fuera de EEUU, particularmente en Europa.

EXPECTATIVAS INFLACIONARIAS: Estimaciones que hacen los agentes económicos acerca de la tasa de inflación para un futuro período determinado, basadas presumiblemente en la inflación pasada, y que se cree tienen un impacto a veces decisivo en la inflación futura.

FACILIDAD AMPLIADA (EXTENDED FUN FACILITY): Préstamo que otorga el FMI a los países miembros que afrontan dificultades en su balanza de pagos debido a factores estructurales, o que no pueden llevar a cabo políticas activas de desarrollo debido a problemas en su balanza de pagos.

FACILIDAD DEL "BUFFER STOCK" (BUFFER STOCK FINANCING FACILITY): Crédito otorgado por el FMI a sus países miembros que participan en acuerdos internacionales del cacao y del estaño, y cuya finalidad es ayudarlos a sobreponerse de los efectos adversos de las fluctuaciones de precios de dichos productos.

FACILIDAD FINANCIERA COMPENSATORIA (COMPENSATORY FINANCIAL FACILITY): Crédito otorgado por el FMI a los países miembros que enfrentan dificultades en su balanza de pagos debido a bajas temporales en sus exportaciones, originadas por factores ajenos al control del país.

FACILIDAD SUPLEMENTARIA (SUPPLEMENTARY FINANCIAL FACILITY): Crédito otorgado por el FMI con recursos provenientes de préstamos obtenidos de países superavitarios. Este crédito es otorgado a países cuyas necesidades financieras superan los montos de los tramos de crédito o de facilidad ampliada.

FONDO MONETARIO INTERNACIONAL (FMI)-INTERNATIONAL MONETARY FUND (IMF): Organismo creado el 27 de diciembre de 1945 como consecuencia de la Conferencia Monetaria y Financiera celebrada por las Naciones Unidas en Bretton Woods en julio de 1944 y que inició sus operaciones en Washington el 1º de marzo de 1947. De acuerdo a su convenio constitutivo, entre sus objetivos más importantes figuran los siguientes: estimular la cooperación monetaria internacional, fomentar la expansión equilibrada del comercio internacional, establecer un sistema multilateral de pagos en relación con las transacciones corrientes entre los países asociados y proporcionar recursos a los países miembros, para corregir los desajustes en sus balanzas de pagos. Los recursos del FMI están formados por oro y moneda de países miembros, lo que se denomina la cuota de cada país. La aportación en oro suele ascender al 25% de la cuota. El FMI constituye así una reserva de monedas de los países asociados. Las votaciones en el FMI están determinadas por el volumen de la cuota aportada por cada país miembro, por lo que el poder en su interior se concentra en los países industrializados.

FUGA DE CAPITALS: Transferencia de capitales privados al exterior, particularmente de nacionales.

GARANTIA: Respaldo otorgado a una operación de endeudamiento por una tercera persona diferente al acreedor y al deudor, que pagará a la fecha del vencimiento si el deudor principal no cumple con su obligación.

GATT (GENERAL AGREEMENT ON TARIFFS AND TRADE) – (ACUERDO GENERAL SOBRE ARANCELES Y COMERCIO): Suscrito por algunos países miembros de la ONU y vigente a partir de agosto de 1948. Su principal objetivo es promover el comercio internacional sobre bases recíprocas. Es un marco de negociación multilateral de concesiones arancelarias, prohibición de “dumping”, regulación de los subsidios a la exportación, bajo el principio de la “nación más favorecida” que establece que cualquier beneficio arancelario otorgado por un país miembro a otro país se hace automáticamente extensivo a los demás.

GRUPO ANDINO: Grupo de países comprometidos a una integración económica, actualmente conformada por Bolivia, Colombia, Ecuador, Perú y Venezuela y cuyo acuerdo fundamental fue firmado en Cartagena (Colombia) el 25 de mayo de 1969.

GRUPO DE LOS DIEZ: Grupo de los principales países industrializados, para la coordinación de políticas económicas y monetarias con el fin de evitar las fluctuaciones y estabilizar la economía mundial.

GRUPO DE LOS 24 DEL FMI: Grupo coordinador de países subdesarrollados para efectos de su política en el seno del FMI. Es una representación del Grupo de los 77.

HIPERINFLACION: Denominada también inflación desenfrenada o galopante. Se refiere a tasa de inflación muy altas, generalmente por encima de mil por cien al año. Estas tasas inflacionarias tan elevadas originan una tendencia a eliminar el uso de la moneda como medio general de pago.

LIQUIDEZ: Incapacidad para hacer frente en el corto plazo a pagos inmediatos. No debe confundirse con insolvencia.

IMPAGOS (“ARREARS”): Servicio de la deuda no cubierto en la fecha pactada por decisión unilateral del deudor.

IMPUESTO DIRECTO: Es aquel que recae directamente sobre el capital o la renta de los contribuyentes y que no puede ser transferido.

IMPUESTO INDIRECTO: Es el pagado indirectamente por el consumidor. Lo pagan las empresas industriales y comerciales en función del monto de sus transacciones, y luego lo transfieren parcial o totalmente al precio de la venta de las mercancías y servicios que producen o distribuyen.

INCONVERTIBILIDAD DE LA MONEDA: Imposibilidad de que determinada moneda puede cambiarse por su equivalente en oro o divisas de aceptación generalizada.

INDEXACION (O CORRECCION MONETARIA): Procedimiento por el cual el valor de una variable se eleva periódicamente en función de un índice representativo de uno o más precios.

INFLACION: Aumento persistente del nivel general de precios con la consecuente pérdida del valor adquisitivo de la moneda.

INFLACION DE COSTOS: Inflación causada por incrementos en los costos de los factores productivos.

INFLACION DE DEMANDA: Inflación que tiene su origen en aumentos en la demanda agregada no compensados con mayor producción.

INSOLVENCIA: Incapacidad de pago cuando el pasivo total es mayor que el activo total más el patrimonio. A diferencia de la “liquidez”, que es un fenómeno de corto plazo, la insolvencia implica una incapacidad de pago estructural y de largo plazo.

INTERES: Renta que percibe el prestamista por sus créditos y el ahorrista por sus depósitos. Se dice también que el interés es el precio por el uso del dinero o del capital.

INTERMEDIACION FINANCIERA: Proceso por el cual las instituciones financieras canalizan recursos financieros de sectores con saldos superativos hacia aquellos deficitarios, constituyendo así un mecanismo para la mejor movilización y el uso más eficiente de estos recursos.

INVERSION DIRECTA EXTRANJERA: Inversión en el país por empresas extranjeras a través del establecimiento de sucursales o filiales.

LARGO PLAZO: En las operaciones financieras, se refiere a un período mayor a cinco años; en la teoría económica, a un período en el que se puede variar la capacidad instalada de una industria, a través de inversión que se hace operativa.

LIBOR (LONDON INTERBANK OFFERING RATE): Tasa de interés preferencial que se cobra en las operaciones de crédito interbancario en el mercado de Londres y que sirve para el pago de intereses por depósito y créditos contratados con la banca internacional.

LINEA DE CREDITO: Límite máximo hasta el cual una institución de crédito concede a sus clientes la posibilidad de girar créditos libremente.

MATERIA PRIMA: Material a partir del cual se realiza la transformación industrial. Son principalmente minerales y productos agropecuarios y pesqueros.

MEDIANO PLAZO: En la jerga económica, a diferencia del corto plazo designa a aquel período no menor de un año y no mayor de cinco años.

MERCADO CAMBIARIO: Mercado donde las monedas de los diversos países son el objeto de transacción.

MERCADO COMUN EUROPEO: Integración económica de los países del oeste de Europa. Incluye a Alemania, Italia, Francia, Bélgica, Luxemburgo, Grecia, Gran Bretaña, Irlanda, Dinamarca, España y Portugal.

MERCADO LIBRE: Mercado que no está sujeto a más reglamentación que el libre juego de la oferta y de la demanda.

MERCADO NEGRO: Dícese del mercado paralelo y generalmente ilegal que aparece cuando el control en el precio o cantidad de un mercado oficial origina exceso de demanda.

MINI-DEVALUACIONES (Crawling peg): Sistema bancario que consiste en reajustes relativamente pequeños, progresivos y sucesivos en función del tipo de cambio, a menudo en relación con la inflación.

MONEDA-PATRON: Moneda que sirve de base para las transacciones internacionales como unidad de cuenta y medio de pago. Esta función es cumplida en la actualidad principalmente por el dólar norteamericano.

MONOPOLIO: Se refiere a la existencia de una sola empresa en una industria la cual, ante la inexistencia de competidores para su producto, tiene amplia libertad para fijar sus precios.

MORATORIA: Postergación excepcional del pago de una deuda vencida. Si dicho plazo es determinado solamente por el deudor, se habla de una moratoria "unilateral".

NEOLIBERALISMO: Dícese de las corrientes ideológicas modernas que reviven los principios liberales en la economía de mínima intervención estatal, apertura al comercio internacional, etc.

ICDE(ORGANIZACION DE COOPERACION Y DESARROLLO ECONOMICO): Engloba a los países industrializados del Norte.

ORGANISMOS FINANCIEROS INTERNACIONALES O MULTILATERALES: Instituciones internacionales oficiales de gobiernos, dedicadas a operaciones financieras de diversas índole, el FMI y el Banco Mundial.

PARIDAD CAMBIARIA: Teoría de determinación del tipo de cambio basada en la inflación relativa entre dos países. Dícese que existe ganancia de paridad cuando la devaluación de una moneda con respecto a la otra es mayor que la variación en la inflación relativa, lo que significaría una mayor compatibilidad de los productos nacionales, frente a los extranjeros.

PATRON ORO (GOLD STANDAR): Expresión que designa a los sistemas monetarios en los que se establece una relación fija y normalmente invariable entre su unidad monetaria base y un peso determinado de oro. El banco central se compromete a redimir en oro metálico en cualquier momento los billetes emitidos.

PERDIDA (LOSS): Ver Deuda Externa – "Clasificación ICERC".

PERIODO DE AJUSTE O DE ESTABILIZACION: Suelen llamarse así las políticas propugnadas por el FMI orientadas a reducir el consumo y la demanda agregada a la economía, con el objetivo declarado de hacer frente a desequilibrios externos (a veces provocados por el pago de la deuda externa) y a procesos inflacionarios.

PERIODO DE GRACIA: Lapso entre el primer desembolso del crédito y la primera amortización.

PERIODO DE VENCIMIENTO, CANCELACION O MADURACION: Incluye el período de gracia y el de amortización, que transcurre entre la primera y la última amortización.

PIPELINE CREDIT: Créditos concertados pero no desembolsados totalmente porque su desembolso no se realiza todo al mismo tiempo sino que están en función de los avances del proyecto de desarrollo que se está financiando.

POLITICA ECONOMICA ORTODOXA: Dícese de la política económica basada en los principales convencionales de la teoría económica. Entre estos principales destaca el enfocar la inflación y la crisis de balanza de pagos como producto del exceso de demanda interna sobre la oferta; exceso de demanda que afirma se debe al déficit fiscal, la emisión monetaria, los tipos de cambio sobrevaluado y elevados niveles salariales. Por ello propone como solución a esos problemas la reducción del déficit fiscal, la contracción monetaria, la devaluación y la reducción de los salarios reales. Otro principio fundamental es la aceptación de las ventajas comparativas como base de la eficiencia y el desarrollo nacional.

PRECIOS REALES: Son los precios expresados en términos de unidades monetarias con igual poder de compra, es decir, aislados del impacto de la inflación.

PRESTAMO DE APOYO A LA BALANZA DE PAGOS: Préstamos suscritos con bancos centrales e instituciones financieras internacionales que contribuyen a aliviar temporalmente problemas de pagos internacionales derivados de situaciones de desequilibrio de balanza de pagos.

PRESTAMO DE LIBRE DISPOSICION: Préstamos otorgados sin que esté especificado su destino en el contrato de crédito.

PRESTAMO PUENTE: Préstamo provisional a corto plazo que ofrece financiamiento transitorio mientras se concretan los detalles de un préstamo similar a largo plazo.

PRIMER RATE: Tasa de interés preferencial que se cobra a los mejores clientes en las operaciones de crédito en los mercados financieros de Estados Unidos.

PRINCIPAL (DE LA DEUDA): Monto inicial del préstamo o saldo a amortizar. No incluye el pago futuro de intereses, pero puede incluir pagos vencidos y refinanciados.

PRODUCTO BRUTO INTERNO (PBI): Mide el flujo de bienes y servicios producidos en una economía durante un determinado lapso. Puede medirse en unidades monetarias corrientes o constantes.

PROGRAMA LOAN: Modalidad de financiamiento otorgado en circunstancias excepcionales por el Banco Mundial a países cuyas economías se encuentran en situaciones de balanza de pagos crítica o de profunda recesión. Este programa de préstamos está condicionado a un programa de desarrollo que debe presentar el país necesitado.

PROGRAMA MONETARIO: Proyección y ejecución de las medidas necesarias para la regulación de los recursos monetarios y crediticios de una economía por parte de la autoridad monetaria correspondiente, con el fin de alcanzar determinadas metas, como pleno empleo, nivel de precios estable y equilibrio externo.

REACTIVACION ECONOMICA: Medidas que estimulan la recuperación de la actividad económica luego de un período de depresión o caída de la producción.

RECESION: Situación en que la actividad se deprime, siendo el crecimiento del PBI cero o negativo en varios períodos consecutivos.

REESTRUCTURACION DE LA DEUDA: Acción por la que se modifica total o parcialmente el calendario de pagos inicialmente establecido.

REFINANCIACION: Transacción financiera que se origina cuando no se puede cancelar una deuda, para lo cual se solicita al acreedor un nuevo préstamo o un mayor plazo para la cancelación. No implica necesariamente flujo efectivo de más divisas o "dinero fresco".

RENEGOCIACION DE LA DEUDA: Proceso mediante el cual se busca modificar el pago del servicio de la deuda, a través de una reestructuración del calendario de pagos o de una refinanciación.

RESERVAS INTERNACIONALES NETAS: Balance que muestra los saldos de divisas y oro monetario de un banco o del sistema bancario, en relación a sus obligaciones a corto plazo en el exterior. Diferencia entre los activos y pasivos internacionales.

RESTRICCION PARA-ARANCELARIA: Mecanismos diferentes al arancel que cumplen con la función de regular las importaciones. Entre ellos se encuentran las prohibiciones, observaciones, licencias previas y cuotas de importaciones o divisas.

REVOLVENTE (ROLL OVER): Característica de una operación por la cual, vencida una deuda, no se hace efectivo el pago del principal, sino que se suscribe un nuevo acuerdo en el que se establece una nueva fecha de vencimiento de la deuda. Llegada la fecha establecida en el acuerdo suscrito, esta puede volver a renovarse.

SERVICIO DE DEUDA: Comprende las amortizaciones y los intereses a pagar en forma periódica al contraer una deuda.

SINDICATOS DE BANCOS: Agrupación de instituciones bancarias con la finalidad de operar conjuntamente en un proyecto de crédito. Usualmente, los bancos internacionales acreedores suelen conformar estos sindicatos para negociar con mayor fuerza con los países deudores.

SOBREVALUACION: Indica la existencia de un tipo de cambio menor al de equilibrio, requiriéndose devaluar la moneda doméstica.

SUBSIDIARIA: Empresa controlada por otra llamada empresa matriz, que posee un porcentaje principal de sus acciones. Puede haber subsidiarias de empresas nacionales y extranjeras.

SUBSTANDARD: Ver deuda externa – Clasificación por ICERC.

SUPERAVIT: Situación en la cual los ingresos de un período superan a los egresos en el mismo período.

STEERING COMMITTEE (COMITE COORDINADOR): Grupo de los principales bancos privados internacionales acreedores de un país deudor, que negocia con este a nombre de todos los integrantes de un sindicato de bancos y luego conducen y administran los acuerdos de reorganización.

SUSTITUCION DE IMPORTACIONES: Proceso por el cual sustituye por producción interna lo que se venía importando. Este proceso se consideró como eje del desarrollo en muchos países latinoamericanos a raíz de la propuesta de la Comisión Económica para América Latina (CEPAL), en la década de 1950.

SWAPS: Operaciones conjuntas de compra o venta de divisas al contado, con la venta o compra de divisas a futuro, con el objeto de asegurar un tipo de cambio y no sufrir pérdidas posteriores por fluctuaciones en las cotizaciones. Operaciones entre bancos centrales para ofrecer ayuda temporal en el campo de la balanza de pagos o para financiar intervención oficial en el mercado de divisas. Son de corto plazo y no dan lugar a ganancias o pérdidas en moneda nacional por tratarse de una permutación de dos monedas nacionales.

TASA DE INFLACION: Indicador del crecimiento de los precios de bienes y servicios expresados en porcentaje en un período determinado.

TASA DE INTERES: Precio que se paga por el uso del dinero ajeno. Rendimiento que se obtiene al prestar o hacer un depósito en dinero.

TASA DE INTERES ACTIVA: Precio que cobra una persona o institución crediticia por el dinero que presta.

TASA DE INTERES PASIVA: Precio que el depositario tiene que pagar por el dinero que recibe en calidad de préstamos o depósito. En la que remunera los depósitos en los bancos.

TASA DE INTERES VARIABLE EN MONEDA EXTRANJERA: Aquella que se utiliza principalmente en préstamos de bancos comerciales. Está compuesta por una tasa de interés base que es flotante, puede ser *libor* o *prima rate*, y por un *spread*.

TERMINOS DE INTERCAMBIO: Relación entre los precios de exportación y los precios de importación de un determinado país o grupo de países. Indica la cantidad de importaciones que puede comprar con unidades de exportaciones, registrando como deterioro en dichos términos las bajas en esta relación.

TIPOS DE CAMBIO FIJO: Tipo de cambio determinado por la autoridad monetaria y por un tiempo definido. Este sistema caracterizó el sistema financiero internacional entre 1946 y 1971.

TIPOS DE CAMBIO FLEXIBLE: Tipo de cambio que fluctúa según el juego de oferta y demanda. Se contrapone al tipo de cambio fijo.

TIPO DE CAMBIO MULTIPLE: Tasas varias de cambio que se mantienen para diferentes tipos de operaciones, para regular así los movimientos de la balanza de pagos. (Ej.: una tasa baja para facilitar importaciones de artículos de primera necesidad y una alta para artículos de lujo).

TRAMOS DE CREDITO: Montos que pueden girar los países miembros del FMI. Cada tramo equivale al 25% de su cuota. Generalmente las condiciones del primer tramo son suaves y no requieren la firma de un crédito contingente, lo que sí es un requisito para los tramos superiores.

TRAMO DE RESERVA (RESERVA TRANCHE): Créditos de los países miembros del FMI que pueden obtener de dicha institución en forma automática, sin recargo alguno y hasta por el 25% de su cuota. Reemplazó al tramo de oro.

VALOR AGREGADO: Valor que se añade a un insumo en el proceso de producción o de transformación.

VALOR CIF: Del inglés "cost. insurance and freight" (costo seguro y flete). Precio de la mercancía que incluye el costo del producto, más el que resulta de asegurarlo contra riesgos y el derivado de su transporte hasta el puerto de destino.

VALOR DETERIORADO (VALUE IMPAIRED): Ver Deuda Externa – Clasificación por ICERC.

PRECIO FOB ("FREE ON BOAR") – LIBRE A BORDO (LAB): Precio de las mercancías puestas a bordo en el puerto de embarque.

VENTAJA COMPARATIVA: Teoría formulada primariamente por el economista inglés David Ricardo según la cual los países se especializan en la producción e intercambio de aquellos bienes que producen más eficientemente en términos relativos que los otros países. Sostiene que todo país siempre tendrá ventaja en algunos productos exportables.

WAIVER: Término utilizado en finanzas internacionales, que implica disponer el incumplimiento de alguna meta o condición acordada como requisito para seguir desembolsando el préstamo.

ZONA FRANCA: Parte del territorio de un país considerada fuera de su jurisdicción para determinados fines. Gracias a ello, en estas zonas hay libre comercio internacional, pudiendo importarse y exportarse sin el pago de derechos y otros requisitos aduaneros, y en algunos casos hay también exoneración de otras obligaciones tributarias y laborales.

III PREGUNTAS DE CONTROL

- 1– ¿Qué es el neoliberalismo?
- 2– En qué consiste el liberalismo político y filosófico?
- 3– Cuáles son los supuestos "económicos" del neoliberalismo?
- 4– Cuáles son los supuestos "psicológicos" del neoliberalismo?
- 5– ¿Cuál es la relación existente entre la deuda externa y el subdesarrollo?
- 6– Cómo se pueden aplicar al tema de la deuda los principios contractuales del Derecho Romano?
- 7– ¿Cuál es la tesis de los acreedores para cobrar la deuda?
- 8– ¿Cuáles son algunas de las respuestas dadas por los deudores al problema de la deuda externa?
- 9– ¿En qué se gastaron los dineros provenientes de la deuda externa?
- 10– ¿Por qué la deuda externa es, también un problema político?
- 11– ¿De que manera el problema de la deuda externa se relaciona con el crecimiento económico del país deudor?
- 12– ¿Costa Rica ha sufrido problemas sociales y políticos por el peso de la deuda externa?
- 13– ¿Cómo se relaciona el problema de la deuda con el conocido tema del subdesarrollo?

FRANCISCO DE VITORIA Y SUS APORTES AL DERECHO INTERNACIONAL

Prof. Luis A. Varela Quirós
Asociado de Derecho Internacional Público
Universidad de Costa Rica
Vice Decano
Facultad de Derecho

- (1) Entre las pocas obras dedicadas al autor, destaca el excelente estudio de Ana Elena Suárez Zamora, presentada como tesis de Grado a la Facultad de Derecho en 1985 titulado "El Pensamiento Vitoriano y su Influencia en el Derecho Internacional Moderno".

INTRODUCCION

Francisco de Victoria es, sin lugar a dudas, y pese a las opiniones de quienes dan este título a Grocio, el padre del Derecho Internacional. Sin embargo su figura, es especial entre nosotros, es poco conocida.⁽¹⁾ Por ello intentamos en este estudio, no sólo rendirle un homenaje al estarse cumpliendo en el presente decenio el quinto centenario de su nacimiento, sino exponer sus principales aportes al derecho internacional, o derecho de gentes, como desde tiempos de los romanos se llamó al derecho aplicable a las distintas naciones.

Francisco de Vitoria expresó los principios del Derecho llamado a regir la comunidad internacional, concibió la idea de la comunidad universal de todos los pueblos organizados políticamente (*totus orbis*) fundada en el derecho natural y basada en *ius societatis et communicationis*.

La actualidad del pensamiento vitoriano radica en que no se limitó a concebir un sistema de Estados soberanos sometidos a las normas del Derecho Internacional de coordinación, sino que previó la instauración de un orden mundial al que se subordinarían las soberanías estatales y afirmó un *ius inter gentes* protector de los derechos humanos, con lo que se adelantó en mucho a su época y su circunstancia, adquiriendo con ello estatura universal.

Aunque partidario tanto de la guerra ofensiva como defensiva, Vitoria sostuvo que el fin último de esta era la paz y la seguridad de la República, y que en la guerra no es lícito atacar a niños, mujeres o inocentes, autorizando la objeción de conciencia para negarse a participar en la guerra, todos ellos principios de derecho humanitario que más tarde se incorporarán al derecho internacional general.

VITORIA Y SUS CIRCUNSTANCIAS

Nace Francisco de Gamboa, quien al tomar los hábitos religiosos se convierte en Francisco de Vitoria y según coinciden las mayorías de los autores, en Vitoria, capital de la Provincia de Alava, España aunque algunos piensan que pudo haber sido en Burgos entre los años 1483 y 1489 sin haberse precisado la fecha exacta de tal acontecimiento. Pero es, sin duda, en Burgos donde transcurren sus primeros años de vida, y en esta ciudad donde realiza sus primeros estudios.

Ingresa, a temprana edad al Convento de San Pablo de Burgos, de la Orden de los Dominicos a la que pertenecerá hasta el día de su muerte el 11 de agosto de 1546. En 1506 o 1507 es enviado a París y se matricula en el Colegio de Santiago, uno de los centros académicos de mayor prestigio en la época, y en cuyas cátedras habían enseñado Santo Tomás de Aquino, San Alberto Magno, Juan Gerson y Guillermo de Occam, entre otros. Sin duda su larga permanencia en París fue de gran influencia en su formación y no sólo se dedicó al estudio, sino a la enseñanza considerándose, al decir de uno de sus biógrafos "no como mozo de grandes esperanzas, sin como grande maestro".⁽²⁾

En 1522 abandona Francia y asume al cátedra de teología en el Colegio de San Gregorio en Valladolid de donde pasa, ya en 1526, a ocupar la de teología en la Universidad de Salamanca, por entonces la más importante de España, por recomendación de sus superiores y ganado un concurso de oposiciones frente a Pedro Margallo, teólogo portugués a quien se consideraba como el más destacado maestro de teología. En Salamanca, se afirma pronto su pensamiento, se forja su carácter y se afirma su juicio, convirtiéndose así en el más importante de los teólogos españoles de su época. A su cátedra acudían, atraídos por la solidez y profundidad de sus exposiciones y a escuchar su certero juicio, no sólo jóvenes escolares, sino consagrados maestros.

Su vida se caracterizó por su mente clara y serena, por su amor al estudio y un don extraordinario para el magisterio, llegándosele a llamar el Sócrates de la teología. De su capacidad y sabiduría para enseñar ha dicho su discípulo Melchor Cano, quien luego lo sustituirá en la cátedra: "El maestro Vitoria podrá tener discípulos más sabios que él, pero diez de los más doctos no enseñarán como él".⁽³⁾

Veinte años dedicará a la enseñanza en Salamanca, con gran disciplina y especial autoridad, siendo admirado por sus discípulos y sus colegas, y no abandonando la cátedra ni aún por grave enfermedad, hasta el momento de su muerte.

La vida de Fray Francisco de Vitoria se desarrolla en una época de trance, de cambio violento en la historia de la Humanidad. Estamos a finales del siglo XV y principios del XVI, que es la época de los grandes descubrimientos y del nacimiento de Estado Moderno. En lo geográfico de los Españoles descubren y conquistan América, en lo científico se descubre la pólvora, la brújula, la imprenta, y es el apogeo del Renacimiento, que dejó

(2) Pinotto, Armando D., FRANCISCO DE VITORIA, Espasa-Calpe, Madrid 1975.

(3) Citado por Pinotto, Armando D., op. cit. p. 13.

huellas imborrables en el espíritu humano, volviendo sobre el estudio de la antigüedad clásica con ojos cristianos y floreciendo en gran parte de Europa las artes y la letras.

En el Derecho de Gentes aparece un nuevo modo de adquirir la soberanía, ya no sólo la conquista, sino también el Descubrimiento, tan legítimo como aquella. Se abren nuevas rutas de navegación, ensanchándose el mundo conocido y permitiendo la fundación y establecimiento de colonias. Se difunde el cristianismo en las nuevas colonias, y a abre el debate sobre el dominio o libertad de los mares. La Autoridad del Papa comienza a ser cuestionada y produce ya el movimiento de La Reforma, cuyas consecuencias trascenderán el campo religioso. Es en esta época concreta, en España, la España de Vitoria, donde surge un movimiento filosófico al cual se ha denominado la escolástica española, y uno de sus preclaros exponentes fue sin duda alguna Fray Francisco de Vitoria.

SU OBRA:

La obra de Francisco de Vitoria ha sido reconstruída con base en sus manuscritos y en los apuntes de sus discípulos, dando origen a las llamadas Relecciones, o exposiciones hecha en la cátedra, pues Vitoria mismo, al contrario de Francisco Suárez el otro de los grandes maestros de la Escuela Teológica española, no escribió obra alguna expositiva de sus ideas. Las Relecciones, son pues la fuente que más nos acerca al pensamiento de Vitoria, aunque no puede considerarse como fuente primigenia del mismo, pues está sujeta a la particular interpretación hecha por aquellos. Es sin embargo fuente disponible, y según las cuales ha pasado a la posteridad todo el pensamiento del ilustre teólogo español. Con base en ellas, y con la reserva indicada, se hará la exposición de las principales ideas de Vitoria.

Gracias al trabajo de sus discípulos y algunos de sus manuscritos, y paradójicamente a las contribuciones de Vitoria a la difusión de autores que le antecedieron, particularmente en revisiones y comentarios publicados en París sobre la obra del teólogo belga Pedro Crockart, que había sido su maestro, la de Antonio de Florencia, publicados respectivamente en 1512 y 1521, y la de Fray Pedro de Covarrubias, es que podemos hoy, al menos, analizar algunas de sus más destacados aportes al Derecho Internacional.

Entre su obra, debe destacarse la siguiente: La Summa Sacramentorum Ecclesiae (Comentarios al Libro IV de la Sentencias de Pedro de Lombardo), Los Comentarios a la Secunda Secundae de Santo Tomás de Pedro Crockart, cuya publicación dirigió Vitoria al igual que la Summa Aurea de Antonio de Florencia y la revisión de los Sermones de Covarrubias. Las

Relecciones siguientes: De Potestate Civile (1528), De Homicidio (1530), De Matrimonio (1531), De Potestate Ecclesiae Prior (1532), De Potestate Ecclesiae Posterior (1533), De Potestate Papae et Concili (1533), De Augmento Charitatis (1535), De eo ad quod tenetur veniens ad usum rationis (1535), De Simonia (1536), De Temperantia (1537) De Indis prior et posterior (1539) y De jure Belli Hispanorum in barbaros (1539). Como vemos ella comprende no sólo cuestiones del carácter jurídico más diversos, sino cuestiones de carácter moral, teológico y eclesiástico de gran importancia para su época. Desde luego que aquí no analizaremos sino algunas de sus Relecciones, y en particular las que se refieren a las cuestiones de Derecho Internacional.

Vitoria fue en fiel seguidor de las doctrinas Tomistas, afirmando siempre su concepción teológica y ius naturalista: "Todo cuanto se contiene bajo los cielos existe por algún fin, y en este fin estriba su razón de ser y su sentido, y desde ese ángulo hay que estudiar las cosas humanas, discerniendo entre la maldad y la malicia cuando consideramos el comportamiento del hombre. Así como sus apetitos pueden arrastrarle hacia el mal, también pueden ser ocasión de caída muchos objetos exteriores, ya por su misma hermosura ya por su utilidad, y a pesar de ello, la naturaleza del oro o de los manjares delicados es enteramente buena. Nadie ha podido quejarse a Dios, porque hiciera hermoso al oro, sabroso el vino y bella a la mujer. Ni estos deleitosos objetos, ni aquellos apetitos tienen se suyo, contenidos dentro de su finalidad natural, malicia alguna".⁽⁴⁾

Dios y la razón serán el eje central de su pensamiento, ya se trate como el párrafo transcrito de cuestiones especialmente morales, o del uso de determinadas artes en la guerra o del derecho de los españoles a someter o no a los indios o de la trata de esclavos por parte de los portugueses.

LA ESCOLASTICA ESPAÑOLA

En el siglo XVI hay un extraordinario florecimiento de la Escolástica, que tiene su centro en España y culmina con el Concilio de Trento. Los grandes teólogos se enfrentan con los problemas que plantea la Reforma, reafirman la tradición escolástica frente a la crítica renacentistas, vuelven al tomismo y a las grandes obras sistemáticas de la Edad Media, pero no para repetir sus conceptos, sino para comentarlas, aclararlas y aplicar sus enseñanzas a su propia realidad. Por otra parte los escolásticos se plantean una serie de problemas políticos y sociales de los que el Renacimiento se había hecho

(4) Citado por Corts Grau, José. HISTORIA DE LA FILOSOFIA DEL DERECHO, Editorial Nacional, Madrid 1960. p. 325.

cuestión. Así el Derecho Internacional adquiere para ellos una especial relevancia, destacándose entre los temas de mayor preocupación la cuestión de la condición de los indios y de los derechos que tienen los españoles y portugueses, sobre el Nuevo Mundo. Salamanca y Alcalá son los dos centros principales de este movimiento intelectual.

Aunque casi todos los escolásticos se forman, como lo hizo Vitoria, en París, su pensamiento se difunde entre España, Portugal y Roma, centro entonces del poder político y de la autoridad religiosa. Su florecimiento fue efímero, y ya a la muerte de Suárez, en 1617, la escolástica entra en decadencia.

El mayor y principal aporte de esta escuela de pensamiento filosófico fue su contribución doctrinal a la teología católica y a la dogmática del Concilio de Trento. Los dominios, y entre ellos con especial relevancia el maestro Vitoria, destacan entre los miembros de esta escuela.

Vitoria, en especial en sus obras De Justicia, de Indis y Jure Belli cuestiones fundamentales de Derecho Internacional, como el Derecho de conquista, los derechos de las minorías, la libertad de los mareas, y el derecho de guerra haciendo con ellas la máxima aportación al derecho internacional de su época, llegando a considerarse por autores de muy diversas nacionalidades como el verdadero padre del Derecho Internacional, entre ellos Barcia Trelles, Miaja de la Muela, Verdross, Brierly, Sepúlveda, La Fur y Gómez Robledo.

Al contrario de los escolásticos medievales, mucho más reposados e inmersos en un mundo más de contemplación que de reflexión, Vitoria y sus seguidores son hombres del Renacimiento y poseen una visión más amplia de la vida y del mundo que sus antecesores. El no central toda su teorías en torno al poder universal del Papa o del Emperador, permite a la escolástica española plantear la existencia de un verdadero Derecho Internacional, fundado en la existencia de una comunidad internacional más amplia que la cristiana, que abarca todo el orbe, y se basa en el principio de igualdad de derechos y obligaciones para los sujetos integrantes de tal comunidad. Por ello el Derecho Internacional es un derecho universal, aplicable a los pueblos cristianos al igual que a los cristianos y aplicable a una comunidad formada por Estados, que al necesitarse unos a otros, constituyen una comunidad internacional, basada en la igualdad y la solidaridad. Como lo ha señalado algún autor: "El mayor mérito de la Escuela Española del Derecho de Gentes fue el haber sometido los problemas de la convivencia internacional a un estudio riguroso y sistemático. Su característica principal consistió en haber aplicado los principios de la moral cristiana y del Derecho Natural a las condiciones de la política mundial".⁽⁵⁾

(5) Pacheco G. Máximo. INTRODUCCION AL DERECHO, Editorial Jurídica de Chile, Primer Edición, Santiago de Chile, 1976. p. 649.

Su aporte a la ciencia del Derecho es indiscutible. Como lo afirma, Kaplan, las ideas de las que parte Vitoria para la concepción del Derecho de Gentes son los postulados perpetuos, inmutables, y universales del Derecho Natural.⁽⁶⁾

De acuerdo con Vitoria, más allá de las leyes positivas hay una ley natural. El conocimiento de la naturaleza humana es clave para el conocimiento racional de aquellas leyes. El Derecho Natural, según su concepción, es necesario primeramente porque no depende del positivo, de la voluntad y beneplácito de los hombres, sino que sus dictados se apoyan última y definitivamente en Dios. La ley natural es fuerte y norma de toda ley positiva. Una ley contraria a la naturaleza y a la razón humana no tendría, por tanto, carácter ni fuerza de ley. Es la concepción clásica de Cicerón, sobre la Ley Natural, imbuída del espíritu cristiano que inspira toda la obra de la escolástica.

EL DERECHO DE GUERRA

Predicó la paz como la única preocupación de la política y combatió del derecho de declarar la guerra a los paganos cuando se rehusaran a seguir la doctrina cristiana. En más llega a afirmar que a pesar de la existencia de prácticas contrarias a la doctrina cristiana entre los pueblos bárbaros, tales prácticas no autorizan a los príncipes cristianos para hacer la guerra contra esos pueblos. Al respecto nos dice: "La razón estriba en que no pueden ser claramente convencidos de que obran mal, y, por tanto no pueden ser condenados jurídicamente; y como nadie, sin ser antes condenado, puede ser castigado, así tampoco se puede constreñir por medio de la guerra o de la persecusión a los pueblos que incurrir en tales pecados".⁽⁷⁾

Se adelantó, en muchos siglos y por ello puede considerársele precursor, a las normas del derecho humanitario consagradas en los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949, al sostener, entre otras ideas, que no era lícito atacar a poblaciones civiles, o ejercer actos de venganza contra niños, mujeres o ancianos, o contra los vecinos una vez que se ha obtenido la vic-

(6) Kaplan, Morton y Nicholas, de B. Katzebach. FUNDAMENTOS POLITICOS DEL DERECHO INTERNACIONAL, Editorial Limusa-Wiley S.A., México 1965. p. 75.

(7) Vitoria, Francisco de. DE LA RELECCION DE LA TEMPLANZA, Espasa-Calpe, Madrid 1975. p. 75.

toria.⁽⁸⁾ En el fragmento de la lección en que se trata sobre si guerrear es siempre pecado mortal, según los apuntes tomados por su discípulo Francisco Trigo, nos dice: "Se duda si es lícito matar en la guerra. Respondo que si ello es necesario para la victoria, es lícito... Pero agrego que no es lícito proceder a la matanza general de enemigos, sino que ha de tenerse modo en el castigo. Por lo tanto yo afirmo que, una vez obtenida la victoria en la guerra en que ellos lícitamente peleaban, no es lícito matarlos si ya no amenazase peligro de su parte"⁽⁹⁾ y con respecto a la muerte de personas inocentes en la guerra, afirma lo que sigue: "Agrego que, una vez ocupada la ciudad y hallándose fuera de peligro el vencedor, ya no le sería lícito al rey triunfante matar a los inocentes, como son los niños, los religiosos y los clérigos, que no prestan auxilio al enemigo. La razón es clara; porque siendo ellos inocentes y no siendo menester su muerte para el fin de la victoria, sería herético sostener que se les puede matar".⁽¹⁰⁾

Hace Vitoria, relación a la historia del Emperador Teodosio, que fue excomulgado por San Ambrosio, hasta que hizo penitencia, por haberse entregado al saqueo y dar muerte a los inocentes en la ciudad de Tesalónica. Para reforzar su argumento, rebate los de quienes sostienen que la muerte de los inocentes puede prevenir acciones futuras por parte de estos. Al respecto, de manera magistral, y con un gran sentido humanista dice Vitoria: "Hay algunos que dicen que si no será lícito matar a algunos que ahora son inocentes y no dañan, pero que si quedan con vida nos dañarán después. Parece que no, puesto que de hecho no dañan. Contra esto preguntan a quien aprovecha perdonarlos ahora, si en el futuro guerrearán contra nosotros. Yo —digan lo que digan los soldados— respondo que tal cosa no es lícita. No pueden ser muertos los hijos de los infieles, porque ninguna injuria nos hicieron".⁽¹¹⁾

Vitoria, analizando si es lícito para los cristianos hacer la guerra, afirma que su declaración corresponde al Estado, pero sólo es lícita cuando tenga causa justa. Para hacer la guerra la única y sola causa justa es la injuria re-

(8) Véanse Los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949, Comité Internacional de la Cruz Roja, Madrid 1970, en particular lo dispuesto por los artículos 3 del Primer y Tercer Convenio, 13 del Tercero y 17, 33 del Cuarto, entre otros, la Resolución XXIII sobre la Protección de los Derechos Humanos en los Conflictos Armados aprobada por la Conferencia Internacional de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, celebrada en Teherán del 22 de abril al 13 de mayo de 1968, y la Resolución 2444 (XXIII) de la Asamblea General de las Naciones Unidas de 19 de diciembre de 1968.

(9) Op. cit. p. 26 y 27.

(10) Op. cit. p. 27.

(11) op. cit. p. 29.

a quienes se opusieran a ella.⁽¹⁵⁾ Desde luego que Vitoria defiende la acción de la Corona española en sus intentos por imponer la religión católica en el Nuevo Mundo, pero fustiga la acción de los portugueses, tanto en estas como en otras tierras, en la trata de esclavos, lo cual estima contrario a la fe que se trataba de imponerles. Al respecto nos dice: "Mayor escrúpulo y más que escrúpulo es que ordinariamente los traen inhumanamente, no acordándose los señores que aquellos son sus prójimos, y de lo que dice San Pablo, que el señor y el siervo tienen otro Señor a quien el uno y el otro han de dar cuenta."⁽¹⁶⁾

Quienes sostenían el derecho de los españoles para apoderarse de los bienes y propiedades de los indios, lo hacían sobre el supuesto de que a éstos, por ser infieles, les estaba vedado tener propiedad alguna, a lo que responde Vitoria que el hombre le está dado el disfrutar de los bienes terrenales por haber sido creado a imagen y semejanza de Dios, y no por ser creyente o infiel, demostrando con todo tipo de argumentos y citas, que los "bárbaros" les corresponde el dominio sobre sus tierras, porque este: "se funda en ser el hombre imagen de Dios, pero el hombre es imagen de Dios por su naturaleza, esto es, por las potencias racionales, luego no se pierde por el pecado mortal",⁽¹⁷⁾ y agrega: "Que así como Dios hace salir el sol sobre los buenos y los malos y caer la lluvia sobre los justos y los pecadores, así también da los bienes temporales los buenos y los malos",⁽¹⁸⁾ para concluir que no es lícito despojar de sus bienes a sarracenos ni judíos, a luteranos o bárbaros, y que el hacerlo es "hurto o rapiña, lo mismo que si se hiciera a los cristianos".⁽¹⁹⁾ Es decir, para Vitoria, entre cristianos o infieles, para la ley de Dios, no hay diferencia ya que todos son iguales en derechos, por lo que ninguno puede despojar al otro de aquello que le pertenece, ni aún por la autoridad de la propia Iglesia ni la del Emperador, pues según la demuestra Vitoria El Papa no es señor civil o temporal de todo el orbe, y aunque tuviese tal potestad civil, no podría transmitirla a los príncipes seculares. En la concepción de Vitoria por Derecho Natural los hombres son libres y no existe en consecuencia nadie que tenga el dominio del mundo.

(15) Varias Bulas pontificias de Clemente VI, Matin V y Nicolás V, habían establecido ya derechos de posesión territorial a favor de España y Portugal, pero la más célebre fue la Bula Inter Caetera.

(16) Relecciones sobre los Indios, Espasa-Calpe, Madrid 1975. p. 23.

(17) Op. cit. p. 42.

(18) Op. cit. p. 43.

(19) Op. cit. p. 44.

Bien podría afirmarse que Vitoria, al hacer la crítica del derecho de conquista, hasta entonces absoluto, y limitar los derechos del conquistador, afirmando los derechos inalienables de los pueblos indígenas, se convirtió en el primer precursor de los movimientos anticolonialistas, tan en boga en el siglo XX, y que condujeron, a partir de la aprobación de la Carta de las Naciones Unidas, la labor del Consejo de Administración Fiduciaria, y en particular de la aprobación de las Resoluciones 1514 y 1541 (XV) del 14 de diciembre de 1960, ambas de la Asamblea General de las Naciones Unidas, al proceso multiplicador de la comunidad internacional, mediante la descolonización, que hizo pasar la comunidad internacional actual de escasos 51 Estados independientes al firmarse la Carta de San Francisco, al final de la Segunda Guerra Mundial, a más de 159 hoy día.

Como lo hemos visto se opuso a la opresión de los indígenas, cuestionando la legitimidad de la conquista en momentos en que España era la más importante Potencia colonial y Militar de Europa, y aunque aceptó la colonización, lo hizo sólo en la medida en que ésta fuera pacífica y permitiera a los españoles convivir con los pueblos aborígenes, enseñarles el cristianismo, ordenando todo más el provecho de éstos que al suyo propio. Adoptó así una posición revolucionaria para su época, anticipándose en muchos siglos a establecer principios de justicia en las relaciones internacionales, que después serían aceptados por toda la comunidad internacional.

VITORIA Y LA COMUNIDAD INTERNACIONAL

Francisco de Vitoria concibió que los hombres y los pueblos constituyen una comunidad mundial de naciones. Es aquí donde se plantea el problema de las relaciones entre los pueblos de la Europa cristiana con los pueblos infieles del Nuevo Mundo, puesto que las naciones del mundo Antiguo no reconocían en los demás pueblos a sus iguales sino tan sólo a sus enemigos, o a lo sumo a sus aliados, dejando al uso de la fuerza el derecho de conquista.

Vitoria reflexiona sobre los nuevos hechos y la necesidad de establecer intercambios comerciales entre los pueblos de "todo el orbe". Enunció la noción de una comunidad mundial de los hombres y de los pueblos, señalando que basta el consentimiento de la mayor parte de los pueblos del Orbe para dar fuerza de ley internacional a instituciones y determinaciones del derecho de gentes.

Finalmente sostuvo que la sociedad universal existiría desde el momento mismo de la creación, y que estaba formada por la multiplicación y subsiguiente diversificación de los hombres en pueblos, que mantenían sus lazos societarios por relaciones libres de común consentimiento. Hay varios principios que el dominio establece como necesarios para la comunidad internacional positiva: a) Universalidad, b) Igualdad jurídica de los Estados, c) El bien común internacional, y d) Respeto al Derecho de Gentes.⁽²⁰⁾ El profesor Antonio Truyol y Serra afirma lo siguiente: "La idea del totus orbis, de la humanidad concebida como una persona moral que agrupa a todos los estados sobre la base del derecho natural, es sin duda la concepción más grandiosa e innovadora del Francisco de Vitoria. Sin suprimir totalmente la idea de cristiandad, tan cara a la Edad Media, y cuyo principio motor era la profesión de una misma fe religiosa, aquella otra idea, sin embargo acabó por instalarse como el eje del sistema de relaciones internacionales. Fue ella la que, con el tiempo, permitió la incorporación sucesiva de los estados no cristianos a la comunidad internacional. Gracias a ella tiene el Derecho Internacional moderno un carácter universal, y es por ella, por consiguiente, por lo que Vitoria debe ser llamado, a justo título, fundador del derecho internacional moderno".⁽²¹⁾

INFLUENCIA DE VITORIA EN OTROS AUTORES

La obra y el pensamiento de Vitoria influirá en otros autores, que al desarrollar el derecho internacional, tendrán en cuenta la obra del maestro dominio. Así, Grocio, a quien por mucho tiempo se consideró el padre de esta disciplina, cita en sus obras reiteradamente las tesis de Vitoria y recoge las enseñanzas de éste, formulando a partir de ellas su propio planteamiento.

(20) Estos principios, junto con otros expuestos en este mismo trabajo y enunciados por Vitoria, se encuentran hoy día incorporados al Derecho Internacional por la Asamblea General de las Naciones Unidas, según la resolución 2625 (XXV) de 24 de octubre de 1970 sobre los Principios de Derecho Internacional referentes a las Relaciones de Amistad y Cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas. La mencionada Declaración, hizo un llamado a todos los Estados para que se guíen por tales principios en su comportamiento internacional, y a que desarrollen sus relaciones mutuas sobre la base del estricto cumplimiento de ellos.

(21) Citado por Zavala, Silvio. Las Instituciones Jurídicas en la Conquista de América, Editorial Porrúa, México 1971, Segunda Edición, p. 45.

Tanto en su "Mare Liberum" como en "Iure Praede" y fundamentalmente en su obra cumbre "De Iure Belli Ac Pacis" considerando como el primer Tratado sistemático de Derecho Internacional, el ilustre autor toma diversas ideas expuestas por Vitoria, para desarrollarlas, entre otras la del libre comercio entre las naciones, el derecho de ocupación y la solución pacífica de las controversias por medio del diálogo y el arbitraje. Lo mismo hace Samuel de Pufendorf en el siglo XVII, que en su obra capital "De Iure natural et gentium liberi acti" publicada en 1672, hace un análisis crítico de las ideas de Vitoria, de quien disiente pero no desconoce su valiosa contribución al Derecho Internacional.

El profesor Henri Pirenne, en su gran "Historia Universal" nos dice: "Francisco de Vitoria inauguraba, al mismo tiempo que Maquiavelo, la ciencia política. Pero contrariamente al pensador florentino, que coloca la razón de Estado por encima de todas las reglas de moral el español aspira a subordinar el derecho público a la moral cristiana y con asombrosa valentía enseña en su De Indis que el derecho de conquista tiene sus límites y que la colonización impone deberes... La obra del polígrafo holandés Hugo Grocio, en el siglo XVII, no es más que una continuación de la de los españoles".⁽²²⁾

CONCLUSIONES

Sin duda alguna Fray Francisco de Vitoria sentó las bases para el desarrollo y posterior sistematización del Derecho Internacional. Su preocupación por la paz entre las naciones como fundamento esencial para la convivencia internacional y la solución política de los conflictos internacionales, son dos ideas centrales que guían a la comunidad internacional actual.

Dentro de los aportes más notables de Vitoria está la modificación a la idea reinante de que la guerra era un instrumento legítimo de los Estados, ya para modificar una situación desfavorable ya para imponer sus ambiciones territoriales o políticas, sin importar el derecho de los más débiles. Es gracias a las ideas de Vitoria que comenzaron a plantearse las primeras regulaciones al derecho de guerra y que se humanizó el mismo. Es obvio que en la actualidad, aunque ilegítima conforme al ordenamiento internacional general, la guerra se sigue practicando, pero la conciencia internacional de que es necesario acabar con ellas y hacer prevalecer el diálogo y la negociación, cuentan en Vitoria a uno de sus más tempranos y caros exponentes.

(22) Pirenne, Jacques. Historia Universal, Editorial Exito S.A. Barcelona, España, 1972, página 372.

En la evolución del Derecho Internacional, Vitoria liga indisolublemente el nombre de Europa, origen y fuente de las normas primigenias del mismo, al de América Latina cuyo descubrimiento, conquista y posterior independencia han contribuido tanto al desarrollo de éste. Las principales Relecciones de Vitoria se refieren a la inevitable relación entre España y sus colonias de América, vale decir a la relación de Europa y el Nuevo Mundo.

Sus enseñanzas contra las guerras de conquista y agresión, contra el exterminio del enemigo y las prácticas crueles e inhumanas, aunque insuficientes para modificar el curso de los acontecimientos de la historia, abrieron caminos que marcaron nuevos rumbos al derecho internacional, y fueron forjando las ideas y principios que hoy regulan las acciones de la comunidad internacional.

Hoy, como siempre, es válida la enseñanza del Maestro de Alava, Fray Francisco de Vitoria, de que no existirá paz entre los hombres hasta que se proscriba la violencia y hasta que la justicia impere en las relaciones internacionales.

EL SISTEMA PORCENTUAL DE ELECCION DE DIPUTADOS

Cristóbal Montoya
Master en Economía Agrícola
Profesor Universidad de Costa Rica

En la historia de la política costarricense, el sistema porcentual de elección de diputados ha sido el más discutido y controvertido. Este sistema, que se estableció en 1949, ha sido objeto de numerosas críticas y reformas. En 1971, el Congreso aprobó una reforma que modificó el sistema, pasando de un sistema porcentual a un sistema de mayoría simple. Sin embargo, el sistema porcentual sigue siendo un tema de debate en la política costarricense.

El sistema porcentual de elección de diputados ha sido criticado por ser injusto y por no representar adecuadamente a la población. Los críticos argumentan que este sistema favorece a los partidos políticos establecidos y dificulta la participación de los partidos pequeños y nuevos. Además, se argumenta que el sistema porcentual no garantiza la representación proporcional de la población.

Por otro lado, los defensores del sistema porcentual argumentan que este sistema garantiza la representación proporcional de la población y evita la fragmentación del poder. Además, se argumenta que el sistema porcentual es más fácil de entender y aplicar que otros sistemas de elección de diputados.

El debate sobre el sistema porcentual de elección de diputados continúa. Los críticos continúan argumentando que el sistema es injusto y que no representa adecuadamente a la población. Los defensores del sistema porcentual continúan argumentando que este sistema garantiza la representación proporcional de la población y evita la fragmentación del poder.

Además, se argumenta que el sistema porcentual es más fácil de entender y aplicar que otros sistemas de elección de diputados. Sin embargo, el sistema porcentual sigue siendo un tema de debate en la política costarricense.

Introducción

En los últimos años, en Costa Rica se han propuesto sistemas de elección de diputados tendientes a eliminar la lista bloqueada, y así permitir el voto directo por candidatos representantes de las comunidades. Se pretende lograr una representación más equilibrada de todas las regiones del país. Sin embargo, en todas las propuestas se introduce el sistema mayoritario de elección, en forma total, o parcial, lo que atenta contra el principio constitucional expresado en el artículo 95 inciso 6 de la Constitución Política, que dice: "La ley regulará el ejercicio del sufragio de acuerdo con los siguientes principios: ... 6) Garantías de representación para las minorías".⁽¹⁾

A continuación se presentará un sistema que logra la representación de zonas geográficas al tiempo que mantiene el principio constitucional citado. Por no tratarse de una combinación de los sistemas mayoritario y proporcional, me he permitido llamarlos "porcentual".

Antecedentes

El Código Electoral costarricense, en sus artículos el 134 al 139, establece el sistema de cociente, subcociente y residuo mayor como medio de elección de los diputados de cada provincia. Los partidos políticos presentan una papeleta por provincia, con los nombres ordenados por las Asambleas Nacionales, pero el elector no tiene la posibilidad de escoger entre la lista, lo que ha provocado, en primer lugar, que "el representante caso nunca es electo por su propia fuerza dentro de los electores de su comunidad, sino por su capacidad de lograr que se le incluyan en una lista provincial".⁽²⁾

Además, la ley no exige que el candidato proceda del lugar que dice representar. Reza el artículo 77 del Código Electoral: "Como el diputado se elige por la Nación, queda prohibida la nominación simultánea de una persona como candidato a Diputado por diferentes provincias. Cuando tal ocurra,

(1) Constitución Política de la República de Costa Rica. San José: Imprenta Nacional, 1978. p. 23.

(2) Facio, Gonzalo. La Nación, 3 de noviembre de 1979. p. 15 A.

el Director del Registro Civil, tomando en cuenta la voluntad del candidato respectivo, inscribirá una de las nominaciones suprimiendo las demás".⁽³⁾

En segundo lugar, se ha acostumbrado reservar lugares importantes de las papeletas a políticos relacionados con cantones de gran población, aunque no necesariamente residan ahí. Esto ha causado que algunas zonas tengan varios representantes de diferentes partidos, mientras que algunas nunca tienen un diputado.⁽⁴⁾ También, por situaciones casuales, algunas zonas llegan a tener un número de diputados desproporcional a su población. En 1978, el pequeño cantón de Naranjo tuvo cuatro diputados, igual al número de diputados que tuvieron las provincias de Heredia y Limón.⁽⁵⁾

Para corregir estos problemas, se ha sugerido que alguna proporción de la Asamblea Legislativa sea electa por el sistema proporcional de lista bloqueada y el resto por el sistema mayoritario de distritos electorales. Esta propuesta no reduce los males, sino que los acrecenta, al mantener los problemas del sistema actual y sumarle el principal problema del mayoritario, cual es la imposibilidad de representación de las minorías. El sistema mayoritario es, además, inconsistente matemáticamente, ya que un partido puede obtener una mayoría de escaños en el parlamento con una minoría de votos en todos el país. Hay múltiples ejemplos de estas situaciones, como el caso de las elecciones británicas de 1951 donde el Partido Laborista obtuvo el 48.8% de los votos totales contra el 48.0% del Partido Conservador, pero el primero tuvo 295 escaños en la Cámara de los Comunes mientras que el Partido Conservador obtuvo 321. En Canadá, entre 1935 y 1957, el Partido Liberal tuvo grandes mayorías en el Parlamento, pero solo en una ocasión obtuvo la mayoría de los votos.⁽⁶⁾

Generalidades del sistema porcentual

El sistema porcentual que presento permite la representación de todos los partidos en proporción al número de votos obtenidos, y de todas las zonas

- (3) Tribunal Supremo de Elecciones. Código Electoral y otras disposiciones conexas. San José: Imprenta Nacional, 1985, p. 64.
- (4) En el período 1986-1990, los 57 diputados tenían su residencia, antes de las elecciones, en 23 cantones de un total de 81 que hay en el país. Sin embargo, hay una concentración de los diputados, 15 de ellos en el cantón Central. Hay cantones (v.g. Acosta, Dota, Bagaces y Esparza) que no han tenido diputados por más de cien años. Conversación con el Sr. Felipe Fernández, Subdirector de archivo de la Asamblea Legislativa.
- (5) Consulta personal en la Asamblea Legislativa.
- (6) Curtis, Michael. Comparative Government and Politics. New York: Harper and Row. 1968. p. 116-117.

del país en proporción al número de habitantes, permitiendo el voto directo por un candidato local.

Para aplicar el sistema, el territorio se divide en un número de circunscripciones electorales igual al número de escaños, tratando de lograr una cantidad similar de habitantes en cada circunscripción. Los partidos políticos presentarían un candidato y un suplente por cada circunscripción. Para determinar el número de escaños correspondiente a cada partido, se procede a sumar los votos obtenido por cada uno en todo el territorio y a asignar su número de representantes proporcionalmente. La diferencia con respecto a los sistemas mayoritario y proporcional de lista bloqueada consiste en que las circunscripciones que representarían los partidos serían aquellas donde el partido obtuvo los mayores porcentajes.

En el ejemplo del cuadro 1 se presentan 10 circunscripciones hipotéticas en una región determinada.

El partido "A" obtuvo el 50% de los votos y entonces representaría aquellas 5 circunscripciones donde obtuvo los mayores porcentajes (circunscripciones 1, 7, 8, 9 y 10). El partido "B" representaría un total de cuatro circunscripciones, que serían aquellas donde obtuvo sus cuatro mayores porcentajes y que han sido adjudicadas al partido "A" (circunscripciones 2, 4, 5 y 6). El Partido "c" representaría la circunscripción 3.

Como se observa en el cuadro, la representación de una circunscripción determinada no la obtiene necesariamente el partido con mayor número de votos, ya que esto sería caer en el sistema mayoritario. Si el sistema mayoritario se aplicara a este ejemplo, el partido "A" sería el representante de 8 de las 10 circunscripciones y el partido "B" de las otras 2, quedando sin representación el partido "C". Lo que el sistema porcentual logra es una mayor probabilidad de elegir aquellos candidatos con mayor apoyo local.

Aplicación del sistema en Costa Rica

Para simular el funcionamiento del sistema porcentual, se presenta una hipotética conformación de 42 circunscripciones (cuadro 2), repartidas entre las provincias de Costa Rica de acuerdo al número de habitantes en 1973. En el cuadro 3 se presentan los porcentajes reales obtenidos por los partidos políticos en la elección de diputados de 1974 en la provincia de San José. En esa elección se presentó la mayor distribución de los votos entre partidos políticos en los últimos tiempos. Como se observa, el sistema asegura que el partido mayoritario representará las circunscripciones donde obtuvo mayores porcentajes, y que los otros partidos representarán, la mayoría de las veces, a aquellas regiones donde obtuvieron los porcentajes más altos.

Cuadro 1
Votación hipotética en una región

	CIRCUNSCRIPCIONES										TOTAL
	1	2	3	4	5	6	7	8	9	10	PARTIDO
Votos "A"	57	54	46	42	43	42	53	54	55	54	500
% circuns	51.8 *	49.1	51.1	44.2	43.0	46.7	53.0	51.4	55.0	54.0	*
Votos "B"	39	44	29	43	45	41	37	41	40	41	400
% circuns	35.0	40.0 *	32.2	45.3 *	45.0	45.6	37.0	39.0	40.0	41.0	*
Votos "C"	14	12	15	10	12	7	10	10	5	5	100
% circuns	12.7	10.9	16.7 *	10.5	12.0	7.8	10.0	9.5	5.0	5.0	*
VOTOS TOT	110	110	90	95	100	90	100	105	100	100	1000
CIRCUNS											

* circunscripción que sería representada por ese partido.

Cuadro 2
Circunscripciones electorales propuestas

1. Carmen, Catedral y Zapote de Central, San José
2. Merced, La Uruca y Pavas de Central, San José
3. Hospital y Mata Redonda de Central, San José
4. San Francisco y San Sebastián de Central, San José
5. Hatillo de Central y Alajuelita, San José
6. Escazú, Mora y Santa Ana, San José
7. Central, San Antonio, Patarrá, Damas y San Rafael Abajo de Desamparados, San José
8. San Rafael Arriba, San Miguel, San Juan Frailes, San Cristóbal y Rosario de Desamparados y Aserrí, San José
9. Tarrazú, Dota, León Cortés y San Isidro de El General de Pérez Zeledón, San José
10. Puriscal, Acosta y Turrubares, San José
11. El Carmen y Rancho Redondo de Goicoechea, Coronado y Moravia, San José
12. Guadalupe, San Francisco e Ipís de Goicoechea, San José
13. Calle Blancos de Goicoechea y Tibás, San José
14. Montes de Oca y Curridabat, San José
15. Pérez Zeledón (excepto San Isidro de El General), San José
16. Central, Carrizal, San Isidro, Sabanilla y Sarapiquí de Alajuela, Alajuela
17. San José, San Antonio, La Guácima, San Rafael, Río Segundo, Desamparados, Turrubares, Tambor y La Garita de Alajuela, Alajuela
18. San Ramón y Palmares, Alajuela
19. San Mateo, Atenas, Naranjo, Orotina y Alfaro Ruiz, Alajuela
20. Grecia, Poás y Valverde Vega, Alajuela
21. San Carlos (excepto Venado), Alajuela
22. Venado de San Carlos, Upala, Los Chiles y Guatuso, Alajuela
23. San Nicolás, Tierra Blanca, Llano Grande de Central y La Unión, Cartago
24. Occidental, Carmen Guadalupe, Corralillo de Central y El Guarco, Cartago
25. San Francisco, Dulce Nombre y Oriental de Central y Paraíso, Cartago
26. Jiménez, Alvarado y Oreamuno, Cartago
27. Turrialba, Cartago
28. Central y Sarapiquí, Heredia
29. Barva, Santa Bárbara, Belén y Flores, Heredia
30. Santo Domingo, San Rafael, San Isidro y San Pablo, Heredia

31. Liberia, Carrillo y La Cruz, Guanacaste
32. Nicoya, La Mansión y Sámara de Nicoya, Nandayure y Hojancha, Guanacaste
33. San Antonio y Quebrada Honda de Nicoya y Santa Cruz, Guanacaste
34. Bagaces, Cañas, Abangares y Tilarán, Guanacaste
35. Puntarenas (excepto Central y Barranca) y Montes de Oro, Puntarenas
36. Central y Barranca de Puntarenas, Esparza y Garabito, Puntarenas
37. Buenos Aires y Coto Brus, Puntarenas
38. Golfito y Corredores, Puntarenas
39. Osa, Aguirre y Parrita, Puntarenas
40. Limón y Talamanca, Limón
41. Guácimo (excepto Mercedes y Pocora) y Pococí, Limón
42. Mercedes y Pocora de Guácimo, Siquirres y Matina, Limón

La lista provincial como una variante del sistema porcentual

Además de los aspectos mencionados sobre el sistema de elección de diputados, hay otros aspectos electorales que también han sido comentados en el país como son las elecciones parlamentarias de medio período; la elección de los llamados "diputados nacionales", que serían los principales dirigentes de los partidos a escala nacional; la necesidad de evitar el decrecimiento del porcentaje de representación de las provincias fuera del Valle Central —debido a que su población se reduce porcentualmente debido a la migración—; y la aplicación del cociente nacional para evitar la subrepresentación de partidos. Este último aspecto ha sido poco discutido, pero hay varios ejemplos de años recientes. En 1970, el Partido Frente Nacional obtuvo 16392 votos para diputados y el Demócrata Cristiano 13489 votos en todo el país, sin embargo, el primero no tuvo diputados y el segundo tuvo uno.⁽⁷⁾ En 1974, el partido Republicano Nacional obtuvo 32475 votos y el Acción Socialista 29310, pero el primero tuvo un diputado mientras que el segundo tuvo dos.⁽⁸⁾ En 1978 el Partido Unificación Nacional obtuvo 25824 votos en todo el país, el Frente Popular 12834 y el Unión Agrícola Cartaginés (sic) 7887. El primero no tuvo representantes, pero los otros dos tuvieron un diputado cada uno.⁽⁹⁾

(7) Tribunal Supremo de Elecciones. Cómputo de votos y declaratorias de elección. San José: Imprenta Nacional. 191.

(8) Tribunal Supremo de Elecciones: Imprenta Nacional. 1975.

(9) Tribunal Supremo de Elecciones. Cómputo de votos y declaraciones de elección. San José: Imprenta Nacional. 1979.

Cuadro 3
Porcentajes de votación más altos por circunscripción¹
Elecciones de 1974. Provincia de San José

#	P.L.N.	#	P.U.N.	#	P.R.D.	#	P.N.I.	#	P.R.N.	#	P.A.S.
* 15	58.71	6	26.53	* 3	14.06	9	12.94	8	10.26	5	6.35
* 9	52.32	10	26.25	* 1	13.36	* 11	12.18	11	7.17	4	5.95
* 8	50.63	* 5	25.65					4	7.11	* 13	5.65
* 10	50.61	* 4	25.61					* 12	6.78		
* 7	40.97	* 14	24.92								
* 6	40.07	* 2	24.79								
		* 2	23.05								

1: según la conformación del cuadro 2

*: circunscripción que representará el partido

#: número de la circunscripción según el cuadro 2

P.L.N.: Partido Liberación Nacional, con un total de 6 representantes

P.U.N.: Partido Unificación Nacional, con un total de 4 representantes

P.R.D.: Partido Renovación Democrática, con un total de 2 representantes

P.N.I.: Partido Nacional Independiente, con un total de 1 representante

P.R.N.: Partido Republicano Nacional, con un total de 1 representante

P.A.S.: Partido Acción Socialista, con un total de 1 representante

Para solventar estos cuatro aspectos, se puede aplicar una variante del sistema porcentual basado en una representación igualitaria de las provincias del país.

En el cuadro 4 se presenta un territorio hipotético dividido en cinco regiones, cada una de las cuales tendría dos representantes. Cada partido presentaría una lista de dos candidatos y suplentes por cada región.

Con base en una distribución proporcional de los votos de todo el territorio, el partido "A" obtendría 6 escaños, "B" obtendría 3 y "C" obtendría 1. El partido "A" tendría un representante de cada región, y el sexto sería de aquella donde obtuvo el mayor porcentaje de votos (región 2). El partido "B" representaría las 3 regiones donde obtuvo los mayores porcentajes pero sin incluir a la región 2 que ya completó su número de representantes. Estas serían las regiones 1, 3 y 4. El partido "C" representaría la región 5.

Esta modalidad se podría aplicar en Costa Rica a unas elecciones parlamentarias de medio período, dos años después de las presidenciales y de las elecciones de representantes de las circunscripciones.

Cuadro 4
Distribución de escaños en un territorio hipotético
Sistema porcentual de lista regional

Partidos		REGIONES					Total partido
		1	2	3	4	5	
"A"	% hipotético	58%	67%	61%	59%	60%	60%
	# escaños	1	2	1	1	1	6
"B"	% hipotético	32%	26%	31%	30%	28%	30%
	# escaños	1		1	1		3
"C"	% hipotético	10%	7%	8%	11%	12%	10%
	# escaños					1	1
		2	2	2	2	2	10

Partiendo de la proposición de 42 circunscripciones electorales, a medio período se elegirían los otros 21 diputados por medio de la variante explicada. Esto conformaría una Asamblea de 63 miembros, número impar que permite, además, que las dos terceras partes sea un número entero, para los casos de mayoría calificada.

Para aplicar la variante del sistema porcentual, a medio período se elegirían tres diputados por provincia. Cada partido propondría una papelería de tres candidatos y tres suplentes en cada una de las siete provincias del país y, de acuerdo al sistema de cociente y subcociente nacional, se adjudicarían los 21 escaños. En el cuadro 5 se simula la aplicación de esta modalidad a las elecciones de 1974.

Cuadro 5
Porcentajes de votación recibido por los principales partidos políticos
Elecciones de 1974. Por Provincias.

PROVINCIA	P.N.L.	P.U.N.	P.R.D.	P.N.I.	P.R.N.	P.A.S.	TOTAL
San José	40.06 (1)	23.37 (1)	10.05 (1)	8.69	5.56	4.31	(3)
Alajuela	44.32 (2)	25.09 (1)	9.19	11.95	2.69	1.93	(3)
Cartago	38.11 (1)	23.59 (1)	3.92	11.94 (1)	2.71	2.32	(3)
Heredia	41.07 (1)	22.66	7.45 (1)	9.84	7.36 (1)	5.69	(3)
Guanacaste	46.04 (2)	23.91 (1)	5.07	10.44	5.85	3.23	(3)
Puntarenas	38.26 (1)	29.81 (1)	4.03	10.36 (1)	5.66	7.34	(3)
Limón	36.93 (1)	32.62 (1)	2.29	7.06	4.98	13.94 (1)	(3)
TOTAL	(9)	(6)	(2)	(2)	(1)	(1)	(21)

Nota: los datos en paréntesis indican el número de escaños asignados si se utilizara el sistema porcentual de lista provincial.

Por medio del cociente nacional, el Partido Liberación Nacional tendría un total de 9 escaños. Eliría entonces un diputado de cada una de las

7 provincias (los primeros lugares de las papeletas) y los otros dos diputados serían los segundos lugares de las dos provincias donde ese partido obtuvo sus dos mejores porcentajes (Guanacaste y Alajuela). El Partido Unificación Nacional tendría un representante de cada una de las 6 provincias donde obtuvo sus mejores porcentajes. Los otros escaños se asignan en igual forma.

Resumen

La aplicación del sistema porcentual a las características de Costa Rica permitiría lograr:

- 1- La representación de los partidos en proporción al número de votos por medio de cociente, subcociente y residuo mayor;
- 2- La representación de todas las zonas del país en proporción al número de habitantes por medio de las circunstancias; y
- 3- La elección de representantes regionales donde el elector conoce a quién le da su voto.

Además, la utilización de la modalidad de listas provinciales para las elecciones de medio período permitiría lograr:

- 1- La comunidad de la labor legislativa;
- 2- La elección de representantes nacionales de los partidos por medio de papeletas;
- 3- Una representación mínima constante de todas las provincias, independiente del número de habitantes y
- 4- La aplicación de un cociente nacional para evitar la subrepresentación de los partidos.

Bibliografía citada

Constitución Política de la República de Costa Rica. San José: Imprenta Nacional, 1978.

Curtis, Michael. Comparative government and politics. New York: Harper and Row, 1968.

Facio Gonzalo, La Nación, 3 de noviembre de 1979, p. 15 A.

Tribunal Supremo de Elecciones. Código Electoral y otras disposiciones conexas. San José: Imprenta Nacional, 1985.

Tribunal Supremo de Elecciones. Cómputo de votos y declaratorias de elección. San José: Imprenta Nacional, 1971.

Tribunal Supremo de Elecciones. Cómputo de votos y declaratorias de Elección. San José: Imprenta Nacional, 1975.

Tribunal Supremo de Elecciones. Cómputo de votos y declaratorias de elección. San José: Imprenta Nacional, 1979.

LA ETICA EN LA CONTRATACION ADMINISTRATIVA

M. Sc. Carlos Eduardo Serrano Rodríguez
Vice Rector de Administración
Universidad de Costa Rica

LA ETICA EN LAS NEGOCIACIONES

La ética de la negociación se refiere a la conducta que debe seguirse en todo el proceso de negociación de las partes involucradas. La ética negociadora o conducta negociadora tiene como punto de partida el comportamiento de cada una de las partes involucradas. Es un hecho que la vida del hombre ha estado influenciada por la diferencia entre lo que cada uno quiere y lo que cada uno puede obtener. Ha pasado del intercambio de mercancías por intercambio de productos perecederos y a la compra y venta de bienes y servicios, a transacciones y productos de servicios de las industrias de las ciudades, como por ejemplo el comercio de bienes y servicios que incluye las actividades de los bancos y de las empresas de seguros.

De manera que el comportamiento del hombre en sociedad ha generado la necesidad de un concepto ético de lo que es bueno y de lo que no lo es, de lo que es correcto de lo que es incorrecto en las actuaciones. Significa que cada uno de los participantes (individuos, entidades, económicas, culturales, sociales y corporativas) que intervienen en un individuo.

La ética de la negociación se refiere a la conducta que debe seguirse en la parte administrativa. Las negociaciones administrativas se refieren a las actividades de negociación de las partes involucradas, principalmente en la relación entre el gobierno y el sector privado o público, entre el sector público y el sector privado y dentro del sector público y privado. Las negociaciones administrativas se refieren a las actividades de negociación de las partes involucradas, principalmente en la relación entre el gobierno y el sector privado o público, entre el sector público y el sector privado y dentro del sector público y privado.

El desarrollo ético de la negociación administrativa se refiere a la conducta que debe seguirse en la parte administrativa. Las negociaciones administrativas se refieren a las actividades de negociación de las partes involucradas, principalmente en la relación entre el gobierno y el sector privado o público, entre el sector público y el sector privado y dentro del sector público y privado.

Ante la necesidad de lograr un cambio en la actitud y mentalidad en los miembros de la sociedad costarricense, y sobre todo en el campo de las relaciones entre el estado y la comunidad, seguidamente se expondrá el tema de la ética y la moral en las negociaciones de la contratación administrativa, partiendo de los principios de que no se puede formar un país libre, sano y culto, sin la base de una sociedad honesta y de que en todo negocio sano debe coincidir el interés del negociante con la conveniencia pública, la cual es la base de la responsabilidad social.

I. LA ETICA EN LAS NEGOCIACIONES

La historia de la humanidad nos demuestra, que el ser humano, en todo el proceso de desarrollo de las civilizaciones, las cuales consciente o inconscientemente han sido puestas en práctica al desempeñarse en cualquier trabajo o actividad. En su lucha por la vida, el hombre ha tenido que entender la diferencia entre lo que está bien y lo que está mal. Es así como se ha pasado del respeto a los derechos particulares, a la propiedad privada y a la búsqueda de la verdad y la confianza, a costumbres y prácticas resultantes de las relaciones en sociedad, que son verdaderos códigos de ética y leyes que regulan las actuaciones del individuo y de los grupos sociales.

De manera que el comportamiento del hombre en sociedad ha generado la formación de un concepto clave de lo que es ético y de lo que no lo es, de lo que es correcto y de lo que es incorrecto en sus actuaciones. Significado que varía según los principios filosóficos, políticos, económicos, culturales, sociales y religiosos que caracterizan a los individuos.

En la actividad comercial en general, y específicamente en la contratación administrativa, los principios éticos tienen su fundamentación en los postulados de la religión cristiana, propiamente en la Biblia; y éstos están presentes en toda forma de conducta pública o privada, debiendo ser manejados de manera firme y decidida para que las personas, instituciones y las empresas pueden prosperar e inspirar respeto en el comercio. Mejor dicho, las normas éticas son necesarias para cualquier actividad humana organizada, y más para un estado de derecho como es Costa Rica, cuya vida se sustenta en el principio de legalidad.

El desempeño eficiente y el mantenimiento de una alta moralidad, pública y privada, es crucial para lograr efectividad en el desarrollo de las nego-

ciaciones. Sobre todo en el ambiente convulso y de contradicciones que viven las sociedades actuales, donde la moralidad se relaciona con el grado que los individuos y la sociedad reconocen los abusos y hechos delictivos y donde se enfrentan, cotidianamente, los intereses particulares a los intereses públicos, sin importar si la riqueza o el lucro se obtienen lícita o ilícitamente. Al respecto, creo importante hacer mención de lo expresado por O.P. Dwivedi, Director del Proyecto sobre Ética en el Servicio Público, Universidad de Guelph, Ontario, sobre este asunto:

“...La ética refleja la perspectiva de una sociedad sobre la conducta humana y define las acciones como buenas o malas con referencia a una norma o criterio, tal como esa sociedad lo ha impuesto o para lo cual es especialmente relevante... También debemos recordar que la conducta inmoral solo puede determinarse en relación a un acto, actitud o comportamiento que se estima contrario a las prácticas comúnmente definidas por cierto estado, en un momento dado en el campo de la moralidad política y administrativa...”⁽¹⁾

Esto nos lleva a reconocer que el tema de la ética es sumamente complejo, que implica aspectos filosóficos y criterios subjetivos, cuya fuente es la esencia misma del ser humano.

La conducta ética en la contratación administrativa tiene que ver con el ordenamiento jurídico vigente, con los principios morales que practica la sociedad y con todos aquellos actos contrarios a los valores públicos y al interés social. Por lo tanto, dentro de las prácticas que se consideran no éticas se pueden citar las siguientes: el incumplimiento a las leyes y reglamentos oficiales; conductas contrarias a los principios morales de la sociedad; sobornos; malversaciones de fondos; recibo de prebendas; abuso de poder; el favorecimiento de parientes y amigos; filtración o mal uso de la información oficial; el enriquecimiento ilícito; el incumplimiento de deberes; mal uso de los recursos públicos, y aceptar obsequios y diversiones impropias.

Con esta lista no pretendo ser exhaustivo, sino que sirva de referencia para identificar conductas no éticas, ya que como lo expuse anteriormente, en gran medida su calificación depende de los juicios de valor y normas legales prevalecientes en cada sociedad.

(1) Dwivedi, O. P. Ética en el Servicio Público, ICAP, San José, Costa Rica, 1977. Págs. 10, 11 y 12.

II. LA ÉTICA EN LOS COMPRADORES

Por lo general, la opinión que se mantiene en el medio comercial es de que la actividad está rodeada de corrupción, o de que es potencialmente corrupta; y siempre es fuertemente cuestionada la actitud del personal que se encarga de ejecutar la contratación administrativa, manteniéndose sospechas, rumores y comentarios negativos sobre la honestidad de quienes la ejecutan. Para bien o para mal, siempre es el blanco de críticas, dados los intereses tan divergentes que interactúan. Se trata de una situación imposible de superar, ya que siempre hay ganadores y perdedores al adjudicar contrataciones, dándose los conflictos de intereses.

Dentro de las conductas éticas cabe mencionar las siguientes para el personal de las oficinas de proveeduría:

- El cumplimiento del principio de legalidad.
- Tener certeza de que las decisiones y acciones son correctas.
- Mantener la honestidad y la integridad moral en todo momento.
- Demostrar dignidad en el ejercicio del cargo y el cumplimiento del trabajo.
- Ser ecuánime e imparcial en las actuaciones.
- Ser objetivo y ofrecer lealtad a la empresa o institución a la que sirve.
- Desarrollar buen carácter y buen juicio en sus actuaciones.
- Practicar lo que se recomienda hacer.
- Evitar las situaciones comprometedoras al relacionarse con los agentes comerciales.
- Evitar las relaciones informales con aquellos agentes considerados como influencias dudosas.
- Ser cortés y justo.
- Desarrollar una gestión de liderazgo en el área de la conducta ética.
- Comprar sin perjuicios.

En general, las personas que se desempeñan en puestos que tengan relación con la compra de bienes y servicios deben hacer ingentes esfuerzos por mantenerse por encima de la sospecha o duda de comportamiento deshonesto en todo momento y bajo cualquier circunstancia; rechazando y denunciando toda propuesta inmoral de quien sea, ante los organismos judiciales correspondientes.

Pero para lograr ésto se requiere una identificación estricta a un sólido código de ética y aunque no existe uno de carácter universal, sí considero conveniente sugerir la aplicación del código desarrollado por la Asociación

Nacional de Agentes de Compras de los Estados Unidos, que para el tema que nos ocupa se adapta muy bien a nuestro medio:

“...Considerar, ante todo, los intereses de la empresa en toda transacción, y llevar a cabo sus políticas y creer en ellas.

Ser receptivo a los consejos de los colegas competentes y guiarse por tales consejos sin menoscabar la dignidad y responsabilidad de su cargo. Comprar sin prejuicio, procurando obtener el máximo valor final por cada colón que gaste.

Esforzarse sin cesar por conocer los materiales y los procesos de manufactura, y establecer métodos prácticos para el manejo de su oficina.

Adherirse y trabajar en pro de la honestidad y de la veracidad en las actividades de compras y ventas y denunciar cualquier forma y manifestación de soborno comercial.

Recibir con prontitud y amabilidad, siempre que las condiciones lo permitan, a todos los que vienen a verlo en auténtica misión de negocios.

Respetar sus obligaciones y exigir que se respeten las obligaciones que otros tienen con usted y con sus organización, de conformidad con las buenas prácticas de negocios.

Evitar la práctica deshonestas.

Prestarles asesoría y ayuda a sus colegas de compras en el desempeño de sus obligaciones.

Cooperar con todas las organizaciones y todos los individuos comprometidos en las actividades diseñadas para incrementar el desarrollo y la buena reputación de las compras...”⁽²⁾

Complementariamente, es necesario crear una ética en el trabajo, para que se considere a éste como el interés central de la vida del empleado que se dedica a cada tarea de la contratación administrativa y que se le vea como una meta vital deseable; que en el tanto exista satisfacción en el trabajo, habrá compromiso e identificación con los objetivos y metas institucionales, lográndose una obligación moral y un cambio de mentalidad en los individuos para conseguir la eficiencia y la eficacia en el servicio que se brinde.

(2) Messner, William. *La Gerencia de Compras*. Editorial Norma, Colombia, 1986. Pág. 328.

III. LA ETICA EN LOS VENDEDORES

Pero no solo el funcionario de la Oficina de Compras debe aplicar normas éticas, también tiene que hacerlo el representante de cada casa comercial privada que le vende bienes y servicios a las instituciones del Estado. Si bien el vender es básicamente el arte de llevar a un comprador a hacer lo que el vendedor quiere, en el intercambio que se genera en la contratación no puede pasarse por alto el interés social.

Tampoco puede obviarse que son recursos públicos los que se están comprometiendo en las negociaciones. De manera que en la relación de comprador a vendedor tienen que darse muchas consideraciones éticas, reconocerlo es primordial para lograr una conducta moral adecuada a los principios que rigen la vida en sociedad.

En una negociación, el proveedor de bienes y servicios tiene que manifestar, en forma clara, consideraciones éticas sobre aspectos tales como: cumplimiento del ordenamiento jurídico; condiciones de calidad y económicas justas; garantías sobre las mercancías y servicios; cumplimiento de plazos y lugares de entrega; respeto a los márgenes de utilidad fijados oficialmente; entregar las cantidades ofrecidas; cumplir con las especificaciones técnicas de los carteles de licitación; no ofrecer regalos, dádivas o comisiones a los compradores para comprometerlos en sus decisiones y acciones; no hacer uso de compadrazgos o padrinazgos para concretar las ventas; y en general, decir siempre la verdad.

Esto nos demuestra que los vendedores tienen obligaciones definidas para con los compradores, y de que además de las prácticas éticas de los funcionarios de las oficinas de compras, se requieren proveedores éticos, para evitar abusos, arbitrariedades y contubernios entre los funcionarios públicos y los particulares que contratan con el Estado, ya que en la contratación administrativa necesariamente se requieren dos personas para hacer un buen trato.

En toda organización, el establecimiento de una conducta ética, aunque contenga muchos deberes y restricciones específicas, no se puede esperar que cubra todas las situaciones que pudieran presentarse en una negociación, dependiendo su calificación del momento, la circunstancia o la situación concreta.

En la práctica, el sentido común y los juicios de valor deben utilizarse frecuentemente para juzgar situaciones específicas que se presentan en el proceso de la contratación; y no se debe olvidar que siempre, detrás de un comprador inmoral, tiene que haber un vendedor también inmoral.

En conclusión, un comprador y un vendedor considerados y juiciosos, dedicados a normas éticas firmes, pueden hacer mucho para elevar la estatura

vendedor. También uno, como el otro deben ser honestos, decentes, corteses, agradables, juiciosos, atentos, justos, capaces, moralmente responsables, pacientes, emocionalmente estables, respetables, leales y decir siempre la verdad para tener éxito. Ambos sectores de interés tienen una responsabilidad social que cumplir, la cual no pueden soslayar en las negociaciones. La probidad, el ejercicio decente de la función pública y el respeto a los principios jurídicos, son atribuciones exigibles a todos aquellos responsables de la administración y empresas privadas que participan en las contrataciones. Entenderse que en todo negocio sano debe coincidir el interés del negociante con la conveniencia pública, lo cual es la base de la responsabilidad social.

RESEÑA BIBLIOGRAFICA*

Lic. Eduardo Ortiz Ortiz
Especialista en Derecho Público
Abogado costarricense

* Presentación del libro DERECHO PRIVADO, de Víctor Pérez Vargas, en el Colegio de Abogados, el día viernes 1 de julio de 1988.

Es para mí un alto honor presentar este libro de Víctor Pérez, porque es casi como presentarlo a él. El libro tiene sus virtudes y sus defectos: excepcionalmente agudo y esclarecedor, al tiempo que excesivamente conceptual. Pero si hacemos una mejor lectura advertimos que el conceptualismo va en función de la realidad en lugar de alejar de ella. Es una red de conceptos que primero fue una red de textos, captados no en su letra, sino en los tres aspectos decisivos de todo fenómeno jurídico: estructura, función y efectos, instrumentos éstos de realización de esa función. Es el realismo —no el conceptualismo— lo que permite formar conceptos a base de observación del fenómeno que presentan los problemas a resolver por el Derecho y éste mismo, como un ensayo de solución. En otras palabras: este conceptualismo de Víctor Pérez es inductivo y empírico, es científico, no extraído de conceptos previos a la realidad y a la ley y sin fundamento en ellas. Lo que ocurre es que aquí la realidad observada es ante todo la norma jurídica. Inevitable que surjan los matices, las distinciones y las clasificaciones, pues la realidad es compleja, sobre todo cuando es mixta, por incluir hechos y normas, entidades pertenecientes a diversos mundos, como ocurre con el Derecho. El punto de unidad Víctor Pérez lo ha encontrado en el hombre y en sus necesidades como clave de todo lo jurídico, en una posición muy cercana a la Jurisprudencia de Intereses. El interés del hombre, entendido como la necesidad cuya satisfacción de la norma, a la vez que en la medida de los efectos jurídicos, de los poderes y deberes que sirven para alcanzar aquella satisfacción, el interés jurídico se erige así en el centro del Derecho y sólo entendiéndolo se hace posible entender y sistematizar éste. El derecho subjetivo se convierte en la manifestación del interés predominante dentro de la relación jurídica, al tiempo que, correlativamente, el deber se convierte en la manifestación del interés subordinado y eventualmente sacrificado. El hombre es persona en cuanto capaz de producir o recibir efectos jurídicos para satisfacer intereses, provenientes de hechos o actos, como el negocio jurídico que no sólo despiertan necesidades y crean intereses en satisfacerlas sino que, además, programan y regulan su satisfacción, a la medida de las necesidades de las partes en la relación. De todo lo cual resulta la necesidad de entender el Derecho como el sistema de valoraciones creado por el hombre para resolver sus conflictos de intereses o simplemente para lograr su satisfacción, aun fuera de todo conflicto y de toda relación jurídica, cuando esos intereses son objetivos, a manera de fines reclamados más por la sociedad que por el individuo mismo, como ocurre con la institución de la familia. El Derecho se convierte así mucho más que en un conjunto de textos para saber qué hacer en las relaciones sociales, en un sistema de normas ajustadas a la satisfacción de inte-

reses, según sea la naturaleza, la jerarquía y los imperativos propios de estos últimos en la vida humana, individual y colectiva. El Derecho se convierte mucho más que en ingeniería social, como lo dijera un gran jurista norteamericano, en arquitectura colectiva, porque más que dar cuerpo y resistencia, consagra y crea forma, distribución y estilo de los recursos humanos y materiales, con el fin de conseguir paz y justicia sociales. Qué cercanos estamos ya del derecho Público y cuán leve luce, dentro de esta concepción, la clásica dicotomía de éste con el Derecho Privado, o a la inversa. Y es así como cobran luz en este libro que ahora presento, muchísimos temas que nadie más ha tratado en Costa Rica o, que en todo caso, nadie ha tratado como está tratados aquí. Es atendiendo a los intereses que Víctor Pérez nos habla –cosa insólita en este país tan perezoso para lo nuevo– del derecho a la voz, exactamente como hay derecho a la firma, y del derecho a la intimidad y a la privacidad, exactamente como el derecho a la inviolabilidad del domicilio. Si ésta existe, porque el hombre requiere ensimismamiento e intimidad precisamente por ser animal social, ¿por qué no ha de existir también el derecho a que nadie interfiera mi intimidad con fenómenos sociales incompatibles –como el ruido o la contaminación atmosférica– y, sobre todo, con la publicación y difusión de esa intimidad, que así deja de serlo? El centro técnico de la obra está en los excelentes ensayos sobre el negocio jurídico y su patología, la invalidez y la ineficacia, y con toda razón, porque son estas instituciones del Derecho Privado las que permiten al hombre no sólo satisfacer sino ordenar y limitar sus intereses vitales, que no podrían satisfacerse sin ese orden y sin esa limitación. Es el reino del hombre convertido en autorregulador de su vida propia y de la ajena, mediante el consentimiento de los demás. Pero no es el centro técnico del libro su mayor aporte.

Su mayor aporte está en su método y en la concepción del Derecho que supone: temas viejos y nuevos para el abogado costarricense se tiñen de inesperado sentido, al fulgor de un enfoque jurídico que concibe el Derecho como la sistematización de las grandes soluciones para los grandes conflictos de intereses. Muy lejos estamos de la exégesis y, todavía más, de las construcciones intelectuales herméticas y autojustificadas, como si el derecho fuera filosofía o teología y no ciencia práctica. Este sistema camina con los pies en la realidad y se renueva con los tropiezos que la realidad ofrece. Es el principio del camino para los grandes descubrimientos jurídicos, sólo al alcance de los humildes, que saben observar la realidad, comprenden su riqueza y se doblegan ante ella. Estoy seguro que esta gran obra teórica salida de Víctor Pérez, encontrará feliz fin, uniéndose cada día más a la realidad de nuestro derecho e iluminándonos la invisible arquitectura de su estilo en su momento más universal y fecundo.

Enhorabuena para el libro y un estrecho abrazo para su autor.

INDICE

	Pág.
Presentación	8
Discurso del Lic. Alfredo Bolaños	11
<i>Ensayos:</i>	
1. El control de la constitucionalidad en Costa Rica	
<i>Lic. Eduardo Ortiz Ortiz</i>	17
2. ¿Está en crisis el Parlamento?	
<i>Dr. Hugo Alfonso Muñoz Quesada</i>	51
3. Racionalidad y método para el derecho ¿es eso posible?	
<i>Dr. Enrique P. Haba</i>	67
4. Recusación en materia penal	
<i>Dr. José María Tijerino Pacheco</i>	135
5. Los supuestos del neoliberalismo económico y la deuda externa (Ensayo de Derecho Económico Internacional)	
<i>Dr. Jorge Enrique Romero Pérez</i>	169

7.	Francisco de Vitoria y sus aportes al Derecho Internacional	
	<i>Dr. Luis A. Varela Quirós</i>	217
8.	El sistema porcentual de elección de diputados	
	<i>M. Sc. Cristóbal Montoya</i>	233
9.	La ética en la contratación administrativa	
	<i>M. Sc. Carlos Eduardo Serrano Rodríguez</i>	247

Reseña Bibliográfica:

ORTIZ ORTIZ, Eduardo. <i>Presentación del libro DERECHO PRIVADO de Víctor Pérez Vargas</i>	255
--	-----

Impreso por
 Litografía e Imprenta LIL, S.A.
 Apartado 75-1100, Tibás
 San José, Costa Rica
 O.P. 361022