

¡NO SALE DE LA BIBLIOTECA!
DIRECTOR
Dr. Jorge Enrique Romero Pérez

REV 155968

BIBLIOTECA, FACULTAD DE DERECHO

Sistema de Bibliotecas - UCR
REV155968

FACULTAD DE DERECHO
OBEP
UNIVERSIDAD DE COSTA RICA

29948
13 ABR. 1983

BIBLIOTECA
Derecho

COLEGIO DE ABOGADOS
REVISTA DE CIENCIAS JURIDICAS

No. 46



SAN JOSE, COSTA RICA
ENERO — ABRIL
1982



**JUNTA DIRECTIVA DEL
COLEGIO DE ABOGADOS**

1983

Presidente:

Lic. Rodrigo Oreamuno Blanco

Vice-Presidente:

Lic. José Miguel Fonseca Saborío

Secretario:

Lic. José Miguel Corrales Bolaños

Prosecretario:

Lic. Rolando Chacón Murillo

Tesorero:

Lic. Hernán Vega Miranda

Fiscal:

Dr. Fernando Cruz Castro

Vocal 1º:

Licda. Mercedes Valverde Kopper

Vocal 2º:

Lic. Ricardo Vargas Hidalgo

Vocal 3º:

Licda. Efigenia Bustamente Guerrero

Vocal 4º:

Lic. Farid Beirute Brenes

Vocal 5º:

Lic. Ricardo Hilje Quirós

AUTORIDADES
UNIVERSITARIAS

Presidente Consejo Universitario:

Dr. Luis Garita

Rector:

Dr. Fernando Durán

Vice-Rectora de Docencia:

Lcda. Jiannina Del Vecchio

Vice-Rector de Investigación:

Dr. Gabriel Macaya

Vice-Rectora de Acción Social:

Licda. Mireya Hernández

Vice-Rector de Vida Estudiantil:

M. Sc. Alvaro Montoya

Vice-Rector de Administración:

Lic. Wallace Cover

Decana Facultad de Derecho:

Licda. Sonia Picado

Vice-Decano Facultad de Derecho:

Lic. Luis Fernando Solano

Director Instituto de Investigaciones Jurídicas:

Dr. Diego Baudrit Carrillo

Decano del Sistema de Estudios de
Posgrado:

Dr. Oscar Fernández

Coordinador de la Comisión Editorial:

Dr. Jézer González

PRESENTACION

Este número de la revista contiene estudios en los campos del derecho administrativo, criminología, ambiental, comparado, agrario, económico; y, un análisis acerca de la asistencia legal universitaria.

Deseamos que estos trabajos de investigación contribuyan al conocimiento tanto de la teoría como de la práctica jurídica.

Se agradece a los estimables colaboradores sus valiosos aportes al Derecho.

j. e. romero perez

PRELIMINARES

En el presente contrato se declara que las partes contratantes son plenamente conscientes de sus derechos y obligaciones, y que el presente contrato es el resultado de una libre voluntad y de una plena capacidad de obrar.

Las partes contratantes se comprometen a cumplir con todas las obligaciones establecidas en el presente contrato, y a no incurrir en mora o incumplimiento.

El presente contrato es celebrado en la ciudad de San José, Costa Rica, a los _____ días del mes de _____ del año 20____.

En fe de lo cual, se suscribe el presente contrato en dos ejemplares, uno de los cuales se quedará en poder de _____ y el otro en poder de _____.

**RENUNCIAS Y LIMITACION DE RESPONSABILIDADES
EN CONTRATOS PUBLICOS**

*Lic. Eduardo Ortiz**

El presente contrato es celebrado en virtud de un proceso de licitación pública, y las partes contratantes se comprometen a cumplir con todas las obligaciones establecidas en el presente contrato, y a no incurrir en mora o incumplimiento.

Las partes contratantes se comprometen a cumplir con todas las obligaciones establecidas en el presente contrato, y a no incurrir en mora o incumplimiento.

El presente contrato es celebrado en la ciudad de San José, Costa Rica, a los _____ días del mes de _____ del año 20____.

En fe de lo cual, se suscribe el presente contrato en dos ejemplares, uno de los cuales se quedará en poder de _____ y el otro en poder de _____.

* Jurista y abogado costarricense.

SUMARIO: *Introducción.*—I. *El enfoque "monista" de la contratación administrativa:* 1. Los contratos de la Administración Pública se regulan preponderantemente por el Derecho Público.—2. La autonomía y superioridad del derecho especial de la Administración Pública.—3. El régimen positivo, uniforme y único, legalmente vigente.—4. Conclusión.—II. *Las condiciones actuales de la aplicación del régimen y vigencia de la contratación administrativa:* 1. La sustitución de la autonomía negocial por la discrecional administrativa.—2. Discrecionalidad administrativa y autonomía de la voluntad en la Administración Pública.—3. Carácter subordinado y dirigido de la autonomía privada de la Administración Pública.—4. El Estado no es débil, ni ungido de protección legal en sus contratos.—5. El Estado no es "consumidor económico".—6. Los modelos de contrato y las cláusulas generales, expresión de la supremacía negocial del Estado y de sus entes.—III. *Consecuencias de las premisas sentadas:* 1. El Estado y sus entes no son "consumidores protegidos" en nuestro derecho positivo.—2. La inexistencia de la "autonomía de la voluntad en el Estado y sus consecuencias.—3. La inaplicabilidad general a los contratos administrativos del régimen civil y/o mercantil de las nulidades absolutas en el derecho de la Administración Pública.—5. La incompatibilidad entre la reforma al artículo 1023 del Código Civil y el "privilegio de auto-tutela" de la Administración Pública.—6. La incompatibilidad entre varios incisos del artículo 1023 del Código Civil y principios tradicionales del Derecho administrativo.—IV. *Conclusión general.*

REV 155968-

INTRODUCCION

La Ley N° 6015 del 25 de diciembre de 1976 contiene un inciso m) que dice:

"A solicitud de parte los tribunales declararán la nulidad absoluta de las siguientes cláusulas contractuales".

m) La que excluya o limite la responsabilidad del vendedor u oferente".

La misma reforma al artículo 1023 del Código Civil contiene otros varios incisos cuya aplicación hace más difícil el desarrollo de los negocios en Costa Rica.

El problema más arduo es el que planteo el inciso m), cuya aplicación magnifica los riesgos y los costos de los negocios en Costa Rica, hasta un nivel nada justo y comercialmente aceptable.

A continuación las razones legales que demuestran la inaplicabilidad de tal disposición a los contratos del sector público con cualquier empresa mercantil.

I. *El enfoque "monista" de la contratación administrativa*

1. *Los contratos de la Administración Pública se regulan preponderantemente por el Derecho público.*

Es doctrina hoy aceptada la de que los contratos de la Administración Pública se regulan preponderantemente por el derecho público y que es cuestión de modulación o matiz —y no de esencia ni de cualidad— la distinción entre contratos públicos y privados de aquélla, en razón del carácter especial de los fines públicos que le están encomendados y respecto de los cuales dichos contratos no son otra cosa que simples instrumentos, cuyo régimen debe adaptarse al máximo a los mismos para lograr la mayor eficiencia posible. Esa adaptación es una acentuación del carácter público de las leyes y principios aplicables a todo contrato de la Administración Pública, que se realiza no solo confiriendo a ésta privilegios y deberes especiales en todos sus contratos, sino, además, sustrayéndolos del campo de aplicación del derecho privado, civil o mercantil, que se reputa como inadecuado. Un contrato de la Administración Pública por el hecho de ser de ésta, es distinto y se rige por principios especiales respecto de los que son normales para la contratación entre individuos o empresas privados. Si el contrato es de la Administración es público y no se aplican ni el Código Civil ni el Mercantil, salvo total ausencia de una regla especial y derogatoria de estos últimos, propia del derecho público. Sólo en tal

situación de inopia normativa, por total ausencia de ley o de principio general del derecho público para el contrato o situación contractual en cuestión, es posible recurrir al derecho privado.

En una importante obra, un conocido publicista francés explica así la posición actual sobre el problema:

"La Administración Pública no puede decidirse ni actuar sino por motivos de interés público. El derecho privado no puede ser aplicado a la Administración Pública si implica sacrificio del interés público en beneficio de intereses individuales (pág. 495)..." "...una misma convención puede presentar sucesivamente el carácter de un contrato administrativo o de un contrato privado, según que la Administración Pública ejerza o no sus derechos de intervención unilateral en la ejecución del contrato" (pág. 153) (Jean Lamarque, *Recherches sur l'Application de Droit Privé aux Services Publics Administratifs*, L.D.G.J., 1960, págs. citadas).

Es decir: no hay contratos privados de la Administración Pública, pues lo que empieza como tal puede terminar o convertirse a corto plazo en un contrato público, si la Administración decide iniciar el uso de sus potestades y privilegios especiales de autoridad en bien del interés público subyacente al contrato.

Dice el mismo autor ya citado:

"En la ejecución de sus contratos de Derecho Privado, la Administración dispone de las mismas prerrogativas fundamentales que en los contratos administrativos: inmunidad respecto a las vías ejecutivas ordinarias, privilegio de la decisión previa, prescripción cuatrienal y hasta cabe que se reserve potestativamente poderes de modificación unilateral o de rescisión del contrato. Con ello resulta que la diferencia entre los contratos administrativos y los contratos de derecho privado de la Administración es ciertamente mucho menos grande que la que existe entre estos últimos y los contratos particulares o inter-privados" (op. cit., pág. 502 y siguientes).

Un reputado autor argentino confirma diciendo:

"Todo esto significa, en definitiva, que todos los contratos que celebra la Administración tienen un régimen primordialmente de derecho público; que ese régimen nunca es actualmente el autoritario de la doctrina clásica, sino que es un régimen de derecho público que busca satisfacer el interés público concreto a que el contrato debe servir, *sin sacrificar los principios superiores de justicia y equidad a que todo el Estado debe propender*". (Agustín Gordillo, *Derecho Administrativo de la Economía*, Ediciones Macchi, Buenos Aires, 1960, pág. 342 y 343. (el subrayado es nuestro).

Por su parte, un distinguido autor alemán, Ernst Forsthoff, ha dicho con toda claridad:

"Al contrato público son aplicables las reglas del Derecho Público, no las del derecho privado..." *En la medida de los efectos materiales que corresponden al contrato de Derecho Público es decisivo únicamente el Derecho Público, y en modo alguno es lícito recurrir al Derecho Privado.* Los efectos pueden ir esencialmente más lejos de lo que permitirían los

preceptos del Derecho Privado." (Tratado de Derecho Administrativo, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1958, pág. 381 y 382) (el subrayado es nuestro).

Otro autor argentino abunda en iguales conceptos:

"El contrato de Derecho Privado deja de ser privado, es decir, particular de cada uno de los contratantes, para pasar a ser público toda vez que el Estado también está interesado y aspira a ser parte de aquél, no obstante el culto que suele rendírsele a la autonomía de la voluntad... El criterio a adoptar en cuanto a los contratos privados de la Administración es el mismo que respecto de la supuesta existencia de los actos privados de la Administración... Si bien en determinados casos se aplica el Derecho Privado al objeto o contenido del acto, o a la relación jurídica emergente, eso no justifica sostener que tal acto sea privado, pues siempre habrán de regirse por el Derecho Público los demás elementos del acto, tales como la competencia, voluntad, motivación, forma, causa, etc. (Roberto Dromi, *La Licitación Pública*, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1975, págs. 16 y 17).

Pero ya hemos visto cómo aquel importante autor alemán considera que en relación con "los efectos materiales" del contrato, es decir: con su clausulado, resulta totalmente inadmisibles la pretensión de sujetarlos al derecho privado. Tales efectos, según ese destacado autor, sólo pueden regirse por el Derecho Público, con exclusión del privado (civil o mercantil).

Esta tesis se halla también respaldada por la mejor doctrina costarricense sobre el tema. Concretamente aludimos a la obra "La Contratación Administrativa", del Lic. Herman Rodríguez Arce, inédita, donde se dice:

"Consecuencia necesaria de lo expuesto es la tesis que propugnamos de la existencia de un solo tipo de contrato celebrado por la Administración, diferente del contrato civil según su carácter de instrumento del Estado para la realización de sus fines; diferencia que no debemos buscar en la forma, ni en signo alguno externo, porque, haya o no cláusulas extrañas a las del contrato de derecho privado, por el hecho de intervenir una persona de derecho público, garante del bienestar general en el ámbito de la competencia, debe ésta contar con soluciones apropiadas para resolver los problemas que en la tramitación o en la ejecución de sus contratos (grandes o pequeños, trascendentes o aparentemente intrascendentes) se presente, en cuanto debe perseguir los mejores resultados según dicho interés general) (op. cit., pág. 12).

2. La autonomía y superioridad del derecho especial de la Administración Pública

Lo anterior quiere decir que, en punto a contratación, la Administración Pública no está sujeta al Código Civil, ni al Código de Comercio, ni a las reformas que éstos puedan sufrir o hayan sufrido. En ausencia de regulación legal propia para un contrato determinado de la Administración Pública, se aplican no las reglas de aquellos Códigos privados, sino los principios generales del Derecho Administrativo, y solo si éstos tampoco existen en el caso pueden aquellos Códigos aplicarse al mismo.

Es decir: el Derecho de la Administración y el de sus contratos es autónomo y distinto del Derecho Privado, y los principios generales de aquél, aunque no estén codificados, ni escritos, ni legislados, dejan sin efecto para los actos y contratos de la Administración Pública, las leyes y códigos privados para actos o contratos similares propios de los particulares.

Dice al respecto el autor español José Luis González Berenguer Urrutia:

"De ahí la posibilidad de aplicación subsidiaria de las normas civiles que sean *ius dispositivum*; normas que, no obstante, solo se aplicarán en defecto del ordenamiento administrativo, *entendiendo —y esto es lo esencial— por ordenamiento no sólo el Derecho escrito, sino también los principios generales de Derecho Administrativo*" (La Contratación Administrativa, Editorial Municipalia, 1966, págs. 19 y 20). (el subrayado es nuestro).

Lo que viene confirmado por otro autor español con ocasión de comentar el tema de la interpretación del contrato administrativo:

"Las lagunas e insuficiencias de la ley se han de suplir, en primer término, con el Ordenamiento Jurídico Administrativo. Cuando el problema no pueda resolverse acudiendo a aquél, entonces entrará en juego supletoriamente el Derecho Privado, pero con una supletoriedad de segundo grado. Del Ordenamiento Jurídico Administrativo, por tanto, será de donde hay que extraer las reglas de fondo, en primer lugar, para interpretar el contrato administrativo unas perspectivas mucho más amplias, más sugestivas que las que ofrece la interpretación del contrato privado. Para la interpretación de los contratos administrativos se hace necesario conocer el Ordenamiento Administrativo. El contrato administrativo, como institución, se enmarca dentro del complejo sistemático de normas y principios que rigen la actividad administrativa". (Enrique Rivero Isern, La Interpretación del Contrato Administrativo, Instituto García Oviedo, Universidad de Sevilla, 1971, pág. 84).

Corroborar un distinguido autor francés, ahora en relación con el importante tema de la responsabilidad:

"La responsabilidad decenal civil no es de orden público en Derecho Administrativo. Todavía más: la referencia que haga el juez administrativo a las disposiciones del Código Civil tienen un carácter puramente indicativo. El juez de lo contencioso-administrativo no está obligado por las normas del Código Civil. Si se guía por ella, es únicamente a título de principios generales, más que de reglas expresas que se le impongan". (Claude Blumann, la Renonciation en Droit Administratif Français, 1975, L.D.G.J., pág. 90).

El punto a responsabilidades —contractuales o extracontractuales— del Estado, el Derecho Administrativo es más radical aún en contra de la aplicación del Derecho Privado y bien puede decirse que aquél tuvo su verdadero origen en un caso de responsabilidad extra-contractual resuelto por el Tribunal de Conflictos de Francia el 8 de febrero de 1873, que ha pasado a la historia como el caso Blanco (l'arret Blanco). La demanda del señor Blanco obligaba a decidir si la misma correspondía a los tribunales judiciales o a los administrativos. La decisión se dio claramente a favor de estos últimos, sobre la base de que toda responsabilidad del Estado está regida por el Derecho Administrativo, distinto del Civil. El muy breve

fallo que se transcribe a continuación es la piedra angular del Derecho Administrativo francés, y, por eso mismo, del nuestro. Dijo el tribunal:

"Considerando: que la responsabilidad que puede corresponder al Estado por los daños causados a los particulares por su personal adscrito a los servicios públicos, no puede ser recogida por los principios propios del Código Civil, para las relaciones entre particulares;

Que esta responsabilidad (del Estado) no es ni general ni absoluta, y que la misma tiene sus reglas especiales que varían de acuerdo con las condiciones de cada servicio y la necesidad de conciliar las prerrogativas del Estado con los derechos del particular;

Que, consecuentemente, de conformidad con las leyes antes analizadas, el juez administrativo es el único competente para fallar este caso".

Exactamente lo mismo puede decirse, todavía hoy, de la responsabilidad contractual de la Administración Pública.

En efecto: determinado como queda por todo contrato de la Administración, por ser de ésta, es público y no privado, solo resta reputar como de igual naturaleza los vínculos y relaciones jurídicas que genera y someterlos, consecuentemente, al mismo régimen de derecho público propio de la causa. Esto es especialmente cierto y adecuado en relación con las responsabilidades que pueden nacer por la ejecución del contrato o con motivo de ella, o bien de su incumplimiento, en ambos casos con obligación de pagar daños y perjuicios. Dice al respecto el prestigioso autor Miguel Marienhoff:

"La acción de daños y perjuicios, y, en general, la acción donde se reclame una suma de dinero, sea que tales acciones respondan a la anulación o al incumplimiento de un contrato administrativo, participan de la misma naturaleza del contrato cuya extinción o incumplimiento las motiva. Lo mismo cuadra decir de la acción de daños y perjuicios, de devolución o pago de una suma de dinero, que se promoviere por anulación o incumplimiento de un contrato de derecho común de la Administración Pública... Lo que antecede es así porque las acciones participan de la naturaleza del derecho que protegen en cada caso particular, pues siendo la acción un poder dirigido a la tutela de un interés, toma su naturaleza de éste y por consecuencia es pública o privada" (Tratado de Derecho Administrativo, tomo III-A, págs. 127 y 128).

Puede sentarse bien la conclusión de que el contenido y efectos de un contrato de la Administración Pública, así como todo lo concerniente a las responsabilidades nacidas de su ejecución o incumplimiento, están reguladas por el mismo derecho público o administrativo que rige el contrato, con exclusión del derecho civil o mercantil. Siempre que haya una norma aplicable propia de ese derecho especial que es el Derecho Administrativo o de la Administración Pública, aún cuando se trate de meros principios generales no escritos, de índole doctrinaria o jurisprudencial, quedarán excluidas todas las normas del Derecho Privado.

Un buen ejemplo de la vigencia en Costa Rica de la jurisprudencia y de los principios generales del Derecho Administrativo, es el siguiente: en Costa Rica no hay ley que declare la inembargabilidad de los bienes

del sector público, sino un Código Municipal y dos leyes especiales que así lo disponen únicamente en relación con el Estado, las Municipalidades y las Juntas de Educación; pero si mañana un acreedor quirografario quisiera embargar a un banco nacional o a una institución autónoma del Estado, invocando un pagaré vencido y el Código de Comercio que lo respalda, le sería imposible lograrlo, en virtud de un principio general de Derecho Público opuesto, reconocido por la doctrina y acogido por los tribunales, que declara inembargables los bienes de cualquier ente público, por ser de ese ente. El Código de Comercio deja de aplicarse con base en una norma no escrita, pero igualmente imperativa, del derecho administrativo, doctrinal o jurisdiccional.

3. El régimen positivo, uniforme y único, legalmente vigente

Todo lo anterior ha sido consagrado sobradamente en nuestra legislación y jurisprudencia.

Según el Art. 2 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, la respectiva jurisdicción conocerá:

"Art. 2-a): De lo relativo al cumplimiento, interpretación, resolución y efectos de los contratos, cualquiera que sea su naturaleza jurídica, celebrados por el Estado y demás entidades de Derecho Público, cuando tuvieren por finalidad obras y servicios públicos de toda especie".

Queda muy claro que todos los contratos de la Administración Pública son de conocimiento de una sola jurisdicción contencioso-administrativa, según un procedimiento único ante un mismo tribunal, "cualquiera que sea su naturaleza", a condición —y esto es lo esencial— de que sean "celebrados por el Estado y demás entidades de Derecho Público". En otras palabras: la presencia de este último elemento común, el sujeto de derecho público, prevalece sobre todas las otras notas diferenciales e impone que todos los litigios relacionados con contratos de la Administración Pública pertenezcan a una misma jurisdicción, para ser juzgados de acuerdo con las reglas y principios comunes de índole pública. El último elemento de calificación impuesto, el de que los contratos sirvan para "obras y servicios públicos", en lugar de restringir, confirma el alcance uniformador de la norma en comentario, pues prácticamente no hay contrato de un ente público que no tenga relación —más o menos íntima— con el servicio público que la entidad presta. Todos los contratos del ente público entran en el concepto, con la posible pero reducida excepción de los que no guardan ninguna relación, o la tienen muy leve, con sus fines de servicio público, como podría ser la compra de equipo menudo de oficina.

Igual amplio concepto del "contrato administrativo" de la Administración Pública tiene nuestra jurisprudencia; Casación ha dicho al respecto:

"La principal característica del contrato administrativo es que la prestación que suministra el individuo o empresa esté destinada a asegurar el funcionamiento de un servicio público". (Niehaus Ahrens vs. El Estado, 1958, Tomo I, I Semestre, pág. 47).

La Ley N° 5901 del 20 de abril de 1976, que reformó la de Administración Financiera de la República, N° 179 del 2 de mayo de 1951, regula todos "los contratos administrativos" sin distinciones de ninguna especie y obviamente incluye en el concepto los llamados "contratos privados" o "comunes" de la Administración, pues expresamente regula la compraventa y el arrendamiento en que ella es parte, ejemplos típicos de estos últimos, según la doctrina clásica o dualista. Es decir: la dicha ley N° 5901 implica una toma de posición nueva sobre este tema en Costa Rica, de acuerdo con la mejor y más reciente doctrina, que hemos llamado el "monismo jurídico-público de la contratación administrativa", dado que crea un solo régimen común, de índole administrativa, para toda la contratación de sector público o para todos los contratos de la Administración Pública, sea cual sea su contenido o quien sea el contratante privado. Si la Administración Pública es parte, el contrato es "administrativo" y se rige exclusiva o principalmente por dicha ley N° 5901 y demás reglas conexas. Todo lo cual viene expresamente consagrado por el art. 100 de la referida ley, que imperativamente dispone e impone la unificación del régimen legal de toda la contratación de la Administración Pública, cuando ordena:

"Art. 100: "Los contratos administrativos que no se ajusten a los requisitos, condiciones o procedimientos esenciales que establecen la presente ley y su reglamento, son absolutamente nulos".

Esto quiere decir, en otras palabras, que en Costa Rica hay un solo régimen legislativo de validez y nulidades de los contratos de la Administración Pública, o administrativos, que es el contenido en la vieja Ley de Administración Financiera y en su reciente reforma, antecitados, así como en su reglamento y demás leyes y normas conexas. Lo que está fuera de ese régimen peculiar de derecho público, específico para entes públicos, es inadmisibles e inaplicable a los contratos de la Administración Pública. Las nulidades de cualquier especie, por violación de otro tipo de normas dictadas para distintos sujetos, como las previstas por la última reforma al art. 1023 del Código Civil, no pueden aplicarse a la Administración Pública ni a sus contratos, ni tiene valor contra ellas, pues, como ya se dijo, el Código Civil no puede aplicarse sino en ausencia total de norma escrita o de principio general de derecho administrativo, lo que no es el caso de la referida contratación, por virtud de la ley N° 5901, de toda la doctrina de la misma y de la que es propia de los contratos administrativos en general. Son la ley número 5901, su reglamento y estas doctrinas y principios conexos y siempre especiales, los que se aplican en lugar y con exclusión del Código Civil o Mercantil, tanto para determinar la validez como para determinar la nulidad de los contratos de la Administración Pública.

Todo lo anterior ha venido a quedar amplia y lúcida mente consagrado por el actual Reglamento de la Contratación Administrativa, N° 7576-H del 23 de setiembre de 1977, vigente desde el 23 de noviembre del mismo y obra técnica de ese Despacho.

En efecto: no solo el art. 288 *ibidem* reafirma la nulidad absoluta de los contratos de la Administración Pública celebrados en contra de tales normas y principios, sino que también otras de sus disposiciones obviamente arbitran los medios o técnicas necesarios para garantizar la unidad de régimen jurídico de la contratación administrativa, cuando se crea a través de leyes o de reglamentos, como puede verse mediante la lectura de los arts. 284 a 286 *ibidem*, según los cuales es imposible dictar norma alguna —ni legislativa ni reglamentaria— sobre la materia sin consulta y/o sujeción a la Contraloría General de la República, que es la oficina llamada en vía principal a cuidar de la aplicación de la ley N° 5901 y su reglamento, todo en aras de aquella uniformidad de régimen. El carácter monista y omnicompreensivo de este enfoque, para imprimir a toda la contratación administrativa un régimen estricto de derecho público, excluyente en lo posible de la aplicación supletoria de los Códigos Civil y Mercantil, se revela a plenitud y con mucho más rotundidad y detalle en el Artículo 3 *ibidem*, que dispone:

“Los contratos celebrados por la Administración, excepción hecha de los laborales, los de empréstito y los de concesión de servicio público regulados por la ley especial, quedan sujetos a las disposiciones y procedimientos que establecen la Ley de la Administración Financiera de la República y el presente Reglamento; supletoriamente les serán aplicables, por su orden, los principios administrativos y los demás principios pertinentes del ordenamiento jurídico costarricense”.

Esta norma significa realmente un avance importante en el esclarecimiento del ámbito de aplicación y del propósito unificador o uniformador del régimen jurídico de la contratación administrativa en Costa Rica, en varios conceptos, a saber:

- a) Despeja totalmente la duda, que la ley permite, sobre si esta última abarca toda la contratación de la Administración Pública o solo aquella que es “administrativa” (en el sentido técnico estricto en que lo entiende el derecho francés y, en general, la doctrina “dualista” de dicha contratación) al utilizar con ese fin el giro: “los contratos celebrados por la Administración” en lugar del empleado por la ley de “contratos administrativos”; es evidente que el primer giro abarca clara y expresamente todo contrato de la Administración Pública, sea o no “administrativo”, en el sentido de la “doctrina francesa” o “dualista”, ya mencionada.
- b) Define taxativamente (técnica del “*numerus clausus*”) las excepciones al régimen general de la contratación de la Administración Pública que contiene, salvando de su aplicación y de la propia de la Ley de Administración Financiera y sus reformas, ya citadas, únicamente los contratos laborales, de empréstito y los de concesiones de servicio público regulados por ley especial, y sujeta a sus términos a todos los demás, incluso los exceptuados cuando no haya ley especial que los regule, sin distinciones ni salvedades adicionales

de ninguna especie; obviamente las ventas o arrendamientos de computadores a la Administración Pública quedan cubiertos por la ley y el reglamento en forma exclusiva y excluyente del Código Civil y de sus reformas, por no encajar en ninguna de las excepciones previstas.

- c) Establece el orden jerárquico de las fuentes supletorias de la ley N° 5901 y de su Reglamento, disponiendo que para llenar las lagunas de éstos se aplicarán a los contratos de la Administración Pública (a todos ellos) “por su orden, los principios administrativos y los demás principios pertinentes del ordenamiento jurídico costarricense”, lo que ajusta puntualmente con la autonomía científica y positiva del derecho administrativo, al permitir que los “principios administrativos” y posteriormente “los otros” generales suplan primero que el Código Civil o Mercantil, que ni siquiera se mencionan como fuente subsidiaria; en otras palabras, cualquier principio de derecho público o del ordenamiento jurídico en general, aunque no escrito, podrá aplicarse primero que dichos Códigos, con exclusión de ellos, por análogas o pertinentes que parezcan las normas escritas de éstos en relación con el caso contractual no previsto, sujeto a decisión, si ello resulta más oportuno.

4. *Conclusión*

En síntesis: en virtud de los arts. 92 y 100 de la Ley N° 5901 y de los arts. 3 (principal y decisivamente) y 284 a 288, inclusive, del nuevo Reglamento de la Contratación Administrativa, resulta clara e imperativamente procedente aplicar primero a cualesquiera contratos de la Administración Pública, aún a los que habitualmente se ha tenido por “comunes” o de “derecho privado”, los principios del derecho administrativo o los otros del ordenamiento jurídico, antes que el Código Civil o sus reformas, para llenar las lagunas de la Ley y del reglamento citados, ello en razón de ser “pública” o “administrativa” —y no “privada”, ni “civil” o “mercantil”— la naturaleza de dichos contratos.

Expondremos de seguido los “principios administrativos” de la actividad contractual de la Administración Pública que impiden la aplicación a la misma del art. 1023 del Código Civil y de su reciente reforma, por ley N° 6015 del 25 de diciembre de 1976.

II. *Las condiciones actuales de aplicación del régimen y vigencia de la contratación pública*

1. *La sustitución de la autonomía negocial por la discrecionalidad administrativa*

Si el contrato privado o sujeto al derecho privado de las Administraciones Públicas ha desaparecido en Costa Rica, a partir de la Ley y de

su Reglamento de Contratación Administrativa; si sólo es posible para aquella el contrato de derecho público, con aplicación meramente supletoria de los Códigos Civil y Mercantil cuando hay inopia normativa del derecho Administrativo, entonces ha desaparecido también la llamada "autonomía de la voluntad" de la Administración Pública, para verse sustituida por la discrecionalidad administrativa, forma típica de la libertad de esta última, de índole netamente diversa a aquella autonomía. En efecto: la autonomía de la voluntad es la posición jurídica de las personas, reconocida por el ordenamiento, que les permite autoregular o regular por mutuo acuerdo sus intereses, creando una norma concreta para el caso que los atañe. La ley la atribuye normalmente a los sujetos privados, que son y porque son, frente al Estado y a la Administración Pública en general, independientes por su origen y distintos por sus intereses. El Estado no crea, sino que meramente reconoce como jurídicas a las personas físicas, y en cuanto a las colectivas o morales, si las crea, al registrarlas como tales, no puede, en cambio, revocarlas o destruirlas sino en casos de conflicto grave con el orden público, y en algunos sistemas —como el nuestro— ni siquiera por esto último. Este "orden público", por otra parte, es la única zona de contacto entre los intereses del Estado y los de la persona privada, a modo de excepción, pues lo normal es que el particular autodefina y persiga fines personales e intransferibles, sin conexión con los públicos u oficiales. Es así que la autonomía de la voluntad puede definirse, más bien, como la aptitud jurídicamente reconocida para producir, al quererlos y declarar la voluntad respectiva, los efectos legales necesarios para alcanzar un fin o interés propio del sujeto, no según el ordenamiento, sino dentro del marco de las prohibiciones de excepción que éste contiene. La anterior definición indica, por sí, que tal autonomía puede corresponder a los entes públicos, sólo si se comportan como empresas privadas (y nace, entonces, la figura de la empresa pública).

La expresión de la autonomía privada es el contrato de derecho privado, en el que las partes son iguales, ninguna puede imponerse unilateralmente a la otra y los intereses que tratan de satisfacer son exclusivos de ellas, aún si son ajenos, pues entonces lo que ocurre es que los han hecho propios espontáneamente, sin seguir dictado al respecto ni de otras normas ni de otros sujetos. Los fines para los que se ejerce la propia autonomía son libres y personales, no requieren de justificación, y menos los motivos o móviles del contrato, que pueden ser cualesquiera, excepto los prohibidos por el ordenamiento. Este es el principio de libertad jurídica negocial expresado por los arts. 28 de nuestra Constitución y 1022 del Código Civil: todo lo no prohibido, está permitido y es contratable.

"En la actividad de derecho privado la Administración y los particulares tienen igual posición jurídica, y la Administración carece de derechos potestativos o de potestades (imperativos) distintos de los que puede tener un particular frente a otro, es decir: si los tienen, será con base en las normas que rigen las relaciones entre particulares y en la misma medida en que las tienen los particulares" (Massimo Severo Giannini, *Diritto Amministrativo*, Ed. Giuffrè, Milano, 1970, pág. 662).

La situación es inversa en el llamado contrato de derecho público, no obstante ser éste voluntario en su origen (sin entrar a considerar ahora el "contrato obligatorio", que es figura jurídico-pública extraña al problema que nos ocupa). Una vez formado el contrato, nace una situación de subordinación del contratante privado frente a la Administración Pública, pues, como bien dice una cita anterior, "por el hecho de intervenir una persona de derecho público, garante del bienestar general en el ámbito de su competencia, debe ésta contar con soluciones apropiadas para resolver los problemas que en la tramitación o en la ejecución de sus contratos... se presenten". (Herman Rodríguez, op. cit., pág. 12).

En la doctrina suele fundarse diversa y hasta contradictoriamente esta conclusión, pero siempre es la misma: en el contrato público o administrativo, la Administración Pública es dueña de potestades y privilegios que no tiene la contraparte privada, en virtud de los cuales puede manejar la interpretación, la ejecución y la extinción del contrato como si éste fuera un acto unilateral de ella y no un contrato (igual al de derecho civil o mercantil).

"Dada la posibilidad de que, en virtud del derecho positivo, algunas relaciones públicas sean creadas por actos formalmente contractuales, es necesario agregar que el contrato, cuando interviene, no produce consecuencias sustanciales sobre su contenido. El interés público, que constituye el fin del acto, y la potestad pública, con la cual la Administración Pública participa en su formación, son elementos que, al tiempo que determinan la pertenencia del contrato en cuestión al derecho público, imponen a ésta la eficacia propia de un acto administrativo. La concesión (de servicio público) otorgada en forma contractual tiene la misma eficacia que aquella nacida de acto administrativo: es fuente para la Administración Pública de la potestad de dar órdenes ejecutorias al concesionario, de aplicarle sanciones administrativas, de decretar, en su caso, la caducidad del concesionario y la revocación de la concesión" (Guido Zanobini, *Corso di Diritto Amministrativo*, E. Giuffrè, Milano, 1954, tomo I, págs. 237 y 238, séptima edición).

Viene todo ello confirmado por el ilustre publicista español Eduardo García de Enterría, cuando dice:

"La prerrogativa de poder público por excelencia con que la Administración cuenta en sus contratos administrativos es, sin duda, el privilegio de la decisión unilateral y ejecutoria, previa al conocimiento judicial, que impone al contratista el deber de su cumplimiento inmediato, con la carga de impugnación contencioso-administrativa si está disconforme con su legalidad... En virtud de este formidable privilegio, la Administración puede decidir ejecutoriamente sobre: la perfección del contrato y su validez, la interpretación del contrato, la realización de las prestaciones debidas por el contratista (modo, tiempo, forma), la calificación de situaciones de incumplimiento, la imposición de sanciones contractuales en ese caso, la efectividad de éstas, la prórroga del contrato, la concurrencia de motivos objetivos de extinción del contrato, la recepción y aceptación de las prestaciones contractuales, las eventuales responsabilidades del contratista durante el plazo de garantía, la liquidación del contrato, la apropiación o la devolución final de la fianza" (Curso de Derecho Administrativo, Ed. Civitas, 1974, tomo I, págs. 499 y 500).

No es ese el único privilegio de la Administración Pública en sus contratos públicos; el mismo autor continúa:

"Más discutible es la que viene ordinariamente enunciándose como la regla exorbitante por excelencia en la contratación administrativa, la que expresa el famoso *ius variandi*, "hecho del príncipe", o *factum principis*, que permitirá a la Administración Pública *modificar unilateralmente el contrato*" (op. cit., pág. 501).

Lo más importante del enfoque de García de Enterría es que pone de relieve al máximo el hecho importantísimo de que tales potestades —de decisión unilateral y ejecutoria sobre todos los aspectos de ejecución, modificación y extinción del contrato, desconocidas en el derecho privado— no son de origen contractual, sino legal o existen por obra de principios generales del derecho público no escrito, totalmente fuera del alcance del funcionario público encargado de ejercerlas, quien no puede en ningún caso renunciarlas y quien puede usarlas incluso si no están previstas en el texto del contrato y aún contra texto expreso de éste en contrario que las prohíba. Dice el connotado autor:

"Este formidable poder (el de decisión unilateral y ejecutoria) no resulta propiamente del contrato mismo, sino de la posición jurídica general de la Administración, de su privilegio general de autotutela, que ya conocemos, de modo que es en sí mismo *extracontractual*". (op. cit., pág. 500).

Y afirma de la potestad de modificación unilateral del contrato:

"Pero en todo caso y sobre todo es fundamental observar que este poder administrativo de alterar los contratos, cuando no cabe por sí mismo, como en los casos que acaban de indicarse, como un poder contractual estricto, aparece con toda claridad como la manifestación o incidencia en el cuadro del contrato, o bien del genérico poder de sacrificio de situaciones patrimoniales de que la Administración es tutelar, de la potestad expropiatoria...; o bien como expresión del poder reglamentario y su posibilidad de introducir alteraciones en las situaciones jurídicas existentes por vía normativa (aludo al caso de las nuevas ordenaciones reglamentarias de los servicios públicos que afectan a los contratos en curso en relación con ellos) (op. cit., págs. 501 y 502).

Estas potestades legales o inherentes a la Administración Pública frente a sus contratos, existen en su favor o, más bien, en beneficio del interés público que se persigue con el contrato, no solo en ausencia sino, como se apuntó, aún contra disposición en contrario del contrato, por la que la Administración Pública renuncie a esa potestad:

"El poder de modificar la extensión de las prestaciones o incluso de suprimir el servicio por la rescisión del contrato *es una regla de orden público*, la cual no pueden derogar las partes. Toda cláusula del contrato que consista en una limitación de ese poder, es nula de pleno derecho. El ejercicio de la competencia administrativa para el buen funcionamiento del servicio público es irrenunciable en cualquiera de sus aspectos" (el subrayado es nuestro) (André de Laubadere, *Traite Theorique et Practique des Contrats Administratifs*, Librairie Gral de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1956, tomo II, pág. 233).

Lo que reafirma con toda claridad otro distinguido autor español cuando dice:

Y otro reconocido especialista de lengua francesa en contratación administrativa dice, a propósito de la potestad de la Administración Pública para imponer unilateral y ejecutoriamente sanciones especiales al co-contratante en falta:

"Por consiguiente, no es que el contrato administrativo implique un título jurídico de habilitación de prerrogativas exorbitantes para una de las partes contratantes, la Administración, sino que más bien ocurre que, no pudiendo la Administración enajenar unas prerrogativas que previamente tiene conferidas por el Derecho, la peculiaridad del contrato consiste en que siempre habrá de sobreentenderse en él una cláusula tácita (para el caso de que expresamente no se hagan las salvedades de rigor) que impida tal enajenación". (Fernando Garrido Fallas, *Tratado de Derecho Administrativo*, Ed. Instituto de Estudios Políticos, Madrid, Quinta Edición, 1974, tomo II, pág. 50).

Y otro reconocido especialista de la lengua francesa en contratación administrativa dice, a propósito de la potestad de la Administración Pública para imponer unilateral y ejecutoriamente sanciones especiales al co-contratante en falta:

"Los publicistas son unánimes en admitir que el derecho de sanción reconocida a los poderes públicos en materia contractual constituye una prerrogativa existente de oficio en favor de la Administración e, incluso, una competencia de orden público a la cual ella no puede renunciar" (Maurice André Flamme, *Traité Theorique et Practique des Marches Publics*, Tomo II, Ed. Bruylant, Bruxelles, 1969, pág. 686, N° 868).

Y quien es hoy el más reputado administrativista argentino, Miguel Marienhoff, expresa igualmente con toda claridad:

"Del carácter "administrativo" de un contrato deriva una consecuencia fundamental: la Administración Pública frente al co-contratante, *tiene poderes de control y de dirección*. Trátase de prerrogativas que, por tanto, existen "por principio", *sin necesidad de que un texto expreso las consagre*" (Tratado de Derecho Administrativo, Tomo III-A, ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1970, págs. 393 y 394).

En síntesis: el contrato administrativo o de la Administración Pública sujeto al derecho administrativo está sometido a "reglas de derecho público, exorbitantes del derecho privado, que colocan al co-contratante de la Administración Pública en *una situación de subordinación jurídica*". (Miguel Angel Bercaitz, *Teoría General de los Contratos Administrativos*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1952, pág. 214).

Más claro: el contrato administrativo o de derecho público de la Administración Pública es un acto administrativo disfrazado de contrato, sujeto en su vida futura a la voluntad superior y ejecutoria de la misma Administración Pública, en garantía del servicio y del interés públicos en

juego. En el mismo, la Administración Pública actúa como supraordinada al particular y como titular de potestades para dictar en perjuicio de éste actos administrativos unilaterales, sin menoscabo del mantenimiento del equilibrio patrimonial del contrato, que exige indemnizar todos los daños que se causen al co-contratante privado por tal alteración unilateral, según lo acepta la casi unanimidad de la doctrina. La libertad de la Administración Pública para celebrar y cuando celebra tal clase de contrato no es, entonces, la misma que tiene cuando participa en los otros llamados "privados", por sujetos al derecho civil o mercantil, sino una totalmente distinta y de diverso régimen jurídico. Esa libertad, en otras palabras, no es la propia de los particulares cuando otorgan contratos, sino la típica de la Administración Pública cuando dicta actos administrativos: es la discrecionalidad administrativa.

Es perfectamente posible que un ordenamiento positivo le reconozca a la Administración Pública un tipo de libertad y no el otro y le dé autonomía negocial negándole simultáneamente discrecionalidad autoritaria (caso de los países del "common law"); o bien que no le dé esta última y le niegue la primera (caso de las democracias populares socialistas); o que le reconozca ambos tipos para diversos fines e hipótesis (caso de la mayoría de los países occidentales del derecho codificado a imagen y semejanza del derecho francés). Ello depende del legislador y del enfoque que acoja en función del ambiente jurídico y de las necesidades públicas a satisfacer. Pero todo lo anterior quiere decir que, aunque sea posible una distinta o contrapuesta posición, cuando la Ley y su Reglamento de Contratación, según quedó antes demostrado, han consagrado positiva e imperativamente en Costa Rica el "monismo jurídico-publicista" de la contratación administrativa que antes fue descrito, han optado por la segunda alternativa, discrecionalidad sin autonomía negocial, y han convertido esta última en potestad unilateral administrativa, con naturaleza y régimen jurídicos sustancialmente distintos.

El Estado y sus entes, a partir de tal decisivo viraje, han sido despojados de tal autonomía negocial y perdido toda posibilidad de desarrollar actividad contractual jurídicamente privada en Costa Rica, (que sólo excepcionalmente y a texto expreso o inequívoco de ley podría existir) para canalizar toda su conducta volitiva por la vía pública de la discrecionalidad administrativa, contractual o unilateralmente expresada. Esto indica, por lo pronto, que, a partir de ese momento, el Estado y sus entes han quedado forzados en Costa Rica a guardar dentro de cualquier contrato que celebren, posición no equiparable ni reducible a la de su co-contratante privado, extraña a los Códigos Civil y Mercantil, y actual o potencialmente ejercitable a través de actos de imperio fundados en todas aquellas potestades regidas por el derecho administrativo y originadas en sus leyes o principios generales. Más claro: dada la radical diferencia entre tal posición —fuente de esos privilegios— y la que corresponde a las partes comunes en un contrato privado, el Estado y sus entes han quedado imposibilitados para ser simples "clientes" o "consumidores", aún en la situación contractual en que lo serían si el contrato fuese privado y no público. Se trata ahora

de lo que la Administración Pública contratante es o ha llegado a ser, por virtud de lo que puede hacer. En cuanto sólo puede contratar para adquirir aquellos privilegios y potestades imperativos frente a la contraparte, contrata siempre como autoridad y mantiene el contrato, que así celebra, actual o potencialmente sometido al derecho público autoritario de que se ha hablado. Todo proviene de la diferencia esencial, así traída a jugar papel determinante del régimen jurídico aplicable a los contratos de la Administración Pública, entre discrecionalidad pública y autonomía de la voluntad privada.

2. *Discrecionalidad administrativa y autonomía de la voluntad en la Administración Pública*

La discrecionalidad es la libertad de elección que tiene el funcionario de la Administración Pública para realizar un acto o contrato y/o adoptar las decisiones para su ejecución, modificación o extinción. Corresponde normalmente a una potestad unilateral, que ocasionalmente, como ocurre con el contrato público, puede ejercerse conjuntamente con la voluntad de otro sujeto, como el particular. En este caso, el acto que expresa el consentimiento de la Administración Pública dentro del contrato es ejercicio de la potestad unilateral de elegir al co-contratante y al contrato mejores para ella y se reputa un acto administrativo separable del contrato e impugnabile por aparte, si ha incurrido en alguna ilegalidad, por sí o por algún vicio del procedimiento previo. Lo característico del contrato público, según se ha visto, es que, mientras tal fenómeno se da también en el privado, en el que es público se producen inmediatamente después de ese primer acto administrativo de participación contractual y como consecuencias que el ordenamiento adscribe irrenunciablemente a su aparición, otra serie de potestades también administrativas, que permiten disponer de los derechos y obligaciones contractuales con prescindencia de la voluntad del co-contratante privado, como si los mismos derivaran solo de la voluntad de la Administración Pública y no de un verdadero contrato, como quedó ya visto. Tales nuevos actos administrativos de disposición de los efectos del contrato público tienen que ser siempre justificables y razonables y cumplir con todos los requisitos que el derecho administrativo exige de ellos, para ser válidos y perdurables; caso opuesto pueden ser anulados. El derecho administrativo exige siempre que esos actos estén jurídicamente autorizados, para lo cual se necesita que la potestad legal para realizarlos contenga una regulación mínima de los mismos, sin la cual la autorización se reputa inexistente y el acto sin fundamento jurídico. La ley debe contener necesariamente la indicación del ente público que la tiene y puede realizar el acto; del órgano u oficina que específicamente podrá adoptarlo dentro de esa institución pública; del motivo y/o del contenido del acto y siempre del fin a que está destinado. Es posible que el motivo o el contenido, alternativamente, no estén legalmente regulados o que lo estén en forma tal que dejen margen al funcionario para elegir por qué actúa y/o qué hará, y es, entonces, cuando nace la discre-

cionalidad, que consiste precisamente en esa libertad de determinación y elección del motivo o del contenido del acto y, además, de cualquier otro elemento del mismo —fuera de los que deben estar siempre regulados, sujeto y fin— que, como el procedimiento o la forma de manifestación, no lo estén expresamente en virtud de la ley. La necesaria regulación mínima del acto administrativo por la ley o por el ordenamiento en general constituye el llamado "principio de legalidad", consagrado por los arts. 11 y 19 de la Constitución, pero es esencial para entenderlo bien advertir que es enteramente compatible con la relativa libertad de decisión que hemos llamado discrecionalidad, la cual resulta ser, más bien, una forma de autorización legal al funcionario público encargado para que él escoja su conducta, en parte de acuerdo con la ley y en parte de acuerdo con criterios personales, justos y lógicos.

Es evidente, sin embargo, que mientras el particular puede contratar o no hacerlo, con toda espontaneidad, y decidir sobre su conducta y sobre los estratos que realizará, sin necesidad de que haya norma alguna que lo autorice a ello, con entera libertad para determinar a la medida de su interés personal no sólo el motivo y el contenido de esos contratos, *sino, sobre todo, su fin* y todos los demás elementos de los mismos; la Administración Pública que usa potestades discrecionales, lo hace siempre —según lo dicho— con un margen más o menos reducido de libertad al resolver, pero para cumplir el deber de satisfacer un fin público, a través de conductas cargadas con un mínimo insoslayable de regulación, que normalmente puede alcanzar al motivo o al contenido y, además, al procedimiento y a la forma, como garantía de eficacia del acto o contrato en cuestión, para lograr aquel fin público. El ordenamiento jurídico, en otras palabras, se convierte en tutor de este fin y para asegurarse de que será realizado apodera a la Administración Pública con potestades reguladas y orientadas por la ley, que así resultan instrumentos dirigidos no por el funcionario público y por su voluntad personal y libre, sino por el legislador o por el Juez, el cual tendrá la última palabra para establecer si el acto o el contrato realizado cumple con todos los recaudos legales y, caso negativo, para anularlo; y para el efecto da lo mismo que la potestad sea unilateral o contractual.

Es un destacado mercantilista, Luigi Ferri, no un publicista, quien ha dicho estas certeras palabras:

"Un poder es discrecional cuando debe perseguir un fin público. Discrecional es lo opuesto a arbitrario. Discrecionalidad significa obligación de dar cuenta de cada escogencia y obligación de esforzarse para que la elección hecha sea aquella eficaz, aquella que mejor corresponda al interés público" (L'Autonomía Privata, Ed. Giuffrè, Milano, 1959, pág. 273).

En otros términos: la discrecionalidad administrativa no es nunca la potestad de la Administración Pública para decidir libremente sobre la propia conducta, ni para realizar libremente un contrato, sino una potestad de escoger los medios para conseguir un fin público legalmente impuesto, dentro de las otras condiciones y exigencias necesariamente presentes y

provenientes de la ley o del ordenamiento, que así indica o impone aspectos varios de la decisión a tomar, en función y garantía del mismo fin legal.

Todo lo no permitido en esos términos está prohibido. Y siempre que se den las circunstancias para actuar en beneficio de ese fin, el funcionario estará obligado a hacerlo —dentro o fuera del contrato—, salvo que haya razones que justifiquen el no hacerlo. Incluso si el motivo o el contenido son discrecionales, la Administración Pública contratante estará obligada a actuar, por ese hecho acaecido o mediante aquella disposición, siempre y cuando no hacerlo o no haberlo hecho resulte claramente absurdo, injusto o nocivo para el interés público perseguido. La Administración Pública contratante, dentro de un contrato público, no es nunca dueña de lo que hará como tal, dado que son el interés público en juego y sus imperativos circunstanciales, como resulten manifiestos a la luz de la sana crítica, los que más bien imponen al funcionario su cambiante conducta, según criterios cuya procedencia y legalidad corresponde determinar al Juez en última instancia.

Lo que la Administración Pública contratante hará no es, entonces, lo pactado ni lo previsible, sino lo necesario y exigible para satisfacer cabalmente ese interés público, cuyas exigencias variables con el tiempo son uno de los más importantes criterios correctos para juzgar de la legalidad de la conducta administrativa en la ejecución, modificación o extinción del contrato.

Es evidente que una Administración Pública contratante en tal posición vinculada y servicial, nunca podrá equipararse, ni por el tipo de interés al que está subordinada, ni por el tipo de relación que mantiene con la ley, ni por su grado de poder ante la otra parte, a un contratante común, es decir, a un "cliente" o "consumidor", en el sentido normal y auténtico de la palabra.

3. *Carácter subordinado y dirigido de la autonomía privada de la Administración Pública*

En los sistemas que admiten la contratación privada de la Administración Pública ésta aparece como dueña de una verdadera autonomía de su voluntad y capaz, aparentemente, para autodeterminarse con libertad y espontaneidad, en posición igual o parecida a la de un contratante común. Y debe decirse que se trata también de una apariencia, no obstante el indudable mayor grado de determinación que el fenómeno presenta respecto de la verdadera discrecionalidad administrativa, pues aún en tal hipótesis la Administración Pública actúa para fines públicos, a los que sigue vinculada y obligada, como cuando ostenta potestades públicas imperativas, aún cuando tenga libertad para decidir en cuanto a todos los demás extremos o elementos de su futuro contrato, no expresamente determinados por una ley. La vinculación al fin público legal existe siempre en toda conducta administrativa, contractual o autoritaria, de derecho público o de derecho privado. Este solo hecho es tan importante que por sí determina,

contra lo que pretende el teórico o el legislador que trata de preservar la autonomía negocial de la Administración Pública, otra serie de alteraciones de la relación contractual privada, como la existencia de procedimientos, contratadores, leyes y reglamentos, todos especiales para esa Administración Pública, inexistentes en los contratos entre particulares.

Esta decisiva observación es lo que ha llevado sabiamente al ordenamiento costarricense a la instauración de un solo régimen público para toda la contratación administrativa, pues es mucho más parecida la llamada contratación privada de la Administración Pública a su llamada contratación pública, que a la privada común que conocen los Códigos Civil y Mercantil.

Un hecho consecuente con la naturaleza pública del fin perseguido por la Administración Pública en su contratación, pública o privada, es la inevitable subordinación de la oficina legitimada (para contratar) a los otros órganos de la Administración Pública también encargados de conseguir ese fin o de vigilar por su adecuado cumplimiento.

"Así, si hay una relación de subordinación, la oficina puede recibir órdenes (si hay jerarquía) o directrices (si hay dirección) acerca el uso de su autonomía privada (por ejemplo: la Dirección General del dominio público puede ordenar que no se arriende ciertos bienes, que se arriende solo con ciertas cláusulas; el ministro puede dar directrices a los entes controlados de no hacer inversiones en un sector, de acopiar ciertas provisiones siguiendo un cierto modelo contractual) ... De este modo la oficina que controla otras, mediante un inteligente uso de las aprobaciones o improbaciones, y, en general, de los actos de contralor, puede incidir profundamente sobre la autonomía privada del controlado y frecuentemente el negocio celebrado en discrepancia del acto de controlar es inválido o ineficaz... Sería erróneo sostener que toda actividad administrativa de derecho privado de Administraciones Públicas no empresariales sea controlada o dirigida. La verdad es que la autonomía privada de las Administraciones Públicas no empresariales se presta a revestir caracteres de autonomía controlada o dirigida, mediante actos administrativos de la autoridad superior: se trata de una autonomía potencialmente controlada o dirigida; más precisamente llega a ser tal cuando la autoridad superior adopta un modelo de programa (de acción) para orientar la autonomía privada de las autoridades subordinadas hacia objetivos comunes" (Massimo Severo Giannini, op. cit., tomo I, pág. 495).

Es decir: que aún en las hipótesis en que los entes públicos o el Estado pueden —por determinación del respectivo ordenamiento— celebrar contratos comunes, sujetos al Código Civil o al Mercantil, en uso de una autonomía privada aparentemente igual a la de los particulares o presuntamente tal, incluso en esos supuestos es posible la incidencia de potestades de imperio sobre el contrato privado de la Administración Pública, celebrado o por celebrar, en virtud de las órdenes y directrices que pueden impartir los órganos superiores de aquel llamado a contratar, las cuales, aún sin llegar a condicionar la validez del contrato, pueden insertar en su contenido, desde un principio, privilegios y fines que lo conviertan en público y autoricen instantáneamente el juego de todos aquellos otros principios autoritarios de que se ha hablado, ahora sí patrón de la validez del contrato.

En síntesis: la autonomía privada de la Administración Pública nunca es propiamente tal, ni aún en los sistemas que la consagran y regulan, en virtud de la inevitable subordinación del contrato privado de aquella a un fin público, que impone la sumisión del mismo a mecanismos y relaciones de derecho público, como los indicados, que lo aproximan, cuando no equiparan, al contrato de derecho público. La Administración Pública, en razón de los fines públicos que persigue y de su propia constitución jurídica y organización, nunca puede ser un "particular" como el particular común, ni "cliente" ni "consumidor" común igual al comprador previsto por los Códigos Civil y Mercantil. Cuando éstos se refieren a él, obviamente no se refieren a la Administración Pública.

Esto es claramente reconocido también por aquéllos que, como Forsthoff y Giannini (dos cimas del derecho público contemporáneo), opinan por la posibilidad de principio de una actividad privada de la Administración Pública, sin necesidad de texto expreso de ley que así lo imponga, aunque nunca contra texto que la prohíba, como ocurre hoy en Costa Rica. Hemos leído ya a Giannini y su acertada teoría de la autonomía administrativa, controlada o dirigida. Forsthoff por su parte pertenece a un sistema en el que existe, constitucional e inmemorialmente (desde hace más de dos siglos) la institución del Fisco, el Estado con máscara de gente, sometido al derecho privado y creado adrede para hacerlo pasible de obligaciones y responsabilidades, en una época en la que el poder público, por serlo, se reputaba a ellas. Estraño vestigio institucional perviviente en el país jurídica, económica y tecnológicamente más avanzado de Europa, el Fisco, circundado en Alemania por las necesidades imperiosas del poder público en un Estado contemporáneo, ha tenido que transar y admitir la prevalencia de los principios de este último sobre los suyos propios, como lo atestigua elocuentemente el mismo Forsthoff. Dice en extensa cita, que se justifica por su valor ilustrativo a favor de nuestra tesis:

"El Fisco no es sujeto de poder ejecutivo (administrativo). No obstante, el alcalde de una ciudad, pongamos por caso, que solicita de los dueños de quioscos de prensa establecidos en las calles y plazas que dejen de vender ciertas publicaciones y los amenaza con que en otro caso, no como titular del poder local de policía, sino ejercitando el derecho de propiedad de vías y plazas urbanas, hará que les sea retirado el derecho al establecimiento de quioscos de prensa, actúa de modo antijurídico. Ese alcalde pretende lograr por una vía jurídico-privada lo que le está prohibido, en virtud del Derecho de policía. Pero al conceder esto, concedemos que el ente soberano y el Fisco no están uno al lado del otro sin relación alguna. En tanto que existe una relación no hay autonomía privada del Fisco, pues si la hubiese el proceder del Alcalde, no obstante su carácter lamentable, jurídicamente no sería objetable. Aquí opera el hecho de que el Estado y el Fisco son la misma persona, si bien en un ropaje jurídico distinto. De lo dicho resulta que no es lícito que el Fisco contradiga las decisiones fundamentales de principio que limitan al Estado como soberano. El fisco forestal, pongamos por caso, que excluyese a los afiliados a un determinado partido como licitantes en la subasta de maderas; el organismo encargado de realización de obras que adjudicase o contratase tan solo a los pertenecientes a una determinada confesión, se comportarían de un modo antijurídico, con las consecuencias previstas para el caso por el Derecho Civil" (Sociedad Industrial y Administración Pública,

Estudios Administrativos, Madrid, 1967, págs. 130 y 131). (el subrayado es nuestro).

Y concluye el autor con honesto reconocimiento de las realidades:

"Sin duda, tan solo un modo de pensar extremadamente formalista puede ignorar el hecho de que el Estado que se coordina con el ciudadano también encarna una potencia de primer orden —y ello tanto más cuanto la existencia individual depende en mayor medida del Estado— potencia que puede hacer valer su derecho contractual con un peso que encierra el peligro del abuso y la creación de posibilidades de dominio no previstas por la Constitución" (op. cit., pág. 127). (el subrayado es nuestro).

Es sorprendente que el autor intente —después de tales confesiones— la defensa de la posibilidad de principio y no por norma escrita y expresa de la actividad privada de la Administración Pública, cuando es claro que en Alemania esa posibilidad se da por virtud de tal texto expreso o, en el peor de los casos, por virtud de costumbre inmemorial, con la existencia del Fisco como institución coexistente con el Estado soberano. Si, finalmente, hubiera de reconocerse verdad al autor en tal posición, aceptando que en Alemania existe la contratación privada de la Administración Pública, sería el Fisco —y no principio alguno— su fundamento de validez.

4. *El Estado no es débil, ni urgido de protección legal en sus contratos*

No precisa largo razonamiento para demostrar que los problemas jurídicos que plante la existencia del Estado como participante en el mercado de bienes y servicio provienen exactamente del hecho contrario, a saber: el inmenso e incontrastado poder de negociación y regateo o, más bien, de negociación sin regateo, que le depara al Estado el volumen gigantesco y sin paralelo cuantitativo en la empresa privada, del gasto público.

Dice el mismo Forsthoff al respecto:

"Todo derecho es cuestión de proporciones. "El hecho de que en el siglo pasado se remitiese el Estado al papel de cliente en el mercado se correspondía tanto con el volumen de las necesidades estatales como con el volumen propio del mercado. Las necesidades estatales eran limitadas. Sin duda, el Estado era un importante cliente, por lo menos para determinadas ramas de la economía; pero estaba muy lejos de ser el único, puesto que la floreciente sociedad industrial se presentaba para el mercado con considerables necesidades. Algo ha cambiado en las proporciones indicadas. Si se tiene en cuenta que en nuestros días el establecimiento de una Universidad cuesta 800 millones de marcos y la construcción de una autopista cuesta por lo menos un millón de marcos por kilómetro (el autor escribe en 1959), se comprende que son suficientes esas cifras para indicar un cambio esencial de las proporciones... (op. cit., pág. 116)... En virtud de todo esto la proporcionalidad, la congruencia de regulación jurídica y realidad está alterada, y surge la pregunta de si, en definitiva, puede mantenerse la actual regulación y el ordenamiento jurídico vigente ofrece recursos suficientes para dominar la situación. Desde un punto de vista puramente teórico, la extraordinaria necesidad de adquisición del Estado actual ofrece la siguiente alter-

nativa: o bien el Estado produce por sí mismo los bienes que necesita o bien se los procura en el mercado dentro de las formas del negocio jurídico. Si se decide por la segunda posibilidad —y esto es lo que ha acontecido con la República Federal— nos encontramos en la situación de que el mercado, es decir: la economía tiene que disponer de capacidades de producción de alcance considerable para satisfacer las necesidades estatales. Naturalmente, la economía estará dispuesta a hacerlo a la vista de las oportunidades de venta que el Estado le ofrece. Pero, por otra parte, esta situación encierra en sí todos los peligros que implica la inequívoca superioridad en el mercado de una de las partes, es decir: la superioridad del Estado. La situación origina dependencias de la demanda estatal de diversos grados de intensidad (op. cit., pág. 117)... Esas dependencias son un resultado de la alteración de las dimensiones y esa alteración tiene como causa la técnica. Las extraordinarias revoluciones sociales, económicas, financieras ocasionadas, cada vez en mayor medida, por la irrupción de la técnica, comienzan a cobrar figura. En muchos sectores —trátese de la construcción de carreteras o de la radio y la televisión, de la sanidad o del ferrocarril y el correo— las exigencias técnicas elevan incesantemente el nivel de ese carácter y nada digamos de los gastos de defensa a nivel actual o de los costos de la navegación espacial" (op. cit., pág. 119) (el subrayado es nuestro).

Es decir: hay un enorme costo creciente de la Administración Pública actual y de sus servicios, generado por las innovaciones tecnológicas, el crecimiento demográfico y la inflación, pero sobre todo, por el incesante aumento de los servicios públicos (cada día más, con costos cada día mayores) como resultado del llamado Estado de Bienestar o Estado Social (*Welfare State*), que intencionalmente persigue dar a la Administración Pública papel decisivo en la producción y en la distribución de la riqueza, para nivelar las clases y dar a todos oportunidades reales, pecuniariamente mensurables, de participación en los bienes creados por el mismo desarrollo tecnológico y social.

Si algún problema jurídico plantea la participación del Estado y su Administración Pública en el mercado de hoy día es exactamente el opuesto al del consumidor pobre y desvalido, sin poder económico y urgido de protección jurídica para nivelar, con la del oferente o vendedor su capacidad de regateo y contratación. Todavía más: puede decirse, sin temor a equivocaciones, que el Estado de hoy es, con su capacidad de gasto y de compra, el factor más importante y determinante del mercado contemporáneo de bienes y servicios, al punto de que —en los sistemas que lo admiten— su mera participación como operador económico privado, orientada hacia determinados productos o contra ellos, en favor o en contra de determinadas regiones, pro o contra ciertos procesos productivos o de consumo, es suficiente para la regulación del mercado en esa misma dirección, sin necesidad de más intervenciones autoritarias o exorbitantes del derecho privado que la ley que lo autorice a hacerlo. Esto ocurre por ejemplo en Francia. Dice Gerard Farjat al respecto:

"Si las mutaciones tecnológicas implican un cambio en el ordenamiento global de la sociedad, las modificaciones relativas al dominio de acción del Estado son más significativas todavía. No solamente no hay más un "dominio por naturaleza" de la acción estatal, sino que se ha pasado en Francia, a una situación inversa. Se puede hablar ya de la universalidad de la acción estatal...

Esta generalidad se puede expresar en tres proposiciones: 1) El principio de la libertad de industria y comercio ya no es un obstáculo a la acción de los poderes públicos; 2) No hay más, en la práctica, un dominio confinado de dicha acción; 3) Cuantitativamente, el Estado juega un papel determinante en la economía de mercado... (págs. 210 y 211). "El Estado juega un rol determinante en todas las funciones económicas directas: como cliente, como productor, como patrono, como banquero. Todavía más: detenta una posición dominante, sino un monopolio, en la mayoría de los sectores claves: la energía, los transportes, y, sobre todo, el crédito. Pero es necesario agregar a tales funciones económicas directas y cifrables, las funciones económicas que los poderes públicos ejercen como soberanos —el "orden público económico"— en relación con los contratos privados. En virtud de tal "orden público económico", el Estado puede regir el conjunto total de la vida económica privada" (pág. 212) *Droit Economique*, Presses Universitaires de France, 1971).

Resulta claro que un Estado ubicado en tal posición predominante en lo económico —y no solo en lo político— no puede ser un consumidor común, aunque así lo quieran los servidores y funcionarios públicos o equivocadamente lo pretenda el ordenamiento.

El primer hecho demostrativo de este inmenso poder estatal es que el mismo Estado quiere, con normas y leyes, o por aparte de ellas, conformar y regular el mercado, manipulando el gasto público, el crédito y/o convirtiéndose en empresario él mismo. Su misión no es consumir, sino producir y/o servir, a modo de agente transformador de lo que compra en prestaciones a la comunidad.

5. *El Estado no es "consumidor económico"*

Esta función del Estado —cada día más acentuada y evidente— como promotor y constructor de riqueza y de actividad económica, propia o privada, ha permitido ver el gasto público no como una destrucción de riqueza en beneficio personal de los servidores públicos o del partido gobernante, sino como una redistribución del ingreso nacional hacia la sociedad y sus componentes más débiles, aumentado y multiplicado por los resultados de desarrollo económico-social que así se consigue, al empuje de una política estatal bien estudiada y puesta en marcha.

Dice el conocido publicista francés Maurice Duverger al respecto:

"En tanto que los financistas clásicos consideraban el gasto público como un consumo y le atribuían carácter destructor, los financistas modernos lo conciben esencialmente como una simple transferencia de riqueza, que la hace cambiar de manos pero que no destruye en nada su substancia... Algo es notorio en estos financistas clásicos: su desconfianza frente al gasto público. "Ahorrar": tal es el ideal que le asignan al Estado... Se tiene una tendencia visible a juzgar el gasto público como un mal, necesario quizá, pero que urge contener en los límites más estrechos posibles. Los clásicos parecen considerar al Estado exclusivamente como "consumidor" de bienes: por sus gastos, recoge una parte de los bienes que están a disposición de la nación y los consume, es decir: los destruye" (*Finances Publiques*, Presses Universitaires de France, 1963, págs. 33 y 34).

El autor hace ver que el Estado adquiere y compra para cumplir con una función redistributiva, que reviste formas variadas (pago a sus servidores con lo que produce la venta de sus productos; pago a sus servidores con impuestos y, finalmente, prestaciones a terceros y al público general, también con impuestos), pero que, en todas ellas, conduce necesariamente a una transferencia a la Sociedad de lo recibido por el Estado o la Administración Pública en función de intereses igualmente públicos y sociales. En la ciencia y en el derecho financieros modernos el Estado no aparece como "consumidor", ni aun cuando compra, porque se supone que, directa o indirectamente, lo adquirido (incluso el equipo de oficina y todo otro bien instrumental para su organización externa y para la prestación de los servicios públicos) será transferido y no destruido, a través de las prestaciones redistributivas a su cargo, sea en especie (servicios públicos), sea en dinero (salarios, subvenciones, etc.).

La nueva concepción económico-financiera coincide, como se ve, con el derecho de la contratación administrativa más reciente y evolucionado —como el que hoy vive Costa Rica—, que reputa a la Administración Pública, en consideración precisamente a esos mismos fines públicos siempre presentes en su conducta, como sujeto de derecho público frente a su co-contratante, armado de todas las prerrogativas y privilegios de poder, así como sujeto a todos los deberes y limitaciones necesarios, para cumplir adecuadamente esos fines públicos. El Estado, como dice Duverger, no es más "consumidor" sino "re-distribuidor" y "multiplicador" de la riqueza colectiva, incluso cuando compra o consume un bien, que así se incorpora al costo de los servicios públicos y de las prestaciones estatales pecuniarias o "in natura" en beneficio del individuo y de la sociedad en general.

"Consumo" es, según el Diccionario de la Lengua, "Gasto de aquellas cosas que con uso se extinguen o destruyen"; o bien, según Diccionario de Economía Política de Wolfgang Heller (ed. Labor, Barcelona, 1969) "la etapa del proceso económico consistente en la satisfacción directa de las necesidades"; todo lo cual supone que, por esencia, consumo es destrucción de la cosa o es la etapa final de su uso, sin transferencia ni incorporación física ni ideológica, a un proceso ulterior o a una cosa nueva y más comprensiva. Si hay transferencia o incorporación a otro bien o proceso económico, no hay consumo, sino, precisamente, redistribución. Que es, por lo dicho, lo que se da con los "consumos" de la Administración Pública, consistentes todos en transferencias o incorporaciones nuevas y comprensivas, cuyo disfrute sí constituye la etapa de la satisfacción directa y final de las necesidades públicas. Ni jurídica ni económicamente, la Administración Pública puede reputarse "consumidor común".

6. *Los modelos de contrato y los clausulados generales, expresión de la supremacía negocial del Estado y de sus entes*

La superioridad real y jurídica del Estado frente al co-contratante queda de manifiesto en dos instrumentos jurídicos típicos de la Admi-

nistración Pública contemporánea, que son sus "modelos" de contrato ("machotes) y sus clausulados generales. Sobran citas doctrinarias que los definan.

El contrato de la Administración Pública con sus proveedores es normalmente elaborado por ella, no por éstos. Esto es evidente, sobre todo, en los contratos adjudicados en licitaciones públicas, en los cuales, por escueto que sea el "cartel", se regulan los elementos y cláusulas esenciales del futuro contrato, aquellas que realmente interesan a la Administración Pública. En estas hipótesis, además, existen los llamados pliegos generales (de condiciones y términos, o de especificaciones técnicas) que se incorporan al "cartel" por mera remisión a ellos o por disposición legal o reglamentaria, sin la menor discusión con el particular licitador. El fiel y puntual ajuste de la oferta de éste a dicho "cartel" a los pliegos generales (negociales y técnicos) y, en general, a todo el bloque de la legalidad regulador del contrato, es condición sine qua non del derecho a participar en el concurso; caso opuesto, la oferta es rechazada y anulada la adjudicación que la favorezca. El art. 36 del Reglamento de la Contratación Administrativa dispone:

"El cartel de licitación o pliego de condiciones, *constituye el reglamento específico de la contratación que se promueve*. Se entienden incorporadas al mismo todas las normas jurídicas vigentes aplicables al procedimiento". (el subrayado es nuestro).

El art. 39 indica qué contiene el cartel:

"Art. 39.—El cartel de la licitación comprende dos partes o clausulados: las condiciones de orden general y las específicas o particulares.

Las primeras se refieren fundamentalmente a aspectos tales como el número de la licitación (deberá adoptarse una serie permanente, o una serie anual seguida de la licitación del número del año respectivo), el nombre del objeto (éste deberá ser corto pero expresivo), el nombre de la Administración que promueve el concurso, el plazo que se señala para la apertura de las ofertas y eventualmente el plazo para la adjudicación (cuando se requiera que éste sea mayor de 30 días hábiles), el número de copias que deberán presentarse con el original, la dirección a que han de ser dirigidas las propuestas, las especies fiscales que deben aportarse cuando la Administración considere oportuno recordarlo, el monto y forma de las garantías, etc.

Las segundas se refieren a la descripción del objeto del negocio, como podrían ser, en relación con los contratos de suministro de equipo o materiales, el peso, el volumen, la potencia, el color, la resistencia, el tipo, características, etc.; o respecto a contratos de obra, los planos, el libro de instrucciones, normas racionales o internacionales aplicables, plazo de construcción, etc. Asimismo, queda comprendida por este clausulado, la demanda que haga el pliego de condiciones de muestras, atestados, estados financieros, nóminas de personal especializado que ejecutará determinados trabajos, plazos de entrega, entrega en puerto o en bodega o en otra forma, financiación, etc".

El artículo N° 38 indica quién y cómo se elabora el cartel:

"Artículo 38.—El cartel deberá constituir un cuerpo de especificaciones: Técnico, claro, suficiente, concreto, objetivo, amplio en cuanto a la oportu-

nidad de participar. A tal propósito la Administración interesada podrá solicitar, para confeccionarlo, la asistencia de organismos o entidades o personas especializadas en la materia, de que se trate, sin interés particular directo ni indirecto en el negocio, cuando no tuviere en su organización los elementos técnicos necesarios".

Complementa el art. 82, ibidem:

"La elegibilidad de la oferta está condicionada a su ajuste a las condiciones y especificaciones del cartel, de tal manera que cualquier incumplimiento relativo a condiciones o especificaciones significativas del pliego, constituye motivo de exclusión".

Acabala la institución el art. 89 ibidem, que dice:

"Respecto de las especificaciones invariables del cartel, debe entenderse que el oferente las acepta y se compromete a las mismas sin necesidad de declaratoria suya sobre el particular, al igual que queda obligado por las disposiciones de este reglamento y de los reglamentos subalternos que se emitan".

Es el oferente o vendedor —al Estado y a sus entes— quien se enfrenta normalmente a clausulados ya elaborados unilateralmente por la Administración, como ocurre con los llamados contratos de adhesión, de cuya naturaleza son la mayoría de los que celebra la Administración Pública, en virtud de lo ya dicho y explicado. Casi nunca ocurre lo inverso, sea: que la Administración Pública haya de firmar contratos redactados por su co-contratante y proveedor, en condiciones favorables al interés de éste y no igualmente en favor de la Administración Pública, o de plano, perjudiciales para ella. Frente a la Administración Pública que compra o "consume" es el proveedor quien carece de poder de regateo y de contratación, y es la Administración Pública la que, más bien, lo ha sustituido en la posición de superioridad, como si fuera vendedora y oferente, y no a la inversa. Es sobre esta base que, como se dijo, hay opinión mayoritaria a favor de la consideración de los contratos de la Administración Pública como "contratos de adhesión", unilateralmente redactados por ella, no obstante lo cual, contra la regla de principio para la interpretación de contratos comunes de ese tipo, la doctrina se inclina por sostener que, en la duda, los de la Administración Pública han de interpretarse a favor de ella y de la continuidad de los servicios que atiende, tal es la solidez de su posición de ventaja en el contrato.

"En contra de lo que ocurre en derecho privado, donde la duda debe interpretarse en favor de quien ha contraído la obligación, en derecho público la duda debe interpretarse siempre, como dice Jeze, "en el sentido más favorable al funcionamiento continuo y regular del servicio público, en primer término, y solo en segundo lugar, en favor del deudor" (Miguel Angel Bercaitz, Teoría Gerentel de los Contratos Administrativos, pág. 252).

Y es más claro y contundente Enrique Rivero Isern cuando dice:

"Dado el hecho de que los contratos administrativos son contratos de adhesión, en el sentido ya indicado, es indudable, como también se ha ex-

puesto, que la voluntad predominante, a los efectos de su interpretación, es la voluntad de la Administración (pág. 73). "Con esta perspectiva puede afirmarse que la común intención de las partes en el contrato administrativo se reconduce a la idea del interés público. A la realización de éste deben tender tanto la Administración Pública como el contratista. El interés público se presenta, por tanto, como principio básico de la interpretación del contrato administrativo" (pág. 75). "La interpretación, como indica Pequignot, se hace en función del interés general. Si el interés del contratista no atenta contra el interés general no hay razón para que no sea escrupulosamente respetado, pero si ambos entran en conflicto, prevalece el primero" (pág. 98) (La Interpretación del Contrato Administrativo, Instituto García Oviedo, Universidad de Sevilla, 1971, págs. citadas).

Es cierto que a menudo los pliegos de condiciones generales no existen, pero lo normal es lo contrario, y, en todo caso, la parte más significativa del clausulado, aquel mínimo imprescindible para que el contrato realice su fin público, está dado siempre y necesariamente en las cláusulas "invariables" o "pliegos particulares", la discrepancia respecto de las cuales causa la exclusión automática del licitador. De todos modos, la existencia de los clausulados tipo o generales es lo normal y frecuente en los contratos de la Administración Pública contemporánea y ese clausulado, típico régimen administrativo y no civil ni mercantil, es inderogable y debe ser respetado por el funcionario que contrata, sin que éste pueda omitirlo o pactar derogaciones en su contra. Mediante el "cartel" y los "pliegos de condiciones generales" la Administración Pública se garantiza normalmente su interés en el contrato, estipulando todo lo que es necesario y conveniente para ella, en contra del co-contratante y con obvia ventaja y superioridad inicial y sucesiva sobre éste.

La subordinación del co-contratante a la Administración Pública alcanza su máxima intensidad con los llamados "machotes" o modelos de contrato, pues en éstos se regula e impone totalmente el texto del futuro pacto, sin dejar libertad alguna a la otra parte, salvo la de aceptar o rechazar en bloque la proposición. Sería ingenuo o utópico ignorar la existencia y la proliferación vertiginosa de este tipo de acto o contrato de la Administración Pública que, para obtener la aprobación, autorización o visto bueno de ella, ha de uniformarse totalmente a sus dictados en punto a su contenido. La existencia de este tipo de modelos contractuales revela hasta qué profundo grado ha calado el poder negocial, económico e institucional de la Administración Pública frente al ciudadano o proveedor de ella, en la elaboración del respectivo contrato. Es, más bien, este proveedor quien se halla desamparado ante la demanda de provisiones y servicios por el Estado y quien se halla siempre forzado a contratar en las condiciones que éste le impone unilateralmente, dados la jugosidad —por volumen y duración— de los contratos que le ofrece, así como las "ingentes inversiones que exige su cumplimiento". Es posible, como se advirtió, que en casos aislados y aún frecuentes la situación sea la inversa y el co-contratante pueda tomar la iniciativa y proponer a la Administración Pública un contrato tipo, nacido de la experiencia empresarial en el sector económico correspondiente, la cual puede no existir o darse en menor grado en la Administración Pública interesada. Pero lo normal, reiteramos, es

lo contrario y sólo esa normalidad —no las excepciones— es la que puede tomar en cuenta la ley al regular la contratación de la Administración Pública. Cuando una ley se refiere a contratos de adhesión redactados en favor del oferente y en contra del comprador o consumidor, para alterar imperativamente su clausulado en beneficio de este último y eliminar el desbalance dado, está refiriéndose a los contratos entre particulares, y no a los que celebre la Administración Pública como compradora. En éstos la protección para ella está en el "cartel" y en el clausulado de las condiciones generales aplicables, elaborados por ella misma, así como en las leyes tutelares de ella, donde el Estado ha tenido la oportunidad de insertar todo aquello que le conviene sin siquiera dispensar consulta o discusión a su co-contratante. Este clausulado, unido a las leyes típica y específicamente dictadas para regir la contratación de la Administración Pública, y no leyes privadas dirigidas a los particulares, es y representa la única verdadera garantía de eficiencia y conveniencia de la contratación administrativa para alcanzar el fin público en juego.

III. Consecuencias de las premisas sentadas

1. El Estado y sus entes no son "consumidores protegidos" en nuestro derecho positivo

La reforma al artículo 1023 del Código Civil tiene por principal objetivo defender al consumidor, y hasta se pensó incluirla en la Ley de Protección al Consumidor, lo que finalmente se desechó. Tal objetivo tutelar consta del dictamen legislativo afirmativo que dijo al respecto:

"Es necesario instaurar preceptos que vengán a regular dicha contratación con el objeto de equilibrar los intereses de los contratantes y de resguardar el equilibrio contractual".

Este objetivo tiene carácter de orden público en beneficio de los consumidores, y su frustración, por una o varias de las cláusulas prohibidas, causa la nulidad absoluta de ésta o éstas.

Un principio general de Derecho Administrativo, igualmente imperativo que una ley de la Asamblea Legislativa, es el de que, por todo lo dicho, las reglas civiles o mercantiles, imperativas y de carácter tutelar, dictadas para proteger un cierto grupo débil o pobre de la comunidad, no son aplicables en beneficio del Estado (o sus entes) que, por definición, es la persona jurídica mayor y más poderosa de todo ordenamiento. Es admisible, incluso, que el Estado quede obligado a respetar esas limitaciones de orden público a la libertad de contratación en beneficio de los demás, y cuando él aparezca frente a ellos como oferente o vendedor, si se quiere emplear la terminología de la ley. El Estado, se dice, está obligado a respetar el derecho que él crea en beneficio de los pobres, los débiles o las minorías, pero es inadmisibles que, equiparándose a ellos, aplique en su beneficio y contra quien aparece ante él como vendedor u

oferente, las reglas de protección que dictó en favor de los débiles, los pobres o las minorías. El no es parte de ellos y no puede beneficiarse de los privilegios ni de los derechos que él mismo creó sólo para ellos. De esto tenemos un buen ejemplo, importante y claro, en el Derecho Público costarricense, a saber: las garantías individuales constitucionales, también llamadas libertades públicas o derechos humanos, dictadas y reconocidas para proteger al ciudadano contra el Estado y sus entes, no son aplicables en favor de estos últimos porque no son ciudadanos, sino todo lo contrario. Es decir, si mañana una ley del Estado cobrara vigencia retroactiva, con perjuicio de los derechos adquiridos por el Estado frente a otro sujeto y con aparente violación del art. 34 de la Constitución, que prohíbe la retroactividad de las leyes, el Estado (a través del Poder Ejecutivo) no podría invocar en su favor aquella garantía constitucional, simplemente porque él no es ciudadano y carece de toda garantía al respecto. Si reacciona tiene que hacerlo invocando otras normas específicas dictadas para su protección y favor, que sí existen.

Dice el autor francés Philippe Braud, en su obra "La Notion de Liberte Publique". Ed. Librairie Gral de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1968, págs. 208 y 209:

"Sea como sea, estas personas (públicas) conllevan rasgos comunes que impiden reconocerles el goce de libertades públicas, es decir: de derechos subjetivos correlativos de obligaciones estatales en sentido auténtico. En efecto: por iniciativa de establecimientos públicos, son creadas por la autoridad pública; jamás son el producto de una iniciativa privada, libre y espontánea... Por este mismo hecho su existencia depende enteramente de la buena voluntad de la ley, la cual puede teóricamente, en caso de conflicto, reducir las a la nada jurídica... En definitiva, todas las personas morales de derecho público no son sino muy excepcionalmente beneficiarias de libertades públicas. Estas libertades rigen las relaciones entre los particulares, de un lado, y el Estado, del otro. Ahora bien: las personas de derecho público son, por naturaleza, correa de transmisión muy mal diferenciadas de la Administración Pública que las mueve. Es este rasgo el que explica evidentemente la orientación de las soluciones dadas y justifica la diferente situación de las personas morales del derecho privado".

Es posible que los entes públicos tengan, frente al Estado o a otras instituciones de igual naturaleza, derechos subjetivos públicos, pero serán distintos de los que son humanos, propios sólo del individuo o sus agrupaciones: derecho al nombre, a la autonomía normativa, a la oportuna aprobación del presupuesto, etc. En ningún caso un ente público viene protegido por las garantías que están diseñadas para las entidades privadas y ello en razón de que, en tanto que público, el ente es instrumento del Estado para la realización de los fines que éste le ha impuesto a través de su ley orgánica, sin libertad posible frente a él. Se trata, en realidad, de fines y entidades del mismo Estado. La libertad o las libertades pertenecen al individuo o a grupos sociales no públicos ni estatales, en cuanto expresan el pensamiento y los intereses de la Sociedad, frente al Estado y entes. Esas libertades organizadas forman las instituciones básicas de la Sociedad, no del Estado.

Dice el reputado constitucionalista Karl Lowenstein:

"Siempre que estos derechos se refieren a la familia, al matrimonio, a la religión y a la educación, se trata más que de libertades individuales de instituciones básicas del orden social liberal occidental, siendo anteriores a cualquier Constitución; cualquier alusión constitucional tiene, pues, tan solo un valor declarativo" (Teoría de la Constitución, Ediciones Ariel, Madrid, 1965, pág. 391).

Esta explicación parte del supuesto-común a todo el derecho social de la existencia del individuo y de los grupos u organizaciones intermedios, como integrantes de un orden de la Sociedad, en cuanto distinta e independiente, por origen y por fines, del Estado, exactamente como ocurre con la clase de los consumidores, de los trabajadores, de los asegurados, etc., grupos o clases que reciben tutela legal del Estado, en la medida en que, justamente, guardan para con él la independencia apuntada, es decir: en la medida en que son entes o grupos "privados" y no "públicos". Se trata de entes o grupos "privados de interés público", cuyos derechos y protecciones son exclusivos de ellos, en tanto de distintos del Estado, y que, por lo mismo, no pueden ser jurídicamente de este último. En esto lo que ocurre con las normas —como el art. 2023 del Código Civil— de protección al consumidor. Estas normas protegen al individuo o a los grupos privados creados por él, nunca el Estado, quien es, más bien, el otro polo del fenómeno jurídico en examen y, por definición, quien da la protección, no quien la recibe.

2. La inexistencia de la "autonomía de la voluntad" en el Estado y sus consecuencias

Una demostración concreta de lo dicho está en la finalidad, ya apuntada, de la reforma al art. 1023 del Código Civil. Nulidades absolutas como las previstas por ésta son todas protectoras de la llamada "autonomía de la voluntad" de los particulares, es decir: de la capacidad de las personas privadas para celebrar contratos con plena libertad, sin sufrir engaños ni presiones indebidas, según lo dispone el mismo artículo 1023 en su párrafo primero. Se supone que para ser libre en la contratación el consumidor tiene que ser ayudado y protegido por la ley, sin lo cual el excesivo poder económico del vendedor u oferente, con abuso de la debilidad del consumidor, conduce a las cláusulas leoninas que se prohíben. Pero es lo cierto que en Costa Rica el Estado y sus entes carecen de autonomía de la voluntad, incluso cuando pretenden actuar como empresas privadas, según todo lo ya expresado. Y si no la tienen, es imposible que se les aplique una ley destinada a protegerla. La afirmación anterior es cierta en la medida en que se admita que aún cuando contraten como si fueran particulares, las entidades públicas tienen siempre a su disposición, por Constitución o por ley, una serie de organismos y procedimientos de contralor, así como de limitaciones legales, llamados específicamente a protegerlas en su contratación con los particulares y que sólo

para ellas existen y fueron creados. El Estado no puede en ningún caso actuar para un fin que no sea público, y éste debe ser, concretamente, propio de la competencia del Ministerio o de la entidad pública que busca del contrato; ni puede tampoco prescindir de la licitación pública, ni del contralor oficioso de la Contraloría General de la República, ni del interno ejercido por la Oficina de Presupuesto antes de la licitación para garantizar la existencia de la partida presupuestaria requerida, todo lo cual le impone, más que le permite, cumplir estrictamente con la ley y llenar su cometido público, prácticamente sin autonomía ni libertad negociales. Puede decirse con buen fundamento que toda la función contralora de la legalidad y oportunidad de los actos y contratos del Estado y sus entes, no es otra cosa que una forma de proteger sus intereses en la contratación pública, frente a sus servidores y a terceros, con entera independencia del poder y capacidad económicos de las partes en el contrato. A este efecto el servidor público que contrata se entiende como persona jurídica distinta e independientemente del Estado cuando lo hace ilegalmente, en forma tal que el Estado no quedará obligado si la conducta del servidor contratante viola gravemente la ley, y esa liberación del acto o contrato ilegal se producirá no sólo en la vía judicial, sino, lo que es mucho más importante y expedito en beneficio de la Administración Pública, en la vía administrativa, por anulación que decretará el propio servidor responsable o el Ministro, su superior jerárquico. Estas son las formas típicas y específicas del Derecho de la Administración para protegerla frente a sus co-contratantes, y ello con entera independencia del Código Civil o Mercantil y de sus reformas, sin las cuales o contra las cuales se aplican los diferentes mecanismos tutelares y especiales de la Administración, que hacen innecesarios y hasta primitivos los contemplados en el Derecho Civil o Mercantil común.

En otras palabras: la Administración Pública actúa en condiciones y con fines, limitaciones legales, contralores y procedimientos tutelares totalmente inexistentes en la empresa privada en materia de contratación, todos dirigidos a protegerla y a lograr para ella el contrato y el contratista mejores posibles, por lo que no tiene necesidad de las protecciones que se dan a los particulares con el mismo fin, contenidos en sus respectivos Códigos privados.

3. *La inaplicabilidad general a los contratos administrativos del régimen civil y/o mercantil de las nulidades*

Es regla general la diversidad e incompatibilidad entre el derecho administrativo y el privado en materia de contratación (civil o mercantil). Ha dicho nuestra Corte de Casación al respecto:

"No pueden violarse preceptos legales que atañen a problemas o situaciones de carácter civil, si el convenio de la Administración Pública por el cual se consideran violados, no tiene esa naturaleza. (Casación Niehaus c/El Estado, N° 4, Tomo 1, 1er. Semestre, Colección de Sentencias de Casación, 1958)".

En el derecho privado está permitido al particular todo lo que no le está prohibido (lo que se llama el "principio de libertad negocial" o "autonomía de la voluntad"). Lo prohibido es todo lo opuesto a la moral, a las buenas costumbres o al orden público (art. 28 de la Constitución Política y art. 631, inciso 2 del Código Civil). Desde este punto de vista cada prohibición reviste la máxima importancia, por lo que la violación de cualquiera de ellas produce siempre nulidad absoluta (art. 10 Código Civil). En el derecho administrativo todo lo que no está autorizado está prohibido, de modo que sólo está permitida aquella conducta de la Administración Pública que está regulada por el ordenamiento jurídico (art. 11 Constitución Política); pero no todas las leyes reguladoras ni todas sus violaciones tienen la misma importancia, desde el punto de vista de los fines públicos afectados. De consiguiente, la sanción contra las dichas violaciones será más o menos grave, según el mayor o menor impedimento que cada una represente para lograr ese fin público y también según la importancia de éste: si lo imposibilita o lo hace muy difícil, el acto violatorio será absolutamente nulo; si lo hace difícil pero asequible, lo será solo relativamente, y si es una mera anomalía o irregularidad sin efecto sustancial contra el fin público, no habrá sanción del todo, lo mismo que si la ley y su fin son poco relevantes.

Esto revela la imposibilidad de elencar exhaustivamente los motivos o infracciones que causan las diversas nulidades en el derecho administrativo, pues habrá necesidad de apreciar caso por caso, o, a lo sumo, especie por especie de violación, con mucho más diversidad y detalle que en el derecho privado. Es inadmisibles, entonces, que este último pueda servir para enumerar los motivos de invalidez de los actos o contratos de la Administración Pública mediante simple aplicación a éstos de normas que regulan igual materia, pero en relación con los contratos civiles o mercantiles comunes.

En el derecho privado hay un interés público predominante en que toda nulidad sea localizada y declarada para defender a la comunidad y a sus más fundamentales bienes jurídicos protegidos por la prohibición legal violada, contra o por encima del interés exclusivo y egoísta de las partes en el contrato; en tanto que en el derecho administrativo, a la inversa, hay una razonable tendencia a mantener la validez y eficacia de los actos o contratos de la Administración Pública en razón justamente del interés público que ésta persigue realizar por su medio. De conformidad, el régimen de las nulidades del derecho administrativo tiende a seleccionar y dificultar las anulaciones de los actos o contratos de la administración pública, con el objeto de proteger la continuidad y la eficiencia de su actividad, que de otro modo podrían verse perturbadas por anulaciones frecuentes y eventualmente inoportunas y dañinas para la comunidad.

Hay que proteger, por otro lado, la confianza del ciudadano depositada en la Administración Pública, la validez y legalidad de cuyos actos y contratos siempre se presume, para permitirle su inmediata ejecución, en beneficio de los fines públicos a su cargo. El particular que contrata

con la Administración Pública atendido a esa alta misión de ésta y a la presunta legalidad de sus actos y contratos, no debe verse frustrado con la posterior anulación de los mismos por cualquier clase de violaciones, aunque no tengan gran importancia en el caso. Sólo pueden decretarse las anulaciones absolutamente indispensables para orientar la conducta administrativa hacia su fin pública propia y para evitar daños indefensas del ciudadano. El llamado "principio de conservación" de los actos y contratos alcanza su mayor y mejor aplicación en el derecho administrativo.

"Este (el acto administrativo), sin perjuicio de su regularidad o defectuosidad, significa en todo caso una manifestación de la autoridad del Estado y, en cuanto tal, lleva consigo una pretensión de cumplimiento. Por esto, aquél que confía en la validez del acto administrativo, merece también la protección del Derecho" (Ernst Forsthoff, Tratado de Derecho Administrativo, Instituto de Estudios Políticos, 1958, Madrid, pág. 311).

De todo esto derivan consecuencias legales muy distintas cuando se da un motivo de anulación en el derecho administrativo y en el privado. Damos ejemplos:

a) Las nulidades del derecho administrativo, al menos cuando son absolutas, pueden ser declaradas de oficio por la propia Administración Pública en la vía administrativa, según sea más o menos conveniente hacerlo a su exclusivo juicio, sin intervención del Juez; en tanto que lo contrario ocurre con las del derecho privado, que sólo el juez, con exclusión de las partes, puede y debe conocer y declarar (arts. 11 y 35 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y su doctrina, según condensada en sentencia del Tribunal Superior de lo Contencioso-Administrativo). Dice un fallo al respecto, confirmado por la Corte de Casación:

"La nulidad de pleno derecho es una sanción que se establece para cuando se ha violado el ordenamiento jurídico en una forma ostensible; no tiene el acto nulo de pleno derecho más que una apariencia de acto jurídico; es una tentativa que debe quedar sin resultado y que puede ser declarada de oficio por la propia administración; estos actos no son susceptibles de consolidación ni se pueden subsanar por el transcurso del tiempo; pueden ser privados de sus efectos en cualquier momento y en relación con ellos no existe plazo de prescripción. Por tales entiende la doctrina, aquellos actos dictados por órgano manifiestamente incompetente; los dictados omitiendo total y absolutamente el procedimiento establecido; y aquellos que tengan un contenido imposible o que constituya delito". (Sentencia 1001 de 9:20 horas del 12 de julio de 1974 Azucarera El Viejo S.A. c/S.N.E. Tribunal Superior Contencioso Considerando 2º). (el subrayado es nuestro).

b) Las nulidades relativa al derecho administrativo sólo pueden reclamarse en plazos de impugnación muy cortos, de días en materia de recursos administrativos o de meses (dos) en materia de acciones contencioso-administrativas; en tanto que las de naturaleza civil o mercantil prescriben en cuatro años a partir de su conocimiento.

c) Los plazos de impugnación de las nulidades administrativas no sólo son mucho más cortos que la prescripción cuatrienal apuntada, sino que, además, son de caducidad y no de prescripción, de tal forma

que no pueden interrumpirse sino con la presentación del recurso o de la demanda contenciosa, cuya omisión imposibilita al quejoso impugnar el acto después.

ch) Las normas cuya violación produce nulidades en el derecho administrativo son todas las que regulen la conducta de la Administración Pública, tanto la Constitución, como las leyes de la Asamblea Legislativa y los reglamentos del Poder Ejecutivo y de las entidades autónomas, sin codificación posible; en tanto que las que originan las nulidades en el derecho privado son los Códigos Civil y Mercantil y el tipo de violación, así como el de las consecuencias que genera, están expresamente previstos en los arts. 835 y siguientes del Código Civil. En virtud de todo ello, rige el principio general de derecho de que o bien el régimen de nulidades del Código Civil no se aplica nunca a los actos y contratos de la Administración Pública; o bien el de que se aplica únicamente en aquellas partes del mismo que pueden reputarse compatibles, ya no en virtud de ser leyes obligatorias (porque en el ámbito de la conducta de la Administración Pública no lo son) sino por ser adecuadas a la naturaleza y circunstancias del acto o contrato administrativo en examen.

En resumen: Dada la diversidad de sujeto (Administración Pública y particular), así como la de fines o intereses (públicos en un caso y privados en otros), el régimen de nulidades del derecho administrativo tiende a proteger la validez de los actos y contratos de la Administración Pública, en tanto que el propio del derecho privado persigue sancionar toda ilegalidad de los actos y contratos entre particulares, por reputarla dañina, además, a la mora, a las buenas costumbres y/o al orden público. Consecuentemente, el régimen de nulidades de un derecho es inaplicable al otro, salvo expresa norma en contrario, que en el presente caso no existe.

Nuestra Casación ha acogido igual punto de vista, sin reservas ni reticencias, con expresa alusión —como tiene que ser— a los distintos fines que persigue uno y otro régimen de nulidades.

Ha dicho:

"Las normas que el Derecho Civil y especialmente nuestro Código Civil establece para la invalidez de los actos jurídicos no pueden aplicarse en un sentido estricto a los actos administrativos, que marcan otro lineamiento a seguir orientados por el interés social que entra en juego". (Casación Nº 76 de las 16 horas del 13 de setiembre de 1956, tomo I, sem. II, pág. 1414).

Esto es así, sobre todo, en relación con las nulidades absolutas, que son las más graves de todo ordenamiento, como pasamos a explicarlo.

4. El carácter excepcional, típico y expreso, de las nulidades absolutas en el derecho de la Administración Pública

Si, como quedó visto, el objetivo de las nulidades en el derecho administrativo es el de sancionar únicamente los casos más graves de vio-

lación de la ley, para consagrar la validez del resto, la regla general es la de que los actos y contratos de la Administración Pública se presumen válidos y correctos y la excepción será la nulidad o la anulabilidad del acto o contrato.

Dice el citado autor Forsthoff al respecto:

"De aquí resulta el siguiente principio general: en caso de duda, también el acto administrativo defectuoso es válido. La presunción está a favor de la validez. Por tanto, cuando se señala como defectuoso un acto administrativo, primeramente habrá que examinar si a la irregularidad cometida se le debe atribuir importancia para la subsistencia jurídica del acto administrativo (op. cit., pág. 312).

Y más adelante agrega:

"Aquellas irregularidades graves que imponen, por razones de orden público o de interés individual, privar de antemano a un acto administrativo de toda eficacia jurídica, conducen a la nulidad; las menos graves a la anulabilidad. También aquí la presunción debe establecerse a favor de la consecuencia más leve, la anulabilidad" (op. cit., pág. 315), (debe advertirse que, como resulta claro de la anterior cita, el autor entiende por nulidad la absoluta y por anulabilidad la relativa).

En general, puede sostenerse la tesis de que las nulidades absolutas en el derecho administrativo son excepcionales y de aplicación restringida a los casos expresamente previstos, dada la gravedad de las consecuencias que acarrearán contra el acto o contrato afectado, e, indirectamente, contra el servicio público y ello es así incluso en el derecho privado. El Tribunal Superior de Trabajo, dentro de su jurisdicción, lo ha dicho claramente:

"Respecto de nulidades (las absolutas en lenguaje estrictamente jurídico) la doctrina señala que las mismas deben ser restrictivas, sobre todo cuando pueden afectar derechos de terceros, señalando las diferencias existentes entre actos totalmente nulos y anulables, así como los efectos jurídicos que pueden darse según el caso" (T.S.T., fallo N° 3317 de las 8 horas y 15 minutos del 4 de setiembre de 1975, ver Revista Judicial, año I, N° 2, pág. 86).

Y Casación, reafirmando igual principio ha resuelto:

"Las leyes especiales o que se apartan de las reglas comunes, son de rigurosa interpretación, y no deben regir sino los casos explícitamente comprendidos en ellas" (Casación de las 14:30 horas del 15 de julio de 1943, II Sem., 1er. tomo, pág. 317).

Si la nulidad es siempre excepcional y de aplicación restrictiva, sólo puede darse a texto expreso de ley, y, en el caso de la Administración Pública, cuando la ley explícitamente —como lo afirma la Casación anteriormente citada— se refiere a ella, y no por meras interpretaciones o implicaciones, sobre todo cuando median en la materia desigualdades con el derecho privado tan evidentes e importantes como las ya apuntadas.

La necesidad de ley o norma escrita, expresa y específica para la consagración de las nulidades absolutas de los actos o contratos en relación con la Administración Pública, es uno de aquellos principios del Derecho

público que rigen aunque no estén legislados ni codificados y que excluyen la aplicación al Estado y a sus entes del Código Civil o Mercantil en materia de nulidades absolutas, aún si no hay, o precisamente porque no hay, una ley que defina la situación; si esa ley no se da expresamente referida a ella la nulidad absoluta es inexistente frente a la Administración Pública. Esto se evidencia con observar que la Ley de Administración Financiera de la República y su reciente reforma han consagrado —como ya se apuntó— las violaciones que provocan la nulidad absoluta de los contratos de la Administración, sin referirse del todo a las hipótesis previstas por la reforma del art. 1023 del Código Civil: y se demuestra además, con la cita, ya hecha, de sentencia del Tribunal Superior de lo Contencioso Administrativo que enumera taxativamente los supuestos de nulidad de pleno derecho (o absoluta, que es lo mismo) y los reduce a cuatro hipótesis (que a su vez, copia del art. de la ley de Procedimiento Administrativo de España), que son: "autos dictados por órgano manifiestamente incompetente: los dictados omitiendo total y absolutamente el procedimiento establecido; y aquellos que tengan un contenido imposible o que constituya delito" (Sentencia 1001 de 9:20 horas del 12 de julio de 1974, Azucarera El Viejo S. A. c/Servicio Nacional de Electricidad, Considerando II).

Todo ello corrobora que tal reforma es inaplicable a la contratación administrativa.

5. *La incompatibilidad entre la reforma al art. 1023 del Código Civil y el "privilegio de auto-tutela" de la Administración Pública*

El desconocimiento de los principios antes expuestos conduce normalmente a una visión deformada de lo que son el Estado y sus entes y de sus modos propios de funcionamiento, que puede producir graves consecuencias jurídicas y prácticas en contra de ellos.

En efecto: la reforma al art. 1023 del Código Civil exige la intervención del juez para declarar la o las nulidades absolutas que consagra. Dispone muy claramente dicha reforma:

"Art. 1023.—2: A solicitud de parte, los tribunales declararán las nulidades absolutas de las siguientes cláusulas contractuales..."

Más claro no puede estar: es el juez y no la parte perjudicada, o, como dice la reforma, "los tribunales", quienes declararán la nulidad de las cláusulas. La sentencia del juez tiene, entonces, una función indispensable y un efecto constitutivo, de la nulidad absoluta), sin los cuales ésta no se produce, aunque se den las cláusulas viciadas. El motivo de la nulidad absoluta puede existir, puede mediar petición o solicitud del interesado, y, sin embargo, no habrá nulidad absoluta si no hay sentencia judicial que la declare. Ahora bien: es evidente que si la reforma se aplicara a la Administración Pública, se le estaría imponiendo a ésta la carga o necesidad legal de acudir al juez y de esperar su fallo para hacer valer

la nulidad absoluta en su beneficio y poder actuar de conformidad. Esto, que es realmente necesario al particular (puesto que él tiene que valerse del juez, dada la prohibición constitucional de hacerse justicia por mano propia, típica de todo civilizado Estado moderno) significa, aplicado al Estado y a sus entes, el cercenamiento de un privilegio propio y fundamental de éstos, que en Costa Rica y en todos los sistemas jurídicos derivados del francés ha existido siempre y que está hoy expresamente consagrado por el art. 91 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, privilegio llamado de "la acción ejecutoria" o el de "la autotutela" de la Administración Pública en su propio beneficio. Consiste el privilegio en que la Administración puede ejecutar por sí misma los derechos que tiene contra otras personas, públicas o privadas, sin necesidad de buscar ni de obtener previamente la intervención judicial. Cuando un acto o contrato ilegal o nulo, celebrado por uno de sus servidores, perjudica al Estado o a sus entes, éstos no tienen que presentar una demanda al juez ni acudir a él para recuperar el derecho de que los priva esa nulidad, sino que pueden declararla ellos mismos y adoptar las medidas ejecutivas necesarias para el ejercicio de sus derechos contra la otra persona, actuando como si ya la nulidad absoluta hubiese sido declarada por el juez y anticipando el fallo de éste. Es lógico que posteriormente la otra persona perjudicada con la actuación unilateral de la Administración podrá demandarla, para que sea el juez, en definitiva, quien declare la razón legal y la adjudique a quien la tiene, eventualmente en contra de la Administración, pero mientras tanto ésta ha resuelto por mano propia el problema, con inmediata satisfacción del interés público en juego; y si, por cualquier razón (expiración de los plazos de impugnación, aceptación tácita o expresa por el particular de la actuación de la Administración, etc.), el reclamo finalmente no se presentara, la solución provisional del conflicto impuesta por la Administración se convertiría en definitiva, como si el mismo juez la hubiese dictado. Este privilegio de la Administración cede únicamente cuando el juez, a petición del particular demandante, suspende la ejecución del derecho propio de la Administración o de los actos de ésta, lo cual sólo es posible en Costa Rica cuando esa ejecución puede causar al actor un daño de "imposible o difícil reparación", según el citado art. 91 de la Ley de lo Contencioso-Administrativo. Si se aplicara al Estado la reforma del art. 1023 del Código Civil, que no contiene salvedades ni distinciones de ninguna especie, se estaría dañándolo en lugar de protegerlo, puesto que se le obligaría siempre a acudir al juez para defender sus derechos contractuales opuestos a las nulidades absolutas previstas por esa reforma, aún en los casos en que la Administración habría podido prescindir del juez con igual fin, por titularidad jurídica del citado privilegio de la auto-tutela en su propio beneficio. Es decir: se le estaría obligando siempre a ser actora o demandante y no, como es lógico y normal de acuerdo con el privilegio mencionado, a ser demandada, lo cual, por todo lo dicho, sería no sólo anormal sino también gravemente inconveniente a ella dentro del proceso, y, por lo mismo, jurídicamente inadmisibles.

Puede y debe agregarse, como colofón, que hay sostenida jurisprudencia de la Corte de Casación en el sentido de que las utilidades absolutas o de pleno derecho de los actos y contratos públicos son declarables por la Administración en la vía administrativa sin necesidad de recurrir al llamado "contencioso de lesividad", (que es el proceso judicial de la Administración contra sus propios actos cuando son declarativos de derechos), pues el carácter pleno y manifiesto de una nulidad de esa índole hace indigno de tutela el correspondiente interés del administrado en la seguridad jurídica, que de otro modo (y tratándose de nulidades relativas) sería respetable y estaría protegido con la institución de la "lesividad" antes referida.

6. *La incompatibilidad entre varios incisos del art. 1023 y principios tradicionales del Derecho Administrativo*

Es digno de hacer ver, finalmente, que el verdadero propósito de la reforma última del art. 1023 del Código Civil es tutelar al consumidor sin tocar el sector público, en tanto varios de sus incisos —y quizás los más importantes— lucen claramente como incompatibles con principios clásicos de la contratación administrativa.

Nos concretamos a dos incisos que revisten extraordinaria importancia en los contratos de la Administración Pública, a saber: inciso a), que prohíbe la exclusión o renuncia de responsabilidades. Los comentamos brevemente por su orden.

a) La potestad de modificación unilateral del contrato.

Es dogma universal del derecho público la potestad de la Administración Pública para modificar unilateralmente sus contratos, sea cual sea la posición que guarde en ellos, tanto si es oferente como aceptante, vendedora o compradora en un contrato.

"Otra potestad propia de la Administración Pública es la de modificar el contrato administrativo. Trátase de una prerrogativa también insita a este tipo de contratos: en tal orden de ideas, constituye una cláusula exorbitante del derecho común: Por ello su existencia no requiere texto expreso que la consagre; existe por sí como principio" (Miguel Marienhoff, Tratado de Derecho Administrativo, tomo III-A, pág. 395, Ed. Abeledo Perrot, 1970, Buenos Aires).

Algunos autores han sostenido erróneamente que esta potestad sólo existe en los contratos de concesión de servicio público, contra lo que lógicamente se pronuncia otra autoridad francesa en la materia:

"Ciertos autores han pretendido que la teoría de la mutabilidad se aplica solamente a los contratos de concesión y que es un abuso que su aplicación se ha extendido a todos los contratos administrativos... La mayoría no comparte este punto de vista restrictivo... De hecho se constata que todos los contratos administrativos son modificables unilateralmente en el interés del servicio público, aun si no hay estipulación expresa que prevea la potestad

de modificación" (George Pequignot, *Theorie General des Contrats Administratifs*, Juris Classeur Administratif, Librairies Techniques, Paris, 1954, fascículo 511, pág. 9).

El fundamento de esta potestad es tan lógico como conocido:

"Es potestad del poder público prescribir las medidas necesarias para asegurar la satisfacción de necesidades e intereses públicos, no importa cuál sea el contenido del contrato... El Estado intervendrá, entonces, para imponer, si es del caso, al concesionario una prestación superior a la prevista estrictamente... usando al efecto no de potestades que le confiere el contrato sino del poder que le corresponde en tanto que autoridad pública (Comisario del Gobierno León Blum, citado por Pequignot, op. cit., fascículo 511, misma página).

La Ley de Administración Pública y sus reformas recientes, así como su Reglamento, se han hecho cargo de tan importante aspecto de la contratación de la Administración Pública y su art. 108 expresamente dice:

"Por convenir al interés público, o por la fuerza mayor, puede la Administración Pública modificar sus contratos".

El Reglamento de la Contratación Administrativa lo expresa más clara y detalladamente:

"Art. 227: Se reconocen a la Administración Pública fundamentalmente los siguientes derechos originados en el contrato administrativo a), b), c): de modificación..."

El art. 223, en desarrollo, dispone:

"La Administración Pública podrá aumentar, disminuir o modificar la prestación objeto del contrato, en razón de un interés justificado, de acuerdo con las siguientes reglas..."

Hay, evidentemente, un choque frontal entre el inciso a) del art. 1023 del actual Código Civil, que prohíbe reformar unilateralmente los contratos en perjuicio del consumidor, y los artículos y principios citados propios de la contratación administrativa. En efecto: si bien es normal que la Administración Pública actúe como compradora de bienes y servicios —hipótesis de los contratos clásicos de derecho público (concesión de servicio, obra pública y suministro)— es también posible que actúe en sentido inverso, cuando es ella, como institución o como empresa, la que ofrece o vende (caso de la mayoría de las instituciones autónomas en Costa Rica, que son productoras, y no consumidoras de bienes y de servicios). No hace distinciones al respecto ninguno de los artículos precitados de la Ley y del Reglamento de Contratación y ello implica que, según tales normas, siempre, sea cual sea su posición dentro del contrato, la Administración Pública tiene potestad de modificarlo en perjuicio del comprador o usuario, para bien del interés público, incluso en los casos en que ella es oferente o vendedora de bienes o de servicios, y no únicamente en aquellos en que es consumidora o compradora, todo con evidente

contraste frente al art. 1023 del Código Civil y su reforma. Y lo dicho vale tanto para los contratos celebrados por licitación pública como para los otorgados por contratación directa.

- b) Las exclusiones y limitaciones de responsabilidad contractual. El inciso m) de la última reforma al art. 1023 del Código Civil prohíbe los pactos o cláusulas que excluyan o limiten las responsabilidades en perjuicio del comprador u oferente. Tal regla no tiene vigencia alguna en el Derecho Público, donde, a la inversa, las renunciaciones o limitaciones de responsabilidades de la Administración Pública o por ella —aún como compradora o consumidora— son frecuentes y aún parte normal de los "clausulados generales" o "tipo" a que alude el Reglamento dicho (arts. 7 y 52 *ibidem*).

La posibilidad de cláusulas de exoneración o de limitación de responsabilidad es admitida normalmente incluso en el derecho privado. Los arts. 426 y siguientes del Código de Comercio, lo mismo que el art. 705 del Código Civil, regulan la existencia de la llamada "cláusula penal", que no es otra cosa que una forma de limitación de responsabilidad. La esencia de la institución consiste en ser una indemnización tarifada (a forfait), que excusa de probar la existencia de los daños y su cuantía y que se puede cobrar completa, como alternativa excluyente del cumplimiento forzoso o de los daños y perjuicios, esto último cuando hay resolución del contrato. No se puede cobrar daños y perjuicios más allá o por encima de ella, aún si existieren, salvo dolo del deudor, pacto contrario o que la pena sea únicamente por el atraso, en el cual último caso, i hubiere otros incumplimientos con daños y perjuicios adicionales, podrán cobrarse a condición de que se prueben. Es decir: si la pena es por el incumplimiento del contrato en cualquiera de sus aspectos, excepto que se trate de la cláusula del plazo o de la del lugar de pago, la pena excluye el cumplimiento forzoso o la resolución y los daños y perjuicios consiguientes; a la inversa, si es por el mero atraso, puede acumularse con una cualquiera de esas otras acciones.

La cláusula penal es una limitación de responsabilidad en las hipótesis en que es excluyente del principal, y aún en aquellas en que opera por el mero atraso, pues aquí también excluye la responsabilidad eventualmente mayor (por monto) que el dicho atraso pueda haber producido, dado que, en todo caso, sólo podrá cobrarse la pena y no la reparación del daño excedente efectivamente comprobado. La admisión de la cláusula penal implica o supone necesariamente la admisión de las cláusulas limitativas de la responsabilidad, por ser no otra cosa que una especie de limitación de la responsabilidad contractual. Es tan admisible en el derecho público como en el privado y en ambos goza de larga tradición.

Hemos citado las normas civiles y mercantiles que contemplan la institución. El Capítulo Cuarto del Reglamento de Contratación Administrativa, (arts. 67 y siguientes), contiene el régimen de la cláusula penal en la contratación pública. Se configura aquí como dirigida a reparar el

daño por atraso (art. 67); es tarifada pero no podrá exceder del 20% del monto total del contrato (art. 69); excluye la acción de daños y perjuicios (no tarifada) y la resolución del contrato (art. 73) si la única causa invocada es el mero "atraso (violación de la cláusula de tiempo). Tal regulación goza del favor de la doctrina. Dice André de Laubadere al respecto:

"Se admite en derecho privado que la validez de las cláusulas penales implica la de las cláusulas limitativas de responsabilidad. Es lo mismo en los contratos administrativos, donde las cláusulas penales son frecuentes". (Op. cit., tomo II, pág. 77, N° 495) (El subrayado es nuestro).

Y afirma en relación con la exoneración de responsabilidad:

"Se puede adoptar en los contratos administrativos el principio general admitido en el derecho civil según el cual las cláusulas de irresponsabilidad, mientras no pretendan un alcance absoluto, son válidas, pero no liberan a sus beneficiarios de las consecuencias del dolo ni de la falta grave; cubren solamente las faltas ligeras no intencionales. El Consejo de Estado ha admitido repetidamente la validez de las cláusulas de exoneración de responsabilidad y pareciera seguir una tendencia a admitirla más fácilmente que los tribunales civiles". (Op. cit., pág. 76, ibidem.) (el subrayado es nuestro).

En otras palabras: en derecho público —todavía más que en derecho privado— las cláusulas de exoneración y de limitación de responsabilidad (estas últimas sobre todo bajo la apariencia de la cláusula penal) son válidas y admitidas, tanto por doctrina como por la jurisprudencia, en tanto no encubran la impunidad del dolo ni de la culpa grave.

Dice Flamme al respecto:

"La estipulación de una cláusula penal es un procedimiento de gran utilidad práctica, pues dispensa a la Administración Pública de la carga de la prueba, difícil en la mayoría de los casos —la del daño causado por la ejecución tardía de la obligación contractual— y permite proporcionar la pena a la importancia del contrato y al grado de urgencia de la prestación para el buen funcionamiento del servicio público. La licitud de la cláusula penal no tiene la menor duda; su validez no está en modo alguno condicionada a la inserción en el contrato de una disposición que estipule premios en caso de realización anticipada de la obra. En efecto, una cláusula penal presenta por sí una utilidad incontestable y se concibe perfectamente fuera de toda cláusula simétrica de premio o recompensa..." (op. cit., tomo II, págs. 538 y 539) (el subrayado es nuestro).

Confirma otro distinguido autor francés cuando dice:

"Las penalidades son daños y perjuicios tarifados, estipulados en el contrato, de que se hará merecedor el deudor que no ejecute ciertas obligaciones. El sistema de penalidades y de cláusulas penales en virtud de las cuales se pronuncian estas sanciones, no es ignorado por el Derecho Civil: está previsto expresamente por el Código Civil... La Administración Pública emplea (las penalidades) frecuentemente; pero mientras en el Derecho Privado es el Juez quien está llamado a concretar las penalidades contra el

deudor moroso, la Administración Pública se reserva el derecho de ponerlas en aplicación ella misma... Se incurre en la penalidad de pleno derecho, desde que se constata la infracción y sin que la Administración tenga que establecer la existencia del daño ni determinar la cuantía" (Pequignot, op. cit., fascículo 510, pág. 21). (el subrayado es nuestro).

Dice Marienhoff al respecto:

"Cláusula Penal. Para el supuesto de incumplimiento de una obligación contractual, las partes pueden prever y fijar ab initio el monto de los años y perjuicios que representará dicho incumplimiento. La estipulación pertinente constituye lo que se llama "cláusula penal". Producido el incumplimiento y constituido en mora el co-contratante, se aplica dicha cláusula penal... En tal forma las partes fijan de antemano lo que debe pagarse a título de daños y perjuicios por el incumplimiento de una obligación contractual. Con ello, el interesado se libera del cargo de probar los daños sufridos y su valor en dinero; por su parte, el infractor sabe anticipadamente a cuánto ascenderá la indemnización respectiva, sin exponerse a un cobro exagerado o superior a los recursos de que dispone. Por esas razones se ha sugerido que en lugar de hablar de "cláusula penal" se hable de "indemnización convencional". (Op. cit., tomo III-A, págs. 412 y 413) (el subrayado es nuestro).

Dice Manuel María Díez:

"En el campo del derecho público también se clasifican las sanciones pecuniarias en dos clases de daños: daños e intereses y penalidades. Tanto una como otra tienen un carácter común y entrañan la obligación a cargo del co-contratante, de pagar una suma de dinero a la administración. Pero las penalidades tienen naturaleza contractual y a base de tanto alzado por los perjuicios que pueden sufrir. En esto se distinguen de los daños e intereses, en los que no existe tanto alzado y habrá que determinar y probar los perjuicios... Por lo que hace a las penalidades, son, como ya dijimos, similares a las cláusulas penales en el campo del derecho privado. Implican daños e intereses a tanto alzado estipulado en el contrato, en previsión de las faltas del co-contratante en el incumplimiento de sus obligaciones. Se aplican las penalidades frecuentemente para sancionar la falta de cumplimiento dentro del plazo de ejecución. Las penalidades por retardo, fijadas a tanto por día, tienen un carácter reparador y conminatorio... Como que la indemnización establecida por la penalidad es a tanto alzado, la administración no puede reclamar al co-contratante una reparación más amplia que la prevista, aún en el caso de que el perjuicio sufrido por ella no quedara íntegramente cubierto por el tanto alzado previsto" (Derecho Administrativo, Tomo II, Bibliografía Omeba, 1965, págs. 520 y 521). (El subrayado es nuestro).

Finalmente el autor venezolano Randall Brewer Carías, coincide clarísimamente diciendo:

"...Las partes pueden, en el momento de conclusión del contrato, prever el monto de los daños y perjuicios: estamos entonces en presencia de la obligación con cláusula penal. Y ésta no es más que la compensación de los daños y perjuicios causados por la inexecución de la obligación.

En esta forma las partes fijan de antemano la indemnización que debe pagarse a título de daños y perjuicios por cualquier infracción de las cláusulas contractuales. Con ello se libera el actor de la obligación de probar los daños sufridos y su valor en dinero; por su parte, el infractor sabe antici-

padamente a cuánto alcanza la indemnización que debe, sin exponerse a un pago exagerado superior a los recursos de que dispone.

Pero en todo caso la cláusula penal debe ser expresa. No puede nunca presumirse. Si las partes no han hecho por esa vía la fijación de los daños y perjuicios, a falta de acuerdo entre las partes corresponde hacerlo al Juez del Contrato, que en los contratos administrativos es el competente en materia contencioso-administrativa". (Op. cit., pág. 213) (el subrayado es nuestro).

El Reglamento de la Contratación Administrativa no parece dar cuenta de estas penalidades a *forfait*, con función simultáneamente reparadora y conminatoria, excepto cuando se habla de la "cláusula penal" (arts. 67 y siguientes *ibidem*). Es evidente, sin embargo, la posibilidad de que se den penalidades de tipo puramente coercitivo y no reparador, que busquen únicamente la función conminatoria para forzar al deudor a cumplir y cesen automáticamente con el cumplimiento o su inicio, todo sin obstar a que se cobren por aparte los daños y perjuicios excedentes. La figura más parecida en el Reglamento es el "bono" o "garantía" de cumplimiento" que admite, según el art. 59, el cobro automático y además, el de daños y perjuicios excedentes. La "cláusula penal", a la inversa, no admite, estos últimos, salvo dolo, pacto en contrario o que el incumplimiento sea por razón diversa del mero retardo, que es lo único que cubre dicha cláusula. Luce claro, en todo caso, que ésta viene definida por el tipo de riesgo que cubre —retraso—; por su automatismo —se cobra íntegramente sin probar la existencia de daños ni de su cuantía, con sólo la prueba del retraso—, y por su carácter "*forfatario*" o tarifado, que es el que aquí más nos importa, en cuanto sólo eso podrá el acreedor de la "cláusula" por el dicho retraso, aunque se pueda probar que los daños y perjuicios son claramente mayores en virtud del mismo. No creemos que la "cláusula penal" no pueda jurídicamente operar también cuando así se pacte para riesgos diversos del "retraso" o "incumplimiento tardío", y que, en tales otras hipótesis, funcione también como "techo" de la indemnización, excluyente del cumplimiento forzoso tanto como de los daños y perjuicios sustitutivos del mismo, en la hipótesis de resolución del contrato. No hay duda, desde este punto de vista, de que la cláusula penal es una limitación de responsabilidad y así se enfoca en los diversos ordenamientos y obras especializadas, en los que se reconoce —como en las citas precedentes— que la "cláusula penal" puede cubrir "*a forfait*" toda clase de riesgos. La similitud entre ambas instituciones, "cláusula penal" y "limitación de responsabilidad contractual", es descrita por el privatista español Miguel García Amigo, en su obra "Cláusulas Limitativas de la Responsabilidad Contractual", Tecnos, 1975, Madrid, en la siguiente forma:

"La cláusula penal puede representar una cláusula limitativa de responsabilidad en casos límite: sería el supuesto en que el daño derivado del incumplimiento sea superior a la suma fijada en la penal y que en tal caso la pena no sea acumulativa al cumplimiento de la obligación principal o de la indemnización de los propios daños; puede, por tanto, darse la intersección entre las dos figuras. Otro punto común es la estipulación convencional y preventiva de ambos tipos de cláusulas, es decir, que ambas deben su origen a un acuerdo de voluntades anterior al incumplimiento del contrato en que

se contienen. Además, ambas figuras tienen como presupuesto de eficacia la imputabilidad al deudor del incumplimiento. Finalmente, hay que reconocer también que les es común la nota de accesoriedad con relación a las obligaciones contractuales, en el sentido de que, mientras la nulidad del contrato en que se encuentran lleva consigo la nulidad de ambos tipos de cláusula, en cambio, la nulidad de cualquiera de ellas no implica por sí sola la nulidad del contrato del que forman parte". (Op. cit., pág. 118).

De todo lo cual se desprende claro que en la contratación administrativa rige incontestablemente el principio de que la Administración Pública puede aceptar u ofrecer una limitación de responsabilidad contractual mediante cláusulas como la "penal", que representan simultáneamente una defensa de la Administración Pública y del contratante, dada la conveniencia para ella de acomodar sus contratos en ese importante extremo a las ventajas que ofrezca cada prospecto de tratatista y el mercado, en general, de bienes y servicios, muchos de los cuales sólo con limitaciones de responsabilidad de ese tipo son asequibles.

En síntesis: hay, al menos, dos muy importantes incisos de la reforma reciente al art. 1023 del Código Civil, los a) y m), que chocan frontalmente con dos principios y prácticas establecidos tradicionalmente en la contratación administrativa, que son el "mutabilidad del contrato administrativo" y el de "validez de principio de las cláusulas de exoneración y/o de limitación de la responsabilidad contractual" de cualquiera de las partes, que, por todo lo dicho y citado, son más frecuentes incluso en los contratos de la Administración Pública que en los propios de los particulares.

IV. Conclusión general

La reforma del artículo 1023 del Código Civil es inaplicable al Estado y sus entes, no sólo por ser éstos públicos, sino también porque el Estado no es ni puede ser jurídica o económicamente un "consumidor" o "cliente" común"; no necesita de las protecciones contractuales del Derecho Privado; tiene las suyas propias, diseñadas por el Derecho Público; no tiene autonomía de la voluntad contractual digna de protección legal; tiene el privilegio de la auto-tutela de sus derechos que le permite prescindir provisionalmente del juez para declarar por sí las nulidades absolutas de sus propios actos o contratos, en la solución de sus conflictos; está sujeto a un régimen de nulidades absolutas expreso, específico y de interpretación restringida para él y sus entes, sin posibilidad de aplicación supletoria al respecto de los códigos privados ni de sus reformas; y se rige por principios de contratación que chocan con y derogan los incisos a) y m) del actual art. 1023 del Código Civil. El art. 100 de la Ley de Administración Financiera, así como los artículos 3 y 67 y siguientes, 227 y siguientes, 284 a 288 del respectivo Reglamento, la jurisprudencia judicial y la doctrina citadas, apoyan y consagran expresamente las anteriores conclusiones legales.

LA ASISTENCIA LEGAL UNIVERSITARIA

(Experiencia costarricense)

Lic. Fernando Solano

Vice-Decano y
Profesor Facultad de Derecho
Universidad de Costa Rica

SUMARIO: *Introducción. Fundamento ideológico. Limitaciones de la asistencia legal universitaria:* a) planta física; b) equipo y materiales de oficina; c) jornadas; ch) personal; d) condiciones académicas del estudiante; e) evaluación del estudiante y del servicio. *La normativa de consultorios jurídicos:* Ley, Reglamento de Acción Social y Normas Internas. *Futuro de la asistencia legal en Costa Rica.*

Introducción

La Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica estableció en 1967 el servicio de Consultorios Jurídicos como una forma de extensión a la comunidad. No existió presión social de ninguna especie acerca de la necesidad de su establecimiento, sino que como ha sucedido con otras instituciones en nuestro país, algunas personas (en este caso juristas-profesores) venían pensando en su posibilidad y la importancia de su creación.¹

Desde aquella ya lejana fecha, ningún otro tipo de servicio similar al que comentamos se ha establecido, y la demanda de servicios sigue en aumento, aunque ahora pocos piensan en hacer algo para satisfacerla de manera eficaz o permanente.

Fundamento ideológico

Los Consultorios Jurídicos de la Facultad de Derecho tienen un doble propósito, pues pretenden graduar mejores abogados desde el punto de vista técnico² a la vez que dar contenido material a la igualdad ante la Ley que consagra el artículo 33 de la Constitución Política, y en general, de sus otros Derechos y Garantías Individuales.³

- 1 El Lic. Carlos José Gutiérrez, a la sazón Decano de la Facultad, señalando que a él correspondió materializar la idea, fruto del contacto con la experiencia de Chile, hace énfasis en el primer aspecto al señalar que el establecimiento de los Consultorios Jurídicos en Costa Rica es producto del esfuerzo realizado para reformar la enseñanza del Derecho (Ponencia a la I Conferencia Sobre Organización y Prestación de Servicios Legales en América Latina y el Caribe, San José, octubre de 1981, p. 4).
- 2 El propio Lic. Gutiérrez, al inaugurar el servicio, el 18 de abril de 1967 dijo: "Con esta inauguración se termina una etapa en la cual, la Escuela de Derecho impartía sólo conocimientos teóricos y se comienza una nueva en que sus estudiantes, bajo la cuidadosa vigilancia de sus profesores, deben cumplir las actividades que van a ejercer luego como abogados... Existía el criterio de que la abogacía, a diferencia de otras profesiones, no requería tarea de formación práctica. Hoy, dicho criterio se abandona en forma total. Se reconoce que la abogacía es un arte...". Se comprenderá el énfasis mantenido sobre el primer objetivo (académico), con relegación a un segundo plano del de servicio que también persiguen.
- 3 El Prof. chileno Luis Bates en un estudio inédito sobre "La Asistencia Legal en América Latina" (p. 1) señala: "Es dudoso en mi concepto, si en América Latina la motivación de asistencia legal es de caridad, de derecho o de bienestar económico-social... Si bien se le asocia ordinariamente a las garantías constitucionales de igualdad ante la Ley y ante la justicia, parece tener características mixtas generadas en motivaciones de caridad y de derecho, pero lejos de aproximarse a la motivación de bienestar económico-social".

Sin embargo, la Facultad de Derecho aun no es de tiempo completo y está ubicada en la capital de la República, por lo que no puede prestar un servicio más allá del circuito central (Área Metropolitana), tal vez un 40% de la población nacional (hoy cercana a los dos millones cuatrocientos mil habitantes).

De manera que, si uno de los fundamentos teóricos de Consultorios es la igualdad ante la Ley, de hecho el servicio establecido ha venido a crear discriminaciones o tratos desiguales según que una persona viva en la capital de la República o fuera de ella, haciendo evidente la desigualdad según la ubicación geográfica que se tenga, por una parte. Porque por otra, el crecimiento poblacional del Área Metropolitana (fenómeno similar en las capitales latinoamericanas) ha hecho que ésta no se pueda atender adecuadamente.

El servicio se inició con 30 estudiantes del último año de la carrera, distribuidos en tres Consultorios (Penitenciaría Central de San José, Ministerio de Trabajo y Clínica de la Caja del Seguro Social). Al cabo de casi 15 años, hay seis Consultorios, pero cerca de cuatrocientos estudiantes que participan en la prestación del servicio, por lo que la relación (o proporción) cualitativa estudiante-abogado director se ha visto afectada.

Aparte de ese aspecto, en lo que se refiere a la atención de casos, mientras en 1970 se plantearon 916 juicios,⁴ ya para 1976 su número aumentó a 3.620,⁵ constante que se ha mantenido con el transcurso del tiempo. La fuerza de las cifras es importante y alguien ha señalado que el trabajo de los Consultorios es "residualmente" beneficioso. Pensamos complementariamente, que su participación en una especie de "terapia social" no debe despreciarse, porque en muchas ocasiones acuden en su procura personas que no presentan un caso estrictamente legal, sino tangencialmente, con lo cual desahogan alguna situación íntima que las angustia.

Esa tendencia hizo que desde 1977 los servicios se presten selectivamente, pues era imposible materialmente atender a quienes se presentaban a las sedes de Consultorios con esa finalidad,⁶ aunque siempre quedan

Entre nosotros se le ha atribuido esa motivación y citamos el art. 33 constitucional (igualdad ante la ley; no podrá hacerse discriminación alguna contraria a la dignidad humana); art. 41 ("ocurriendo a las leyes, todos han de encontrar reparación para las injurias o daños que hayan recibido en su persona, propiedad, o intereses morales. Debe hacerse justicia pronta, cumplida, sin denegación..."), o, finalmente, el art. 43 que consagra el derecho a terminar diferencias por medio de árbitros.

4 Conferencia sobre la Enseñanza del Derecho y el Desarrollo, Valparaíso, 1971. Editorial Andrés Bello, 1973, p. 60 (Ponencia del Lic. Carlos José Gutiérrez).

5 Informe del Área de Práctica, Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica, 1976.

6 Pese a ello, tal es la demanda de servicios legales, que la situación no ha mejorado desde los puntos que se analizan en este aparte, y por más esfuerzos que se realicen para racionalizar el servicio, siempre hay casos considerados urgentes (demandas cuyos plazos para ser contestadas vencen, audiencias judiciales en vísperas de extinción, apremios corporales, etc.) que van aumentando la carga de casos, pues de no ser atendidos en el Consultorio, no lo serán en ninguna otra oficina. Además, pese a que el ingreso de estudiantes a la Facultad se

fuera de los números de juicios iniciados, las consultas que se atienden agotándose con una o dos entrevistas, de las que no se lleva registro, pero que son cuantiosas.

La decisión de atender en forma restrictiva los casos, tuvo que ver, obviamente con los dos propósitos originales del servicio, ya que éste debe prestarse con cierto "confort temporal", es decir, eliminando hasta donde sea posible la angustia del tiempo en un procedimiento escrito y formalista, donde los términos judiciales se suceden en el curso del caso, y esto se agrava cuando la cantidad de casos atendidos es muy grande por estudiante. Pero, además, si en ese supuesto, el beneficio académico se reduce al mínimo, también, y como consecuencia necesaria, el beneficio del usuario sigue la misma suerte. Y este es el eterno dilema, que habrá de zanjarse en algún momento, debiendo optarse por atender casos con más criterio clínico, porque esto redundará en una mejora del servicio, tanto para el estudiante como para el usuario.

Permitirá al abogado-director tener una participación más efectiva en el proceso de aprendizaje estudiantil, desde la revisión de la forma (estilo) de un escrito (petición cualquiera que se haga a un Tribunal, tanto una demanda como otro memorial), hasta el fondo del mismo (fundamento legal-doctrinario) y la estrategia procesal correspondiente (aspectos de oportunidad en cuanto al contenido del escrito, por qué procede formular la solicitud en uno u otro sentido), lo que en ocasiones no puede cumplirse por contar cada uno de ellos con demasiados estudiantes a su cargo. La revisión caso por caso, estudiante por estudiante se dificulta, y esto llega a asfixiar el ritmo de los Consultorios porque no hay seguimiento en la atención de los casos, ó el estudiante tenderá a proveerse de orientación por medio de sus compañeros, o a actuar según su leal saber y entender —no siempre acabado, como se comprenderá—, o a decir mentiras piadosas a su cliente usuario, etc.

Aun en condiciones normales —es decir, cuando el movimiento de casos pueda ser controlado plenamente por el Consultorio—, un régimen procesal formalista, escrito, como el que contamos en Costa Rica (sobre todo en materia civil que es la más numerosa en casos), nos impone la atención individual, con la lentitud que ya de por sí implica, porque los Tribunales, no está de más mencionarlo, siguen actuando como lo hacían hace cien años, en forma manual, y en donde a cada memorial que se les presenta, deben resolver, pasar a máquina, entregar a un funcionario notificador, quien a su vez dejará noticia de lo resuelto en la oficina señalada por las partes para ello, pudiendo apelarse de lo resuelto (o solicitar revocatoria según el caso), lo que atrasa aún más el ritmo del trabajo que se realiza.

Como se trasluce de lo que llevamos expuesto, se presentan algunas limitaciones en punto a la asistencia legal para personas de escasos recursos en manos universitarias. De ahí que las vamos a exponer, no necesariamente en orden de importancia desde la planta física hasta la evaluación.

redujo en años recientes, con otros fines, influirá negativamente en el servicio, toda vez que deteriorará la relación estudiante-casos atendidos.

Planta física

Para atender adecuadamente la demanda del servicio, se hace indispensable contar con planta física. Obviamente, con planta física adecuada. Normalmente, al inicio del programa, la planta física es adecuada, y no es sino con el avance del tiempo que llega a ser insuficiente, lo cual debe corregirse con oportunidad.

La planta física puede dividirse en tres grandes áreas que son: sala de espera, zona de administración (secretaría, archivos) y zona de atención a los clientes. Debe contarse siempre con espacio físico suficiente para esas tres áreas específicas, porque de lo contrario habrá congestión de personas, y esto a su vez genera desorden y poca disposición para el trabajo. Dichas áreas serán independientes, lo que no significa aisladas, de modo que lo que suceda en una de ellas no interfiera con el trabajo que se realiza en las otras, porque en todas existen, generalmente, actividades igualmente importantes y simultáneas.

La sala de espera deberá ser lo más cómoda posible, limpia, y estar contigua al área de administración para que facilite la relación formal cliente-consultorio (suministrar o solicitar algún dato); el área de administración requiere menos espacio, pero debe contar con el necesario para que un Secretario lleve la distribución de casos nuevos, tramite el movimiento diario, controle los archivos, y cuente con un asistente para las labores menos pesadas (controlar asistencia, suministrar papelería, hacer tarjeteros de usuarios, etc.). Y la zona de atención generalmente tiene comunicación con la sala de espera, pero por otro rumbo, si fuera posible deberá estar dotada de cubículos, en donde individualmente prestar atención privada, que incluyen en su interior, máquina de escribir, escritorio, y sillas. La asignación de estos cubículos a los estudiantes, en ocasiones, llega a ser imposible según su número, con lo cual, también, se pierde el ritmo de los casos, y hace impostergable la tarea de ubicar o reubicar los Consultorios para encontrar las condiciones originales, al menos en lo que se refiere a planta física.

Por supuesto, que la reubicación —necesaria— de algunos Consultorios, también obliga a la Facultad a solicitar la cooperación de instituciones públicas que siquiera faciliten la planta física en donde se ubicarán. Así se ha hecho en el último año, y nos han prestado esa cooperación un Colegio Universitario en Alajuela, y una Municipalidad (Goicoechea) en el Área Metropolitana, pero abarcando nuevos sectores de población.

Esa expansión nos permite acercarnos a la clientela al abandonar el centro de la ciudad capital, porque a muchos se les hace difícil viajar por las responsabilidades en el hogar o porque, simplemente, no cuentan con el poco dinero que requiere pagar el servicio de bus. De modo que el eterno problema del espacio vital, nos permite beneficiar directamente a comunidades que no contaban con ese servicio.

La atención de la planta física, aun aquella tan simple como la limpieza, demanda gastos que a veces son difíciles de cubrir. Sin embargo, nuestra experiencia indica que son tareas importantísimas, porque el in-

menso tráfico de personas —clientes, estudiantes, funcionarios— así lo exige. Máxime que, y ahora nos referimos al nivel educativo del usuario, se nota una propensión a tirar o hacer basura en cualquier parte, a ensuciar el edificio, o dañar el mobiliario, para no ser exhaustivo.

El uso intensivo de la planta física, que abarca todo lo que en ella se ubica, hace indispensable una especial atención a su limpieza, lo que requiere personal, y esto también en ocasiones se dificulta, porque los presupuestos universitarios son insuficientes y se destinan a lo que los planificadores consideran prioritario, no incluyéndose en sus planes.

Equipo y materiales de oficina

Si un servicio legal se concretara a labores de consultoría, el equipo y los materiales de oficina no serían tan indispensables. Nosotros, pese a que hacemos labores de consultoría pura y simple, en la mayoría de los casos debemos desempeñar tareas que implican trámites escritos —judiciales y administrativos—, por lo que dependemos del papel, grapas, clips, carpetas, papel carbón, así como máquinas de escribir (sólo tenemos manuales), escritorios y mobiliario en general, desde archivos hasta cestos para papeles.

No dudamos que sería menos costoso, si el servicio se concretara a la solución de consultas, pero consideramos que se debe hacer el intento de dar un servicio global que no sólo crea expectativas, a la larga frustradas, si nuestra participación quedara a medio camino.

Personal

Se ha aceptado tradicionalmente, que cada Consultorio debe contar con un abogado director y un secretario administrativo⁷ como único personal a su cargo. Con el tiempo, hemos venido ocupando en labores auxiliares de Secretaría a estudiantes de Derecho matriculados en el servicio de Consultorio para que en forma bonificada (como una retribución académica) lleven labores administrativas que alivien esa carga al Director y a su Secretario.

La Facultad cuenta hoy día con 7 Consultorios Jurídicos. De ellos, 4 se consideran Mixtos pues atienden casos civiles, comerciales, adminis-

⁷ El art. 4 de la Ley de Consultorios Jurídicos lo infiere, pero expresamente el art. 12 del Reglamento de Acción Social de la Facultad de Derecho lo establece: "Únicamente podrán ser nombrados como Director General, Secretario General y Directores de Consultorios, quienes ostenten los títulos de Licenciados en Derecho y de Notarios Públicos, y además, sean abogados litigantes ante los Tribunales de la República."

Por su parte, el art. 13 id, dispone: "Para ser nombrado Secretario de un Consultorio Jurídico, se requiere haber cursado y aprobado el V año de la carrera de Derecho en la Universidad de Costa Rica."

trativos y de Notariado; 1 se dedica exclusivamente a casos de Derecho del Trabajo, y 2 son penales.

De los Consultorios Mixtos, dos están ubicados en la sede central ubicada en la capital de la República, y uno en Goicoechea (suburbio de la capital). El Consultorio laboral también está en la sede central, uno de los consultorios penales funciona en la Cárcel de Mujeres, y el otro coordinadamente con los Defensores Públicos de la Corte Suprema de Justicia.

El costo anual del funcionamiento de esa infraestructura, gastos materiales y personales, significa unos veinte mil dólares aproximadamente, costo muy bajo si se analiza externamente, pero al cual cada año se hace más difícil hacerle frente por parte de la Facultad de Derecho. La Corte Suprema de Justicia contribuye con una partida simbólica anual.

Dado que el personal es insuficiente, no se llevan estadísticas confiables que permitan demostrar la bondad del servicio, se dificulta incluso la marcha controlada del trabajo de los Consultorios, pero sobre todo, hace evidente que se necesita integrar otro tipo de funcionarios conectados tangencialmente con lo jurídico, como Trabajadores Sociales, o los mismos Estadísticos (aunque estos sean ocasionalmente), que contribuyan a un mejor conocimiento de la realidad a la que se hace frente y con la cual se convive.

Y puesto que como se indicará, el trabajo se realiza a tiempo parcial, hace falta una persona que atienda el ordenamiento de los archivos, ficheros (no siempre actualizados u ordenados), pero que, especialmente, reciba las notificaciones de los distintos Tribunales y pueda incluirlas en sus respectivos expedientes, para que el estudiante a cargo del caso pueda tener noticia oportuna del próximo paso a dar según lo que haya resuelto el Tribunal precedentemente.

Jornadas

Siendo que, como se indicó supra, la Facultad no es de tiempo completo, y debido a que el servicio de Consultorios Jurídicos no está integrado en el currículo de los estudiantes, al tenerse apenas como un requisito de graduación, hay una tendencia muy marcada a considerarlo como de importancia disminuida. Lo cierto es que el estudiante puede prestar el servicio cuando decida libremente tomarlo. Existen requisitos para que pueda hacerlo, pero como también el estudiante de Derecho trabaja desde muy temprana edad académica, ya es como su derecho adquirido, prestar el servicio en horas nocturnas, a razón de cuatro horas semanales durante diecinueve meses. Se considera día laborable en Consultorios Jurídicos, el que es laborable para la Corte Suprema de Justicia. La jornada nocturna algunas veces facilita a ciertos clientes el poder asistir al Consultorio, pero normalmente es perjudicial para el servicio, porque se desarrolla en horas distintas a las que funcionan las oficinas públicas y/o judiciales. Además, al establecerse el servicio durante diecinueve meses, mentalmente predispone a cumplir con el plazo, algunas veces con prescindencia de la calidad con que se desempeñe.

De todas maneras, es un hecho que en dos horas nocturnas, un abogado director que debe vigilar a más de setenta estudiantes (aunque estos distribuidores en 2 asistencias por semana, a razón de 2 horas cada una), no puede realizar una tarea importante, y apenas puede cumplir con otro requisito (prestar sus servicios en las condiciones que materialmente le impone su patrono).

Condiciones del estudiante

Todos los factores que hemos analizado, en nuestro concepto son importantes en punto a una prestación eficiente del servicio. Sin embargo, el que se refiere a las condiciones del estudiante al momento de su ingreso a los Consultorios puede revestir mayor jerarquía, por las implicaciones que tiene en diversos órdenes.

Un primer elemento a tomar en cuenta es la (a) preparación académica del estudiante, preparación consciente y científica que evite el "desfase" entre el aula y la atención de casos reales.

En ese sentido, cabe destacar que la Facultad, por mucho tiempo, envió a Consultorios Jurídicos, estudiantes que no habían cursado Derecho de Familia, y más del 50% de los casos que aquí se atienden corresponden a esa rama del derecho (Alimentos, Separación Judicial, Divorcio, Declaración e Impugnación de Paternidad, Incidentes diversos como Guarda, Crianza y Educación de hijos cuando existe separación de hecho entre cónyuges, etc.). Esa situación se corrige a partir de 1982 con el nuevo Currículo aprobado por la Facultad. En el mismo orden de cosas, situación que aún persiste, si el estudiante deberá practicar notariado en el Consultorio (debe recordarse que Costa Rica sigue el sistema de notariado Latino), no parece lógico que ingrese sin haber cursado Derecho Notarial y Registral.

Lo anterior, aún en situación normal (de ritmo controlado del Consultorio), exigiría un mayor esfuerzo y atención especial respecto de estos casos, porque el estudiante no habría tenido contacto teórico con ellos en las aulas, pero que de hecho viene a agravar la situación interna del Consultorio, al existir un movimiento extraordinario de casos.

Un segundo aspecto a tomar en cuenta en punto a las condiciones del estudiante, es (b) el de un Seminario de ingreso al servicio. No ha diseñado la Facultad, y apenas lo va a poner en vigencia en 1983, un Seminario que permita al estudiante tomar contacto —todavía en un aspecto teórico— con la realidad que va a conocer en el Consultorio.

Sirve el Seminario para motivar anímicamente al estudiante, brindándole la oportunidad de conocer la importancia que tiene en su doble aspecto (formativo y de servicio), pero a la vez, en él podrá recibir instrucción sobre cuestiones cotidianas de la práctica profesional: redacción y estilo forense; técnica de la entrevista, auscultación del cliente, técnica de la conciliación; análisis general de los principales aspectos del proceso civil y penal; simulación de diligencias judiciales como sesiones de prueba testimonial o inspecciones judiciales. Pero también el Seminario sirve para

que el estudiante conozca toda la normativa de los Consultorios (Ley, Reglamento y Normas Internas con que funcionan); prácticas administrativas que se siguen; control de asistencia; presentación de informes; evaluación, etc.

Y un último aspecto, en este aparte, consideramos importante (c): en un sistema procesal eminentemente escrito, en donde el estudiante debe manejar una máquina de escribir, requisito insoslayable debe ser el escribir con ella impecablemente. No siempre se ha observado este requisito, lo que deviene en perjudicial para el servicio, puesto que disminuye la eficacia de aquél que debe escribir varios folios redactando una demanda o fundamentando una apelación, por ejemplo, pero también deviene en dañino para el equipo mismo, porque las máquinas sufren con quien no sabe usarlas.

Ante esta situación, estamos preparando algunos escritos (memoriales), tipo, que poligrafiados, puedan usar los estudiantes para facilitarse el trabajo y actuar con mayor celeridad, porque además, no resulta lógico en oficinas donde la mayoría de las redacciones son típicas (demandas de divorcio, p. ej.), que en cada caso deban realizarse íntegramente, cuando sería tan útil llenar ciertos espacios con los datos particulares o especiales de cada uno presente, pero que en cuanto al fondo permanezcan similares. No creemos que esto pueda ir en detrimento de la formación del estudiante, porque es en el diagnóstico previo, y ya con posterioridad cuando se ha establecido la litis, que debe el estudiante realizar un esfuerzo intelectual importante que lo ayude a la comprensión de los fenómenos que involucra cada caso, y todos sus casos globalmente.

Pero, si los señalados requisitos deben llenarse para que el estudiante ingrese en condiciones aceptables al servicio, ya en el curso del Consultorio deben realizarse sesiones de trabajo, especiales, donde se analicen aquellos casos que en el momento puedan considerarse importantes o difíciles a cargo de los Consultorios (para multiplicar el beneficio formativo), pero en donde también se aclaren dudas que el estudiante puede ir acumulando con el transcurso del tiempo y que, ya por no permitirlo el cotidiano tráfico del servicio, o por alguna circunstancia íntima, no haya ventilado públicamente con anterioridad. Estas sesiones que llamamos "clínica jurídica", son sumamente provechosas, porque se trabaja en grupo y aplicando algunas técnicas modernas se estimula el progreso del estudiante en la adquisición de las destrezas necesarias para llegar a ser un buen profesional, aunque también se pueden aprovechar esas sesiones para comentar aspectos que la relación con personas de escasos recursos hacen evidente profundizar en las posibles causas (unas económicas, otras jurídicas) de las situaciones o casos que se presentan al estudiante,⁸ con lo que se persigue obtener un futuro profesional más sensible a los problemas

8 Algunos autores denominan "Clínica Jurídica" el servicio que nosotros hemos dado en llamar Consultorio Jurídico, sólo que el énfasis en aquélla lo lleva lo formativo, y los casos se toman por el valor que puedan tener, académicamente hablando. De ahí opiniones como: "Por otra parte, tenemos una concepción que

sociales, abierto mentalmente, que no acepte ciegamente la bondad del sistema jurídico.⁹

Preferimos denominar Clínica Jurídica a este tipo de actividad dentro del Consultorio, porque se trata de ejercicio profesional dirigido. En nuestro criterio, la labor de clínica se puede extender hasta el análisis sobre el estado y situación del Consultorio mismo, tarea muy importante y de necesaria presencia para que el estudiante aprenda incluso a abogar por el mejoramiento de las condiciones en que presta el servicio. Eventualmente, y en función de lo que previamente se ha comentado respecto de un caso especial, o de un aspecto particular en el campo procesal (o de fondo), se pueden invitar profesores de la materia, a jueces u otros abogados funcionarios, que por su gran experiencia y/o prestigio, ayuden a la comprensión del caso planteado en general, con lo cual se introduzcan elementos nuevos a tomar en cuenta (doctrinaria, legal o jurisprudencialmente) y amplíe el horizonte del estudiante sobre ese particular.

No por quedar en última exposición, menos importante sería tratar en la clínica aspectos relativos a la forma de relacionarse con los clientes, ya con base en las experiencias que se hayan tenido, ya con otros indicadores, entendiendo la forma de ser del tipo medio de cliente, todo con la finalidad de llegar a resultados en la promoción misma de su condición, cambiando una tendencia paternalista que se presenta en este tipo de servicios, al menos como tradicionalmente los hemos concebido en Costa Rica.¹⁰

abre las perspectivas del trabajo jurídico del estudiante a la vida real... Se le denomina enseñanza clínica pues consiste en el estudio del Derecho, mediante la prestación de un servicio profesional a alguien que lo necesita", correspondiente a WITKER, Jorge. La Enseñanza del Derecho, Editora Nacional, México, 1975, p. 115. En igual sentido, CARLOS, Eduardo B., Clínica Jurídica y Enseñanza Práctica, EJE, Buenos Aires, 1959: "La Clínica Jurídica constituirá en una Facultad jurídica, un verdadero laboratorio donde profesores, estudiantes y personal técnico, experimentarán la realidad tal y como ella se presenta; donde se examinará la legislación vigente ya en función, es decir, palpando las ventajas o inconvenientes obtenidos en su aplicación", p. 122.

9 El Reglamento de Acción Social de la Facultad de Derecho (1979), dentro de los objetivos que señala su artículo 5º, contiene los siguientes: "formar una conciencia social en el estudiante, a través del conocimiento directo de la realidad nacional, a fin de que llegue a ser un profesional más comprometido con el mejoramiento de la sociedad en que vive", o "realizar actividades de carácter interdisciplinario para una comprensión más universal de esos problemas o necesidades y busca de su solución".

10 En su citado estudio, el Prof. Bates (p. 5) dice: "El aumento de las capacidades personales, se entronca con el pensamiento de algunos escritores en el sentido que la pobreza es, en parte, consecuencia de la inhabilidad o incapacidad de los pobres para competir en la distribución de la riqueza y para tratar con las instituciones o individuos que se vinculan a sus problemas o aspiraciones. Quienes así piensan, promueven, precisamente, la estrategia de desarrollar programas que centren sus esfuerzos en la capacitación de esas personas...". Obviamente no tenemos claro en nuestro país lo decisivo de un esfuerzo en tal sentido, y en punto a servicios legales, por ejemplo, la profesión del abogado no ha dado entrada a lo que en otros países existe debidamente estructurado: las paralegales.

Queda por señalar, como indispensable, la vinculación que se requiere entre la acción social del Consultorio Jurídico con la docencia y la investigación, de modo que se elimine la idea de compartimientos o estancos dentro de una acción global de la Facultad, ya que cada uno de esos ejercicios (Consultorio-docencia-investigación) tiene íntima relación entre sí, debiendo hacerse un esfuerzo para encontrar fórmulas que permitan que cada uno de ellos se beneficie del otro, en forma recíproca, y que cada vez más, vaya desapareciendo la investigación de tipo exegético, involutiva, desligada de lo que sucede en la realidad circundante.¹¹

Evaluación del estudiante y del servicio mismo

Cuando existían 30 estudiantes y tres abogados directores, era posible llevar el pulso diario de los casos y por ahí del servicio mismo. Cuando el número de estudiantes es cercano a 400, y apenas 7 abogados cumplen funciones de dirección, la posibilidad se hace más lejana. Si agregamos que en 1971 la Facultad modificó los requisitos de ingreso al servicio, rebajando el nivel académico en que los estudiantes lo hacen (lo que se hizo con la finalidad de eliminar los exámenes de incorporación ampliando el tiempo de servicio), el panorama es más confuso.

Actualmente se lleva un control cuantitativo consistente en el cómputo de asistencias (ausencias) del estudiante, y un control cualitativo (que en la práctica se realiza deficientemente) consistente en analizar la calidad del servicio prestado por el estudiante. Este último control se dificulta realizarlo, porque se hace a posteriori, es decir, cuando el estudiante ha cumplido sus 19 meses de servicio, y está en puertas de su presentación de Tesis de Grado, por lo que ejerce presiones hasta de tipo sentimental (familiar) con el fin de obtener su aprobación. Ese cuadro se presenta más complejo, si tomamos en cuenta que la conclusión del plazo de servicio es simultáneo para un gran número de estudiantes, todos en vísperas de la graduación, con expectativas de aumento salarial por el solo hecho de su egreso de la Facultad (según los escalafones del servicio público o judicial cuando pertenecen a esa burocracia).

La masificación (de estudiantes y de clientes) incontrolada, lleva a que de hecho se establezcan diferencias en cuanto a la cantidad de casos de unos y otros; a la naturaleza misma de los casos a su cargo, y al avance que se les imprima. Ocasionalmente se detecta que un estudiante literalmente "congela" la prosecución de un juicio (por causas sólo a él imputables), mientras que sus compañeros atienden diligentemente los que tienen

a su cargo. También ocasionalmente se descubre que algún estudiante convirtió en consulta pura y simple lo que pudo haber sido un juicio,¹² y, por supuesto, cuando un estudiante destaca entre sus compañeros, por estudioso o diligente, se inicia un período en que los mismos clientes piden ser atendidos por él, o cumplido su servicio, se lo recuerda entre clientes que aún acuden a terminar sus casos, o la misma planta administrativa que lo pone como ejemplo. Por demás decirlo, que descollar significaría para esos estudiantes tener una carga mayor que sus compañeros, lo que no resulta normal.

Es de reciente vigencia una norma interna (artículo 36) según la cual "podrá establecerse la evaluación de Consultorios, no por número de meses u horas, sino por tareas específicas y previamente enunciadas, de modo que se aprueben cuando se cumplan tales tareas a juicio y satisfacción del Director. Parece tímida e inocua tal disposición, pero si se toma como punto de partida que actualmente se califica la asistencia y el cumplimiento (muy superficial) del estudiante, se notará que con esa variante que se introduce en la evaluación aumenta la expectativa de un servicio más eficiente (beneficio del usuario) y más equilibrado técnicamente (beneficio del estudiante), porque se pueden establecer lotes de tareas para éste como atender un juicio ordinario (divorcio por ejemplo), un juicio Sucesorio, un Interdicto u otro juicio sumario si estamos en Consultorio Mixto, pero con criterio parecido en los otros Consultorios (laborales y penales), de modo que el estudiante concluirá el servicio, independientemente del tiempo que emplee en ello, si cumple a satisfacción esos trabajos. Obviamente, el estudiante procurará realizar un trabajo rápido y eficaz, en aras de satisfacer el servicio, y egresarse de la Facultad, porque, generalmente, éste es su último escollo para obtener tal condición.

Esta modalidad de evaluación pretende balancear las diversas actuaciones del estudiante, de modo que obtenga un conocimiento equilibrado en los distintos asuntos que se atienden en Consultorio, hasta donde ello sea posible. Realmente, en este campo falta mucho por hacer, pues apenas estamos tomando conciencia de la importancia que tiene para la Facultad, el estudiante y la misma comunidad. Es sintomático, claro, que en un Proyecto de Evaluación que elabora en estos momentos la Facultad, la Comisión encargada no hubiera incluido dentro de sus normas nada referente a la evaluación en los Consultorios Jurídicos lo que se logró introducir como una adición a su trabajo, pero apenas está en discusión inicial dicho Proyecto, por lo que no sabemos el resultado final del mismo.

Y deberá evaluarse a corto plazo, el funcionamiento mismo del programa de Consultorios, porque siendo un servicio público (aunque en sede académica) y sustentándose en fondos públicos, también, debe ha-

11 De los pocos ejemplos que pueden citarse en nuestro medio sobre el particular, lo haremos con tres: "La Seguridad en la Tenencia y Titulación de Tierras y el Desarrollo Agrícola en Costa Rica", de Carlos Sáenz y Foster Knight, Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica, 1971; "Investigación Sobre Los Problemas de Inquilinato y la Efectividad del Instrumento Jurídico", Facultad de Derecho, Area de Investigación, 1977", y "El Funcionamiento del Sistema Jurídico", Carlos José Gutiérrez, Editorial Juricentro, San José, 1979.

12 En las Normas Internas de Consultorios debió establecerse casuísticamente que es falta grave, "independientemente de la ausencia que corresponda, el hecho de que el estudiante rehúse tramitar un caso debidamente distribuido, o que se oculte con la finalidad de evadir la tramitación, o que convierta en una simple consulta un caso que amerite distinto tratamiento".

cerse un esfuerzo por, científicamente, valorar sus virtudes y defectos. Desde adentro es imposible realizar la evaluación del servicio, y corresponderá a la Facultad tomar las medidas para ello, contando con la asesoría de otras Facultades universitarias, o personal técnico de las vicerrectorías universitarias, para lograr hacer luz en este campo.

La normativa de los consultorios jurídicos

No fue sino hasta 1971 (Ley N° 4475 de 15 de julio de ese año) que se contó con marco legal que amparara el trabajo de los Consultorios. Realmente se hacía necesaria la ley a fin de poder litigar sin el pago de papel sellado y timbres en los asuntos que atendieran Consultorios, así como para eliminar la posibilidad de que las partes contrarias exigieran el afianzamiento de costas a los usuarios patrocinados por éstos.

Se establece, asimismo, qué personas califican para ser atendidas por los Consultorios, definiéndoselas como aquellas que no estén obligadas legalmente a declarar en el Impuesto Sobre la Renta (hoy, quienes no devenguen ingresos mayores a cuarenta mil colones anuales).

Esa Ley fue reformada por la N° 6369 de 5 de setiembre de 1979 (publicada en La Gaceta, Diario Oficial, el día 19 de aquel mes y año), básicamente para introducir la posibilidad de que el estudiante pudiera ser Defensor en materia penal (porque la ley original sólo hablaba de asuntos civiles y laborales al mencionar la palabra "poder" conferido al estudiante por parte del cliente); para autorizar donaciones de entidades públicas o privadas a los Consultorios, concediendo exoneración de pago de impuesto sobre la renta a las que realicen las empresas o personas privadas, así como también para conceder franquicia postal.

Cuando redactamos el Proyecto de lo hoy es la Ley N° 6369, pensamos que iba a ser muy atractivo para la empresa privada contribuir en un servicio tan importante, máxime que ella se beneficiaba al exonerársele el pago de impuesto sobre las sumas donadas. La respuesta no ha sido la presumida, debido, en gran parte, a la falta de divulgación sistemática por la Facultad de este tipo de programas, y de este tipo de posibilidades, lo que debe modificarse urgentemente, porque hoy más que nunca, los dineros con que contamos son insuficientes para un adecuado servicio.

En orden descendente, debe citarse que el servicio de Consultorios cuenta, asimismo, con un Reglamento de Acción Social aprobado por la Universidad de Costa Rica, reglamento en el cual se incluye cualesquier otro proyecto que la Facultad de Derecho establezca en punto a la acción social, como sería el actual programa de Educación Legal Popular que se lleva a cabo mediante el uso de la radio, y que es un trabajo de acción preventiva en materia legal, divulgando aquellos aspectos del Derecho que más frecuentemente consultan las personas, y para lo que nos ha servido la propia experiencia de tantos años en los Consultorios Jurídicos.

Finalmente, cuentan los Consultorios con las denominadas Normas Internas, que se refieren a aspectos más cotidianos del servicio, como son

el tipo de servicios que se prestan en ellos,¹³ atribuciones, deberes y derechos de los distintos funcionarios involucrados en el servicio, obligaciones y derechos de los estudiantes, de los mismos clientes,¹⁴ régimen de ausencias, etc. Este es el cuerpo que contiene lo relativo a organización y funcionamiento del sistema, y es de constante aplicación.

La exégesis de toda la normativa de Consultorios resultaría extensa, y nos hemos limitado a señalar aquellos aspectos sobresalientes. Otros aspectos pudieron ser ilustrativos del modelo que seguimos, pero hemos omitido enfrascarnos en lo que podría ser lo más árido del tema.

Futuro de la asistencia legal en Costa Rica

No dudamos que en nuestro país, el Estado deberá tener una participación más directa y agresiva en este campo. Hemos actuado con mucha timidez, y extrañamente, vamos a la zaga de muchos países, porque ignoramos siquiera lo que se hace en ellos en punto a la asistencia legal en general.

El sector que hemos tratado en este trabajo, la asistencia legal en sede universitaria significa una tarea de cuantía mínima en relación a la que se requiere para darle servicio a toda la población nacional, o al menos a la población nacional de escasos recursos que de otra manera no puede hoy contar con patrocinio legal.

En un ante-proyecto de Ley que hemos elaborado para establecer el Servicio Legal Nacional (servicio a cargo de todo egresado de cualquier Facultad de Derecho como requisito previo a la licencia de ejercicio profesional), escribimos que "una salida que debemos buscar al problema de la asistencia legal podríamos encontrarla en el establecimiento del servicio obligatorio para todo egresado de la Facultad de Derecho, o graduado en universidad del exterior... Claro, el servicio deberá ser pagado a los egresados, tal cual existe para los médicos. Y se entiende que el servicio no sólo es contraprestación para el estudiante de la universidad estatal que recibe enseñanza gratuita, sino deber de solidaridad social,

13 El art. 3 de estas Normas establece que los Consultorios prestan los siguientes servicios: a) prestación de servicios gratuitos a personas de escasos recursos, en materia jurídica y notarial; b) servir de amigables componedores o árbitros arbitradores, procurando avenencias o dirimiendo conflictos de distinta naturaleza que se presente entre las personas; c) obtener una mejor preparación profesional del estudiante, procurando crearle una mejor percepción de los problemas sociales al acercarlo a ellos y haciéndolo una persona más comprometida en la superación de los mismos...".

14 Al usuario se le impone, entre otras, la obligación de "vigilar que su caso está siendo atendido con diligencia, y poner en conocimiento de los funcionarios del Consultorio cualquier situación que atente contra esa diligencia", pero también en el art. 30 que las contiene, se impone a los usuarios la obligación de "ser veraces en la información que suministren", "asistir a las citas que se les señale tanto a las oficinas del Consultorio como a cualquier otra oficina judicial o administrativa", "ser respetuosos en el trato con el estudiante", etc.

contenido en el Pacto de San José, puesto que viviendo en una misma sociedad, todos estamos obligados a atenuar, si no eliminar, las desigualdades entre los hombres...".

Sobre este proyecto, y otras posibilidades de servicio legal, no sólo judicial como bien señala el Prof. Luis Bates,¹⁵ trataré en un futuro artículo, dada la urgencia de que estos temas reciban difusión para enriquecer su base teórica.

Bibliografía

- BATES, Luis. "La Asistencia Legal en América Latina", inédito.
- CAPPELLETTI, Mauro. "Estudio del Derecho y Tirocinio Profesional", Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1959.
- CARLOS, Eduardo B. "Clínica Jurídica y Enseñanza Práctica", Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1959.
- GUTIERREZ, Carlos José. "Ponencia presentada a la Primera Conferencia Sobre Organización y Prestación de Servicios Legales en América Latina", San José, 1981.
- GUTIERREZ, Carlos José. "Ponencia a la Conferencia Sobre Enseñanza del Derecho y Desarrollo", Valparaíso, 1971 (En Editorial Andrés Bello, Santiago, 1973).
- SOLANO CARRERA, Luis. F. "Guía de Servicios en Consultorios Jurídicos", Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica, 1981.
- WITKER V., Jorge. "La Enseñanza del Derecho", Editora Nacional, México, 1975.

15 "La asistencia debe ser legal y no sólo judicial. Su quehacer se aproximaría de ese modo a centros de decisión que afecten los intereses económicos y sociales de sus clientes lo cual podría proyectarse en el mejoramiento de sus calidades de vida. La asistencia legal se aproximaría a la motivación de bienestar social que caracteriza los esfuerzos actuales de algunos países... Se entiende entonces por "asistencia legal" el conjunto de medidas tomadas para asegurar que la operación del sistema legal (foros que generan, interpretan y aplican la ley) no varía debido al nivel de ingresos del individuo..."; op. cit., p. 9.

UN DOBLE ENFOQUE DE LA CRIMINOLOGIA

Dr. Daniel Gadea

Profesor Facultad de Derecho
Universidad de Costa Rica

SUMARIO: *Introducción. I. La Criminología del pasaje al acto: Sección I. Postulados principales de la criminología del pasaje al acto. Sección II. Las dificultades de la criminología del pasaje al acto. II. La Criminología de la reacción social: Sección I. Los componentes de la representación del crimen. — La intencionalidad atribuida al actor y la gravedad reconocida a la conducta. — Representaciones del criminal. Sección II. Vías medios de la reacción social: — Análisis de las operaciones del sistema. — Representaciones sociales del sistema de justicia criminal.*

Introducción

La criminología se funda en los trabajos de tres personas: "Cesare Lombroso" (1835-1909), médico militar de origen judío, quien fue el creador de la antropología criminal.

Luego tenemos a Enrico Ferri (1856-1929), profesor de derecho y sociología, autor de la famosa "Sociología Criminal", publicada en 1881 bajo el título de los "nuevos horizontes del derecho penal".

Por último está Raffaele Garófalo (1851-1934), quien fue magistrado y publicó un tratado llamado "La Criminología", en 1885.

La criminología se desarrolló bastante desde 1885 gracias a los congresos internacionales de Antropología Criminal. Este término fue adoptado como homenaje a Lombroso.

R. Vovin y J. Leauté definen la criminología como el estudio científico del fenómeno criminal.¹

Por su parte, Stefani, Levasseur y Jambu-Merlin, señalan que las ciencias criminológicas son aquellas que estudian la delincuencia, para determinar el origen, las causas, el proceso y las consecuencias, o sea, que la criminología es el estudio de las causas de la delincuencia.²

Para otros, como Seelig, la criminología abarca simplemente la ciencia del crimen.

En esto hay que señalar que la criminología estudia el crimen en forma científica, pero hay diferentes formas de enfocar estas investigaciones. Así pues, unos consideran que lo importante es determinar por qué un individuo delinque y el otro no, mientras que otros consideran que son los procesos sociales los que determinan la delincuencia en un país determinado.

Nosotros consideramos que si bien es cierto la criminología debe estudiar en forma científica las causas del crimen, también debe incluirse dentro de tal estudio, la reacción que lleva consigo el acto criminal.

El propósito pues de este trabajo es aclarar el enfoque doctrinal en criminología.

En este sentido, señalaremos que hay dos tipos posibles de criminología: una criminología del pasaje al acto, que cuenta con una mayoría considerable en doctrina, y una criminología de la reacción social. Entonces es necesario analizar ambas posiciones para luego señalar cuál pareciera ser la más adecuada. Analizaremos primero la criminología del pasaje al acto.

¹ Stefani G., Levasseur G. et Jambu-Merlin. *Criminologie et Science Pénitentiaire*. Paris, 1976, p. 2.

² Ver Stefani G., Levasseur G. et Jambu-Merlin. *Op. cit.*, p. 2.

I. La criminología del pasaje al acto

Los criminólogos del pasaje al acto consideran que el aspecto específico de la criminología es el hecho de determinar el por qué de un tal pasaje al acto delictuoso, mientras que al mismo tiempo hay sujetos que se abstienen de cometer ese tipo de hechos.

Dentro de esta concepción tenemos una primera tendencia que trata de explicar el pasaje al acto en razón de una serie de factores: factores físicos, geográficos, nacionales, raciales, urbanismo, ruralidad, económicos, profesionales, políticos, religiosos, el nivel de instrucción, la influencia de los medios de comunicación colectiva y ciertas desviaciones (alcoholismo, uso de estupefacientes, drogas, etc.

Hay que señalar que este tipo de estudios es muy criticado por la doctrina criminológica, pues se señala que el limitar el estudio del hecho criminal a un factor es insuficiente.³

Por otro lado tenemos la explicación del pasaje al acto en función del medio y es así como se parte de los tres medios propuestos por Ethiene de Greel:⁴ a) *el medio primario* (familia de origen y todo lo que sucede a su alrededor); b) *el medio ocasional* (medio de formación escolar y profesional); c) *el medio escogido o aceptado* (familia creada, medio profesional y cultural).⁵ Este enfoque es también muy criticado pues se considera que es un factorialismo disfrazado.

Por último hay que mencionar la explicación del pasaje al acto en términos de cultura.⁶ Este enfoque nos lleva a la noción de conflicto cultural. Las primeras manifestaciones al respecto provienen de la idea de la transmisión cultural (Sutherland, Shaw y Mc Kay). La idea principal al respecto es que la delincuencia es un comportamiento que se aprende por medio de un mecanismo de asociación diferencial. Por otro lado, la noción de conflicto cultural interviene como punto de partida en la explicación de la delincuencia de los inmigrantes.

Una vez que hemos esbozado las diversas tendencias respecto a esta corriente de pensamiento, es necesario formular primero los postulados principales de esta teoría y luego las dificultades de la criminología del pasaje al acto.

Sección I. Postulados principales de la criminología del pasaje al acto.

Muchas veces el crimen tiene todas las apariencias de una situación imprevista. El marido que se encuentra a su mujer con otro hombre tira

sobre ambos para vengar su deshonra. Un automovilista monta a una desconocida en la ruta y luego la viola. Muchas veces, después de haberse cometido el hecho, el sujeto dirá que no comprende lo sucedido. Pero el pasaje al acto sólo es aparentemente una situación imprevisible. El crimen es el resultado paciente de una larga espera cotidiana, muchas veces inconsciente del criminal.⁷ Esto nos lleva a decir que el sujeto que cometió el hecho ya traía consigo el instinto criminal y sólo estaba esperando la situación propicia para mostrar su vocación criminal. Según Pinatel "el crimen es la respuesta de una personalidad a una situación".⁸ Así es postulado esencial en esta explicación que el pasaje al acto exige en principio que una personalidad criminal exista y que ella se encuentre confrontada con una situación criminógena. ¿Pero, si el delincuente se enfrenta con este tipo de situaciones por qué él y no los otros pasan al acto?

A este respecto se ha considerado que existen una serie de frenos inhibitorios que hacen a los sujetos abstenerse de realizar un acto delictuoso; inmoralidad del acto, el temor al castigo y todas sus consecuencias: la pena, la pérdida del empleo, el desprestigio que acarrea el nombre de reo penal, etc.

Entonces el criminal es un sujeto en el cual ningún tipo de inhibición hacia el delito o la moral existe, lo cual ha tratado de explicarse en el sentido de que el delincuente presenta ciertos caracteres psicológicos que no se dan en los no delincuentes.⁹

La criminología del pasaje al acto ha sido muy criticada por una parte de la doctrina y es así como se señalan las dificultades que presenta una tal concepción.

Sección II. Las dificultades de la criminología del pasaje de acto

Todas las concepciones de la criminología del pasaje al acto se enfrentan a una primera dificultad que conciernen la base misma de su trabajo. La mayor parte de las investigaciones dentro de un enfoque del pasaje al acto se fundan en un estudio sobre la población de los detenidos. Por otro lado una gran parte de los asuntos ventilados por los tribunales no culminan necesariamente en una condenatoria. Esto lleva a los críticos del pasaje al acto a señalar que los estudios así realizados no son válidos, pues los sujetos incluidos en la estadística de detenidos serán muchas veces sobreesidos y por ende no se les puede incluir como sujetos que pasaron al acto. Entonces, más bien se recomienda hacer dichos estudios sobre un conjunto de personas de la población en general.¹⁰

3 Philippe, Robert. *Sociologie Criminelle*. L'Année Sociologique. Paris, 1976, p. 469.

4 Ibid., p. 450.

5 En ese sentido véase Stefani G., G. Levasseur y Jambu-Merlin. *Criminologie et Science Pénitentiaire*. Dalloz. Paris, 1976, p. 118.

6 Reyes E., Alfonso. *Criminología*. Univ. Externado de Colombia. 1980, p. 144.

7 Merle R. Vitu A. *Traité de Droit Criminel*. Editions Cujas. Paris. 1978, p. 85.

8 Ibid.

9 Bouzat P. et Pinatel J. *Traité de Droit Pénal et Criminologie*. Tome III. Dalloz, Paris, 1975, p. 682.

10 Ver Bouzat P. et Pinatel J. *Op. cit.*, p. 39.

La crítica más seria se da en cuanto a la diferencia existente entre la criminalidad registrada y la criminalidad real. En efecto no toda la criminalidad que se da en una sociedad aparece en las estadísticas policiales. Se entiende por criminalidad real "la totalidad de delitos y contravenciones que efectivamente se realizan en un tiempo y espacio determinados, independientemente de que hayan sido o no investigados o siquiera conocidos por la autoridad o los particulares."¹¹ Entonces la criminalidad que aparece registrada representa sólo una ínfima parte del conjunto de pasajes al acto.

También puede decirse que las modificaciones de la acción administrativa repercuten sensiblemente sobre el nivel de la criminalidad registrada. El solo hecho de que haya un aumento en la eficacia de ciertos agentes, esto puede aumentar de manera considerable la criminalidad registrada. Así por ejemplo si la policía aumenta el número de redadas en la noche, es claro que una mayor parte de sujetos serán puestos a las órdenes de los tribunales de justicia.

Por otro lado hay una serie de delitos que se producen en diversos establecimientos (librerías, supermercados) que nunca llegan al conocimiento de las autoridades. Se han hecho estudios al respecto y se señala que los servicios especiales de los establecimientos sólo logran identificar un 10% de infractores, mientras que de ellos sólo el 1% es denunciado a las autoridades.¹² Así se puede notar que un porcentaje bastante alto de criminalidad no es conocido, ni puesto dentro de las estadísticas criminales.

Por último hay una serie de estudios que se encaminan a investigar la llamada "delincuencia auto-reportada", es decir, se pregunta a los sujetos qué tipo de infracciones han cometido sin que haya habido denuncia.¹³ A estos estudios también debe agregarse los trabajos relativos a la víctima que no denuncia, por lo que una serie de infractores van a ser impunes a la ley penal, ya sea porque el sujeto pasivo o no pudo o no quiso luego denunciar.

Pero si la criminología del pasaje al acto es importante, también es necesario analizar la criminología de la reacción social.

II. La criminología de la reacción social

Esta criminología señala que la delincuencia es una consecuencia de la reacción social. Esto hay que entenderlo en el sentido de que se entiende por delincuencia ya no el acto desviado y su autor, como lo pensaba la criminología tradicional, sino el proceso por el cual la sociedad asigna la etiqueta de "desviado" o de "delincuente" a ciertos individuos y la forma como estos individuos reaccionan a esta "estigmatización".

11 Reyes E., Alfonso. *Op. cit.*, p. 39.

12 M. O. Cameron. *The Booster and the Snitch*. Glencoe. The Free Press. 1964.

13 En ese sentido Porterfield A. *Youth in Trouble*. Fort Worth. Leo Portishman. 1946; N. Christie, J. Andenaes y S. Skirbekks. *A Study of Self Reported Crime*. Edit. Christinasen, London, Tavistock. 1965. Vol. 1, p. 86.

Dentro de la teoría de la estigmatización hay que hacer énfasis en el aspecto de la desviación. Ya S. Shoham había dicho: "Un criminal, un desviado o un individuo antisocial será aquel que es estigmatizado y tratado como tal por otro sujeto".¹⁴ En esto es importante señalar que hay una relación estrecha entre los individuos de los cuales se sospecha que han violado las reglas de conducta social de una parte, y las personas, los grupos y las instituciones que reaccionan a dichos comportamientos reales o supuestos. Al término de dicho proceso caracterizado por la estigmatización de los sospechosos, estos últimos han adquirido el status social de desviados y reorganizan su personalidad en función del rol social correspondiente que la comunidad les ha conferido.

Entonces la teoría de la estigmatización hace del sistema social la causa misma de la desviación: es la sociedad la que por medio de sus normas, grupos e instituciones crea la delincuencia.¹⁵

Un dispositivo de investigación para poder establecer la frontera entre la desviación y la desviación criminal consistiría en estudiar la interrelación entre tres tipos de categorías:

- los denunciantes (aquellos que van a pedir la intervención de un sistema oficial de control).
- los denunciados (aquellos que son el objeto o la causa de esta demanda de intervención).
- los beneficiarios de la denuncia (los agentes del sistema de control).

Luego de haber establecido el sistema de análisis para delimitar el fenómeno criminal debemos analizar los componentes de la representación del crimen, por un lado y las vías y medios de la reacción social por otro lado.

Sección I. Los componentes de la representación del crimen

Para hacer un análisis de los componentes de la representación del crimen, es necesario estudiar dos aspectos: la intencionalidad atribuida al actor y la gravedad reconocida a la conducta de un lado y las representaciones del criminal de otro lado.

A. La intencionalidad atribuida al actor y la gravedad reconocida a la conducta

Hay que señalar que si ambas variantes son débiles o solamente una de ellas, la imagen global es de un delito menor. Por el contrario si la

14 Robert Ph. *Op. cit.*, p. 469.

15 XVIII Congres Francais de Criminologie. *La Stigmatisation*. Aix en Provence. 18-20 octubre, 1979. Francia.

intencionalidad y la gravedad son consideradas como intensas, estamos en presencia de un delito mayor. En esto sería importante hacer una investigación desde el punto de vista de la reacción social para determinar si la intencionalidad atribuida al actor difiere dependiendo del sector que se investigue. Pues es claro que cada sector social responde de manera diferente a los problemas en sociedad. Por otro lado resulta muy interesante el hecho de determinar cómo es percibido el fenómeno de la gravedad de una conducta, partiendo de una investigación que analice la posición de las diversas audiencias,¹⁶ pues son éstas las que deciden quiénes son desviados o supuestos como tales. Se entiende por audiencia en general el conjunto de individuos o grupos sociales, de tipo informal o institucional.

Pero si la intencionalidad del actor y la gravedad de la conducta necesitan un estudio metódico para determinar los criterios seguidos en cuanto a su calificación, también es necesario interrogarse respecto a las representaciones que la sociedad tiene del criminal.

B. *Las representaciones del criminal.*

El hecho de considerar una conducta como criminal es un aspecto que es señalado como muy relativo, pues lo que crea el criminal no es que el hecho se realice, sino que el sujeto activo sea considerado como tal. En esto llegamos a un punto crucial en el enfoque de la reacción social: cómo deviene el sujeto criminal? Un sujeto es considerado como criminal cuando entra en contacto con el sistema de justicia criminal, es decir, por medio del otorgamiento de una etiqueta de parte de los agentes especializados. Generalmente debe distinguirse en estos casos dos caminos: un proceso primario que es el reenvío y un proceso secundario que es la etiqueta.

El reenvío hacia un sistema de justicia criminal, o sea hacia un control institucionalizado de desviación interviene cuando las relaciones sociales con el candidato son consideradas como insostenibles por un grupo primario, que se considera incapaz de regular por sí mismo dichas relaciones. En ese caso, según Chapman el grupo primario es asfixiado por esa desviación.¹⁷ En esto hay que considerar que no todo grupo social reacciona de igual forma, pues ciertos grupos, en razón de su cultura y su modo de vida, regulan sus relaciones internas sin hacer uso de su agencia oficial; o bien, estos grupos hacen de la desviación un fenómeno con menor visibilidad pública.

De todas maneras cuando se produce un reenvío, el grupo primario se muestra incapaz de controlar la conducta debido a su gran visibilidad pública. Así es como entra en juego otro sistema de relaciones, es decir, otro grupo de agentes sociales que se van a encargar de continuar las relaciones con el candidato criminal.

16 Gadea, Daniel. *Les vêtements du détenu*. These de Troisième Cycle: Sciences Criminelles. Bordeaux, Francia, setiembre 1981, p. 120.

17 Robert Ph. *Op. cit.*, p. 487.

Luego de haber enunciado las razones y reglas que fundamentan la corriente de la reacción social, es necesario analizar el sistema que se encarga de regular esta reacción social, haciendo pues un estudio de las vías y los medios de ésta.

Sección II. *Las vías y los medios de la reacción social*

Las vías y medios de la reacción social no se inician con la justicia penal, pues la intervención de la reacción social como etiqueta se da luego de un proceso largo que se llama "reenvío". Pero es claro que el estudio de las vías y medios de la reacción social debe hacerse dentro del sistema de justicia criminal, haciendo primeramente un análisis de las operaciones del sistema y luego tomando en cuenta las representaciones sociales del sistema de justicia criminal.

A. *Análisis de las operaciones del sistema*

Cada sistema tiene sus propiedades y características que lo diferencian de otros sistemas. Un sistema judicial opera como un todo, como un conjunto de mecanismos. El sistema judicial cuenta con un procedimiento propio que lo distingue de un ente administrativo o de un ente legislativo.

Es claro que dentro del sistema de justicia criminal va a existir una especialización de los actores: policía, ministerio público, Organismo de Investigación Judicial (O.I.J.), jueces, sistema penitenciario, etc.

Por otro lado el sistema de justicia criminal funciona como un ente complejo, compuesto por una serie de órganos de selección. Se les llama órganos de selección, porque son ellos los encargados de recolectar los datos y tomar las medidas pertinentes a que se cumpla el derecho.

Desde el punto de vista del funcionamiento, estos órganos tienen diversas formas de operar. La policía por ejemplo, puede proceder por medio del arresto, las redadas, etc. Así mismo, el funcionamiento de los tribunales o de la O.I.J. es propio a cada uno de esos organismos.

Una vez señalado el funcionamiento de los agentes de la reacción social, es preciso interrogarse sobre las representaciones sociales del sistema de justicia criminal.

B. *Las representaciones sociales del sistema de justicia criminal.*

Es muy importante conocer la opinión que la sociedad en general tiene de los diferentes órganos de justicia criminal. En cierto modo estas representaciones se han venido forjando de generación en generación y de padre a hijo se ha venido sosteniendo una misma tesis respecto a nuestro sistema de justicia criminal. Hay que señalar que en esto adquiere una importancia primordial la opinión de los medios de comunicación colectiva, los cuales por medio de su gran impacto ante "el gran público"

contribuyen de una u otra manera a dar una imagen respetable o deteriorada de tal o tal ente público.

Entonces las representaciones sociales del sistema de justicia criminal se mantienen en una sociedad dada y no son verdaderamente cuestionadas. Por ello, es labor del criminólogo hacer un estudio de la representación social sobre la justicia criminal, tomando en cuenta los motivos e influencias que mueven a un individuo determinado a pensar de esa manera.

Conclusión

Una vez que hemos analizado los diferentes enfoques en Criminología, llegamos a la conclusión de que es necesario que exista por un lado la criminología del pasaje al acto (la cual ha acaparado la mayor parte de los estudios hasta el momento), pero también es esencial que se tome en cuenta la criminología de la reacción social, pues ésta surge como una nueva alternativa para todos aquellos estudiosos que se interesan en el fenómeno criminal, desde un punto de vista muy amplio y que tiene muchos aspectos que es importante investigar.

Entonces hay que aclarar que no se trata de decir que la criminología del pasaje al acto ya pasó de moda, ni tampoco se trata de sostener un imperialismo de una teoría sobre la otra, sino que debemos tratar de diversificar las investigaciones en el campo criminológico, de tal modo que tanto la criminología del pasaje al acto, como la criminología de la reacción social puedan desarrollarse en forma tal.

Bibliografía

- Bouzat et Pinatel. *Traite de Droit Penal et Criminologie*. Tome III. Dalloz, Paris, 1975.
- Cameron M. O. *The Booster and the Snitch*. Glencoe. The Free Press. 1964.
- Congres Francais de Criminologie. N° 13. *La Stigmatisation*. Aix en Provence 18-20 octubre. Francia. 1979.
- Gadea, Daniel. *Les vêtements du détenu*. These de Troiseime Cycle: Sciences Criminilles. Bordeaux. Francia, setiembre, 1981.
- Merle R. - Vitu A. *Traite de Droit Criminel*. Editions Cujas. Paris. 1978.
- N. Christie, J. Andenaes y S. Skirbekk. *A study of self reported-crime*. Edit. Christiansen, London. Tavistock, Vol. 1. 1965.
- Porter Field A. *Youth in Trouble*. Fort Worth. Le Portishman. 1946.
- Reyes E. Alfonso. *Criminología*. Univ. Externado de Colombia. 1980.
- Robert Ph. *Sociologie Criminelle*. L'Année Sociologique. Paris. 1976.
- Stefani G., Levasseur G., Jambu-Merlin. *Criminologie et Science Pénitentiarie*. Dalloz.

RESPONSABILIDAD CIVIL POR DAÑO AMBIENTAL*

Dr. Manuel Amador Hernández

Juez 2º de familia, Costa Rica

* Conferencia dictada en el Seminario Nacional sobre el Marco Legal del Ambiente, realizado en San José en el mes de setiembre de 1981.

El título que hemos asignado a esta charla: "Responsabilidad civil por daño ambiental", implica, ya de por sí, una toma de posición con respecto a aquella que debe ser, según Salvador Patti, la primera tarea que debe realizar el civilista de frente a la temática del ambiente.

Dicha primera tarea consiste, para el autor citado, en buscar y determinar cuáles son los mecanismos que podría proporcionar el derecho civil, y, —quizás— en forma más amplia, el derecho privado, para la tutela del medio ambiente. Y siendo así, y si de lo que se trata en este seminario es de suministrar a todos los interesados en él, a todos nosotros, una visión general de la forma en que las diversas ramas del ordenamiento jurídico enfrentan y resuelven los problemas relativos al medio ambiente, una charla como ésta, que lo que pretende es tratar, si bien muy someramente, el aspecto civilista del tema ambiental, debería estar encabezada por un título que contenga una orientación mucho más general, y no por uno que reduzca el problema de la tutela civilista del medio ambiente, al campo exclusivo de la responsabilidad civil.

Ciertamente, existen autores que consideran que la responsabilidad civil no sólo se ha convertido en el centro del derecho, sino que tiende, y está a punto, de absorberlo por completo. Pero, semejante tesis, pensamos, no puede ser compartida si lo que queremos es tomar en consideración el estado actual del derecho civil.

Debemos advertir, sin embargo, que el título que hemos asignado a esta charla, no es el resultado de la casualidad, no es obra del azar, ni mucho menos —y en esto invocamos el beneficio de la duda— de una actitud que impensadamente haya reducido toda la problemática de la tutela civilista del medio ambiente, al campo exclusivo de la responsabilidad civil. No... Desafortunadamente, el haber reducido el tema de la tutela civilista del medio ambiente al campo de la responsabilidad civil, no es obra más que de la lamentable insuficiencia de nuestro derecho civil de frente a un problema tan importante como lo es, hoy día, el del ambiente. En nuestra legislación civil no existen disposiciones como las que existen en otras legislaciones civiles de otros países que tienden a una tutela del medio ambiente, aunque lo hagan —algunas de esas disposiciones— en forma indirecta. Por ejemplo, en nuestro país no existe una norma como la que expresa el artículo 329 del Código Civil de la República Democrática Alemana que en su primer párrafo dispone lo siguiente: "La Sociedad Socialista organiza las condiciones ambientales en forma tal que ejerciten un flujo estimulante sobre la salud, el bienestar y la eficiencia de los ciudadanos y que eliminen progresivamente los factores nocivos para la salud".

Esta norma, ciertamente, se reduce en este primer párrafo, a una mera petición de principio, a una declaración de principio. Sin embargo,

en sus párrafos posteriores, el artículo establece lo que sigue: "Las empresas están obligadas de acuerdo con las normas legislativas vigentes, en materia de protección al ambiente, a adoptar las medidas necesarias para mantener en el mínimo posible las influencias nocivas sobre el ambiente, tales como la contaminación del agua, aire y suelo, y del ruido y las vibraciones...". Y agrega que "...las influencias nocivas no generan la pretensión de hacerlas cesar, si no sobrepasan el límite de lo inevitable o el establecido por la ley...".

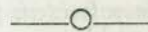
Tampoco en nuestro Código Civil, en nuestra legislación civil, en nuestro derecho privado en general, existe una disposición como la que expresa, por ejemplo, el artículo 906 del Código de la República Federal Alemana que establece lo siguiente: "...el propietario de un fundo no puede prohibir o evitar las emanaciones de gas, vapores, olores, humo, hollín, calor, ruido, vibraciones, provenientes de otro fundo, si esas emanaciones no producen daño o si el daño que producen es irrelevante o si son usuales en el lugar donde se verifiquen...". Y agrega, dicha norma, que "...el propietario del fundo no puede oponerse a tales emanaciones en la medida en que las mismas no sean evitables mediante la adopción de medidas adecuadas".

Tampoco en nuestro Código Civil existe una disposición como la que contiene el artículo 844 del Código Civil italiano que establece lo siguiente: "El propietario del fundo no puede impedir las emanaciones de humo o de calor, las exalaciones, los ruidos, las vibraciones o las propagaciones similares provenientes del fundo del vecino, sino superan los límites normales de tolerancia".

Ciertamente, estas normas, sobre todo las dos últimas, la del Código Civil de la República Occidental Alemana y la del Código Civil italiano, se encuentran ancladas al principio ideológico que consagra y protege la propiedad privada. Pero, en todo caso, interpretadas "a contrario sensu", significan tanto como que el propietario de cualquier fundo vecino está facultado para reclamar la intervención del órgano jurisdiccional a efecto de que éste, mediante su potestad de imperio, haga cesar esas emanaciones o las haga reducir, por lo menos, al límite normal de tolerancia. Y, como podrá observarse, esta posibilidad implica, aunque sea indirectamente, una protección al medio ambiente.

En nuestro derecho civil, pues, no existen normas como las que hemos citado ni, tampoco, normas que en cualquier otra forma tiendan a la tutela del medio ambiente. Por el contrario, el Código Civil de nuestro país minimiza la importancia del ambiente al disponer, en su artículo 405, que... "Nadie puede construir cerca de una pared ajena o medianera pozos, cloacas, acueductos, hornos, fraguas, chimeneas, establos, depósitos de materias corrosivas, máquinas de vapor u otras fábricas destinadas a usos que puedan ser peligrosos o nocivos, sin guardar la distancia ni hacer las obras necesarias para que de este hecho no resulte perjuicio..." ¡no al ambiente! —como era de esperar—, sino, "...a la pared". Así concluye, con toda sencillez, dicha norma.

De lo expuesto, pues, que el ámbito de acción del civilista se halle limitado, en nuestro país, al campo exclusivo de la responsabilidad civil. Y siendo, como lo es, que ni siquiera en este campo, en el campo específico de la responsabilidad civil, existen normas que expresa o tácitamente estén encaminadas a proteger el ambiente, al civilista no le queda otro camino que recurrir a los principios generales que informan la responsabilidad civil para tratar de deducir de ellos, de esos principios generales, no obstante sea en algunos casos un tanto forzadamente, la única tutela del ambiente que parece posible en Costa Rica.



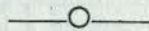
Ahora bien, podríamos preguntarnos: ¿Cómo hablar, en nuestro país, de tutela civilista del medio ambiente, no obstante hayamos considerado que esa tutela se reduce exclusivamente al campo de la responsabilidad civil? ¿No es acaso cierto, preguntaríamos, que el derecho civil, el derecho privado en general, tiende básicamente a la tutela de intereses que son referibles directa y exclusivamente a los individuos particularmente considerados? ¿Y no es acaso cierto que esta tutela se traduce, las más de las veces, en un específico reconocimiento de un derecho subjetivo? ¿Cómo armonizar, entonces, aquella que es la tendencia tradicional del derecho civil, del derecho privado, con la tutela de intereses relativos al ambiente que no son referibles exclusivamente a sujetos determinados, sino que trascienden las esferas de interés de esos sujetos para ubicarse en las de colectividades enteras? ¿Cómo, entonces, el derecho civil podría proporcionar mecanismos que tiendan a la protección de intereses que por propia definición son intereses de carácter colectivo?

Han sido, precisamente, los obstáculos que presentan los interrogantes anteriores, los que han provocado que la propia doctrina civilista, que los propios estudiosos del derecho civil, hayan declarado que al derecho privado, en el campo de la protección al medio ambiente, no le corresponde desempeñar más que un papel de carácter marginal, un papel de carácter secundario y que, corresponde al Estado, la tarea de intervenir, mediante los instrumentos que le suministra el derecho público, en aras de la realización de una tutela más eficaz, sobre todo en lo que al campo de la prevención del daño ambiental se refiere. Y, ciertamente, debemos reconocerlo, la labor más importante en materia de protección al medio ambiente debe corresponder al derecho público. En ello debe centrar el Legislador, el máximo de su atención.

Sin embargo, si bien el legislador debe centrar el máximo de su atención en la creación de mecanismos que en el derecho público traten de prevenir el problema del daño ambiental, lo cierto es que no siempre es posible evitar el daño y, en consecuencia, también es necesario tomar medidas para una vez que el daño se ha producido. Y es así como, la responsabilidad civil, podría realizar una labor de importancia en la medida en que, por medio de ella, se busque el resarcimiento "in natura"

del daño ambiental, es decir, en la medida en que, por medio de ella, se logre el restablecimiento del estado de cosas natural existente previamente a la provocación del daño o, por lo menos, en la medida en que mediante una indemnización diversa se logre hacer pensar muy seriamente a las empresas y a los ciudadanos en general, sobre la necesidad de abstenerse de cometer o de continuar cometiendo tal tipo de daño. En lo anterior radica, sin perjuicio de lo que ya hemos dicho, parte de la importancia del estudio de la tutela civilista del medio ambiente.

Ahora bien, dicha importancia, en nuestro país —como también sucede en otros—, igualmente proviene del hecho de que no existen en el derecho público mecanismos que enfrenen, prevengan y resuelvan de una manera adecuada y eficaz, los problemas que genera llevar a la práctica la protección del medio ambiente. Y, ante este estado de cosas, lo menos que puede hacer el civilista es contribuir, desde la perspectiva de su disciplina, en la labor de solucionar la urgente necesidad, hoy día, de hacer efectiva dicha protección.



Pues bien, tratando de centrarnos ya en nuestro tema, podríamos preguntarnos lo siguiente: ¿Es posible admitir en nuestro país la existencia de una responsabilidad civil por el daño ambiental? A efecto de responder a esta pregunta y tratar de determinar, en la respuesta afirmativa, cuáles serían las características, límites y condiciones de una responsabilidad de este tipo, conviene analizar, cuál es la naturaleza jurídica de la institución que conocemos bajo el nombre de "responsabilidad civil", cuáles son sus presupuestos y cuáles los sujetos que en ella participan, y, en qué medida, los elementos de un concreto conflicto que eventualmente pudiere presentarse con ocasión de un daño ambiental, podrían ser enmarcados en los elementos típicos de la responsabilidad civil.

En primer lugar debemos decir que, en términos generales, la responsabilidad civil es definida por la doctrina, la ley y la jurisprudencia, como aquella obligación jurídica en que se encuentra un sujeto de resarcir a otro el daño que le hubiera ocasionado. Y, como ustedes comprenderán, una definición de este tipo es lo suficientemente genérica como para permitir, con relativa facilidad, incluir en ella, la específica obligación de resarcir el daño ambiental que hubiera ocasionado una persona cualquiera.

Empero, el problema de fondo no es tan simple; existen, desde luego, una serie de problemas mucho más difíciles y concretos que serán indicados, y en la medida de lo posible resueltos, en el transcurso de esta exposición.

Podríamos afirmar que los elementos de la fuente, de la causa o del supuesto, o que los presupuestos —como ustedes quieran llamarlos— de la obligación de indemnizar son tres, básicamente (Y digo "básicamente" porque, como ustedes lo saben, la sistematización de un fenómeno jurídico desde el punto de vista teórico en muchos casos —por no decir todos—, y el de la responsabilidad civil es precisamente uno de ellos, puede variar

de un autor a otro, o de una teoría a otra, según sea la perspectiva analítica que utilice el jurista). Tales presupuestos son los siguientes:

Primero: una acción humana más o menos tipificada en la ley.

Segundo: un daño y, o, un perjuicio, y

Tercero: un vínculo de causalidad entre la acción y el daño.

En lo que respecta a la acción humana debemos decir que por ella entendemos —obviamente— no solo las acciones positivamente realizadas por los hombres, sino, también, las omisiones en que ellos incurran. No pueden ser consideradas como acción, a los efectos de lo que aquí interesa, los acontecimientos de orden natural, ni los provocados por las cosas de que el hombre se sirve, ni los ocasionados por los animales. Únicamente puede ser considerada como acción respecto a estos acontecimientos extra-humanos, el poder de producción, enervación o evitación que sobre los mismos tienen los hombres, ya sea en el tanto en que han contribuido a su realización como un factor causal, ya sea en el tanto en que pudiendo enervarlos o evitarlos, no lo hacen.

Pero, no toda acción humana que produzca un daño es capaz de configurar el presupuesto que ahora se analiza. Se requiere, generalmente, que tal acción sea antijurídica; y se entiende que es antijurídica, por lo menos así lo entendemos nosotros, toda acción humana que enfrentada al ordenamiento jurídico —entendido éste como un todo, en su sentido más amplio y unitario— no permite un ajuste pleno y perfecto con él, sino que, menospreciándolo, lo niega.

Ahora, está claro que pueden existir acciones antijurídicas de las cuales, o a partir de las cuales, se derivan daños —entre otros, si se quiere— al ambiente. Existen acciones que son antijurídicas aun en el caso de que no sea el ambiente el bien jurídico directamente protegido. Piénsese, por ejemplo, en los delitos contra la salud, en los de estrago e —inclusive— incendio. Asimismo, existen acciones previstas como prohibidas —y, en consecuencia, como antijurídicas— cuyo bien jurídico protegido lo es, directamente, el ambiente. Piénsese, por ejemplo, en las normas de la Ley General de Salud que prohíben la contaminación ambiental, o en el artículo 413, "in fine", del Código Penal.

Y ahora sí, podríamos sentar una primera conclusión con respecto al tema de la responsabilidad civil por daño ambiental. Tal conclusión sería la siguiente: toda conducta o acción humana antijurídica que ocasione un daño al ambiente, es susceptible de configurar el primer presupuesto de la responsabilidad civil en materia ambiental, o sea, el primer presupuesto de la obligación de resarcir ese daño.

Pero hemos dicho que, en materia de responsabilidad civil, el requerimiento de que la acción humana debe ser antijurídica, es algo que se exige "generalmente", esto es, que no siempre la acción humana que sirve de presupuesto a la obligación de indemnizar debe ser antijurídica. Haremos referencia aquí, con este último, a la llamada responsabilidad objetiva,

es decir, a los casos en que surge la obligación de indemnizar un daño pese a que el sujeto o los sujetos a los que se impone la obligación, al momento de realizar la acción de la cual, o a partir de la cual, se deriva el daño, no hayan incurrido en culpa o dolo (que son elementos necesarios —según nuestra opinión— aunque no los únicos, para fundar el juicio de antijuridicidad). Así pues, en materia de responsabilidad civil es posible que surja la obligación de indemnizar un daño, a pesar de no existir conducta alguna antijurídica que pueda ser reputada como el origen del daño.

Ahora bien, la posibilidad de que exista una obligación de indemnizar que tenga como presupuesto una conducta no antijurídica, nos lleva a preguntarnos si, en nuestro país, es posible la responsabilidad objetiva por el daño ambiental.

Y la respuesta a esta pregunta tiene que ser indudablemente negativa porque, si, como ya lo hemos visto, no existen en Costa Rica, en el campo de la responsabilidad civil, normas que expresa o tácitamente se refieran al daño ambiental o que estén encaminadas a proteger el ambiente —inclusive tratándose de la responsabilidad tradicional o por culpa, esto es, la que tiene como primer presupuesto una conducta antijurídica y la que ha sido mejor elaborada por la doctrina, la legislación y la jurisprudencia— concepto, deducir la posibilidad, siquiera, de la existencia de una responsabilidad objetiva en el tema del ambiente, pues, como todos sabemos, la acción o la conducta humana que objetivamente considerada puede servir como presupuesto de la obligación de indemnizar, requiere de una tipificación bastante particularizada en la ley. En otras palabras, si el legislador costarricense, en las normas que regulan la responsabilidad civil no se ha referido, ni expresa ni tácitamente, a la responsabilidad por culpa en materia ambiental, esta circunstancia nos inhibe absolutamente para poder siquiera admitir la posibilidad de la existencia de una responsabilidad objetiva por el daño al ambiente porque, como es bien sabido, y ya lo hemos dicho, toda responsabilidad objetiva requiere siempre, necesariamente, una tipificación con algún detalle de las conductas humanas a las cuales el legislador les confiere el poder de configurar el presupuesto que estamos estudiando en este momento. Y ello es así porque en este tema, en el tema de la responsabilidad objetiva, estamos en presencia de una materia que debe ser interpretada restrictivamente.

Fíjense ustedes que ni siquiera una responsabilidad objetiva por el daño ambiental es posible concebir, por ejemplo, en materia de contaminación con sustancias radioactivas, pese a lo dispuesto por la Ley Básica de Energía Atómica para Usos Pacíficos en su artículo 31. Tal artículo dispone lo siguiente: "La responsabilidad civil por daños que se produzcan como resultado de las propiedades radioactivas o de su combinación con propiedades tóxicas, explosivas u otras propiedades peligrosas de las sustancias radioactivas naturales o artificiales y de equipos nucleares, será objetiva". Como se ve, este artículo establece claramente que la responsabilidad por daños derivados de sustancias radioactivas es de carácter objetivo. Sin embargo, pese a esto no es posible una responsabilidad objetiva en materia de contaminación ambiental con sustancias que tengan esas

propiedades porque, a su vez, el artículo 39 de la misma ley establece lo siguiente: "El derecho para reclamar una indemnización por daños nucleares se extingue por el transcurso de cinco años, a partir de la fecha en que se hagan evidentes los daños a la salud o propiedad de las personas". Y quiero subrayar esto último: "...daños a la salud o propiedad de las personas".

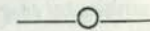
Ciertamente, el artículo 31 que hemos leído se refiere a que la responsabilidad civil debido a la contaminación con sustancias radioactivas es de carácter objetivo. Sin embargo, el artículo 39 se encarga de determinar cuáles son los daños resarcibles producidos por la contaminación, y, específica: "daños a la salud o propiedad de las personas".

Siendo así no podríamos, en consecuencia, de frente a esa norma, de frente al artículo 39 de la Ley Básica de Energía Atómica, estimar como un daño resarcible la misma contaminación radioactiva del ambiente porque, de lo contrario, estaríamos interpretando de manera amplificativa el mencionado artículo 39, lo cual, como ya lo hemos visto, se encuentra proscrito en materia de responsabilidad objetiva.

Tampoco es posible en nuestro país, una responsabilidad objetiva en materia ambiental por accidentes ocasionados con medios de transporte aéreo porque, a pesar de que la Ley General de Aviación Civil establece responsabilidades de carácter objetivo para los casos en que se produzcan dichos accidentes, lo cierto es que las indemnizaciones son limitadas a los daños personales estrictamente —muerte o incapacidad de las personas— y a los daños a la propiedad, tal y como lo hace la Ley de Energía Atómica en la norma que hemos transcrito.

En ambas situaciones, tanto en el daño ambiental por contaminación radioactiva como por accidentes aéreos, si las normas que disciplinan la responsabilidad objetiva deben ser interpretadas restrictivamente, no es dable, entonces, al jurista, interpretar las leyes citadas —en sus artículos respectivos— a efecto de ampliar la entidad del daño resarcible.

En conclusión, podemos afirmar, respecto a este primer presupuesto de la responsabilidad civil que hemos analizado, que toda acción antijurídica que ocasione un daño al ambiente es susceptible de configurar dicho primer presupuesto, pero que tal cosa no es posible cuando se trate de acciones que no han sido realizadas antijurídicamente, es decir, cuando se trate de conductas que ocasionen un daño ambiental sin que su autor se encuentre incurrido en dolo o en culpa (omitimos la referencia a otros elementos de la antijuridicidad, porque partimos del supuesto de que se encuentran presentes en dichas conductas y porque, además, no es este el sitio para entrar en consideraciones con respecto a ellos).



El segundo presupuesto de la responsabilidad civil se encuentra constituido por el daño y, o, el perjuicio.

Como lo hemos dicho en otra parte, por daños, en nuestra legislación, doctrina y jurisprudencia, se conoce el menoscabo que sufren los bienes y derechos de una persona, tanto los que son susceptibles de valoración económica exacta o precisa, o aproximada, al menos, como aquellos que no lo son por referirse a aspectos de orden personal estrictamente. Se distinguen, en razón de lo anterior, los daños patrimoniales y los daños morales o personales en sentido estricto.

El perjuicio, por su parte, tiene relación directa con la lesión que sufre una expectativa patrimonial.

Por vía de comparación podríamos afirmar que el daño implica una pérdida o menoscabo económico representado por la diferencia que se obtiene mediante una simple operación aritmética entre el valor del patrimonio antes del daño y su valor con posterioridad a él. El perjuicio, en cambio, si bien es de carácter patrimonial no tiene la misma función puesto que se establece, no con base en una relación entre lo pasado y lo presente, sino, con base en una confrontación entre lo presente y una situación futura que no pasó de ser más que una mera expectativa, una esperanza que nunca llegará a concretarse.

Ahora, con relación a este segundo presupuesto podríamos también preguntarnos: ¿Es posible, desde el punto de vista de la definición que hemos dado del perjuicio, la existencia de un perjuicio ambiental?

Supongan ustedes que el Estado se dedica, con grandes esfuerzos, a la purificación de las aguas de un río con miras al mejoramiento de las condiciones ambientales de una zona que ese río atraviesa. Una persona, dolosa o culposamente, contamina aún más las aguas y provoca el retraso o impide de manera absoluta la realización del plan que el Estado se había trazado. Ciertamente, el caso que presentamos es quizás un tanto forzado y, a la larga, a juzgar por el estado de cosas existente en nuestro país, rotundamente ilusorio. Sin embargo, los principios generales de la responsabilidad civil a que estamos recurriendo, no permiten negar la existencia de un perjuicio ambiental y de ahí que, el ejemplo que hemos propuesto resulte pertinente aunque su valor sea más académico que práctico.

Así pues, de conformidad con los principios que informan la responsabilidad civil, no podemos negar que sea posible la existencia de un perjuicio ambiental. Los problemas, por supuesto, surgen en otro plano, concretamente en el probatorio. Admitir la existencia de un perjuicio ambiental tal vez no sea difícil, lo difícil es, sin duda, probarlo.

Con respecto al daño, propiamente, no existe mayor problema. Si el daño lo hemos definido como el menoscabo que sufren los bienes y derechos de una persona, tanto los que son susceptibles de valoración económica como los que no lo son, es evidente que, en esta definición, se puede enmarcar el daño ambiental. El ambiente es parte del patrimonio de todos los pueblos. Y aunque en tiempos menos recientes se encontraron obstáculos en la tarea de concebirlo como un bien jurídico, poco a poco se ha ido consolidando la consideración de que sí lo es y que, como tal, merece tutela independiente. Como ustedes saben, el ambiente, en realidad, ha venido

siendo tutelado en forma indirecta. Pero, concomitantemente, se ha venido consolidando la tesis de que se trata de un bien jurídico en sí mismo y de ahí que se pueda hablar, hoy día, de una defensa del ambiente sin necesidad de supeditarla a la defensa de la salud o la propiedad de los ciudadanos. Por otro lado, no es importante que no se trate de un bien cuya titularidad sea referible a una, dos o varias personas concretas o determinadas, porque la difusión de su "propiedad", el interés de todos los ciudadanos en su conservación, constituye una importantísima razón de más para tutelarlos.

Ahora bien, para que el daño sea jurídicamente importante, jurídicamente relevante, en materia de responsabilidad civil, en general, se requiere la concurrencia de tres requisitos, a saber, que el daño sea cierto, que sea actual y que haya lesionado un derecho adquirido. La posibilidad de que el daño ambiental pueda configurar el segundo presupuesto en estudio, depende de que el mismo reúna los tres requisitos mencionados o, al menos, como se verá, el primero y el tercero de ellos.

Con relación al requisito de la certeza, está claro que el daño ambiental puede ostentar esta característica en la medida en que se presente como consumado o definitivo, en la medida en que sea real o efectivo. No puede, en consecuencia, presentar esta característica, el daño ambiental que sea meramente eventual o hipotético.

El requisito de que el daño debe ser cierto no se opone a que el daño ambiental pueda ser futuro, porque una lesión que se producirá con el transcurso del tiempo puede poseer, pese a ello, características de certidumbre. Por consiguiente, no podemos negar la posibilidad de que el daño ambiental, como sucede en general en el campo de la responsabilidad civil, a pesar de ser futuro sea, también, cierto. El problema aquí, como en lo relativo al perjuicio ambiental, surge en el plano probatorio. El derecho de fondo, por tanto, no puede negar la posibilidad de que debido a una acción determinada se produzca un daño futuro al ambiente pese a que, efectivamente, la prueba de ese daño sea de difícil obtención.

También el daño ambiental, obviamente, puede ostentar el requisito de ser actual, lo que, para los efectos de lo que interesa en materia de responsabilidad civil, no quiere decir que no sea un daño que se producirá en el futuro o que se produjo en el pasado, sino, básicamente, que no haya sido indemnizado porque, de haberlo sido, se convertiría en un daño jurídicamente irrelevante. Este principio de que el daño debe ser actual constituye, según lo reconoce la doctrina, una mera perogrullada. De ahí que el mismo sea, en realidad, intrascendente. Si el daño ambiental ha sido indemnizado, evidentemente no podrá serlo de nuevo. Pero, por lo pronto, lo que nos interesa aquí es determinar si es posible, jurídicamente, esa indemnización. Y esta posibilidad es, precisamente, lo que estamos tratando de determinar con esta charla.

Finalmente, se puede considerar que el daño ambiental es capaz de ostentar el requisito indicado en tercer lugar, o sea, la característica de lesionar un derecho adquirido. Y ello es así posible no solo porque el requisito se traduce, según la doctrina, en la circunstancia de lesionar o menoscabar una situación lícita, o sea, conforme a derecho, que es, precisa-

mente, lo que ocasiona el daño ambiental, sino porque, además, se viola, con este daño, el derecho reconocido a los pueblos y a las colectividades de poseer y conservar un ambiente sano.

No podemos negar, en Costa Rica, la existencia de un derecho reconocido a las comunidades particulares y a la nacional, en general, de poseer y mantener un medio ambiente, tanto en sus partes naturales como en las artificiales, libre de todo tipo de contaminación dañina que exceda los límites de lo insuperable y permitido. Este derecho, según lo podemos deducir de lo dispuesto por el artículo 263 de la Ley General de Salud, no sólo es reconocido por los efectos que el daño podría tener en la salud de los hombres, sino que, también, es reconocido por el valor intrínseco del ambiente mismo. Así cabe establecerlo porque la norma prohíbe ciertas conductas o prácticas con consecuencias nocivas "... para la salud humana o para la fauna o la flora inofensivas al hombre".

De acuerdo, pues, con lo que ha quedado planteado, e insistiendo en la necesidad que el daño ambiental ostente, al menos, el primero y el tercero de los requisitos que hemos mencionado y que exigen los principios rectores de la responsabilidad civil para que el daño sea jurídicamente relevante, debemos sentar, entonces, como segunda conclusión importante, con relación a los presupuestos de la responsabilidad civil, que el daño ambiental es plenamente capaz y susceptible de configurar el presupuesto que hemos analizado.

El tercer presupuesto de la responsabilidad civil, hemos dicho, consiste en un vínculo de causalidad entre la acción ilícita, o sea, la acción antijurídica, y el daño.

Se trata, aquí, de una de las manifestaciones de la idea de la causalidad jurídica; concretamente: de la aplicación en el derecho del concepto de causalidad natural pero desprovisto, en parte, debido a apreciaciones racionales y valorativas, del rigor que lo caracteriza. La causalidad jurídica, en este sentido, por consiguiente, no es otra cosa, en el fondo, que la causalidad natural matizada con criterios jurídicos.

Ahora bien, sin entrar en detalles que extenderían innecesariamente esta charla, debemos decir, al menos, que existe dicha forma de causalidad jurídica en materia de responsabilidad civil, cuando una conducta humana se constituye en causa adecuada y directa de un daño; que existe causalidad adecuada cuando la conducta es capaz, en situaciones normales, de producir el daño de que se trate, y que existe causalidad directa cuando el segundo elemento o fenómeno sigue al primero sin ser la consecuencia del azar o del hecho de un tercero o, en otras palabras, cuando el daño es el resultado inmediato de la conducta antijurídica.

Así establecido este tercer presupuesto de la obligación de indemnizar, no es necesario ahondar tampoco aquí en detalles para percatarnos de que una acción antijurídica es susceptible de configurar la causa directa y adecuada de un daño ambiental y de que, por allí, la posibilidad de que

el tercer presupuesto de la responsabilidad civil que estamos analizando también se configure en un conflicto por daño ambiental, no merece la menor duda de nuestra parte.

Pues bien, resumiendo el resultado del análisis realizado con relación a los presupuestos de la responsabilidad civil, podemos afirmar que también en materia ambiental se pueden configurar los presupuestos necesarios para el surgimiento de la obligación de indemnizar el daño ambiental. Y siendo así, y no obstante que en nuestras normas jurídicas no exista ninguna disposición que expresa o tácitamente esté encaminada a propiciar el resarcimiento de este daño, nosotros afirmamos que ello sí es posible en Costa Rica. Para estimarlo así recurrimos, no a la interpretación de norma jurídica alguna, evidentemente, sino, a la aplicación de los principios generales que informan la responsabilidad civil; aplicación que, por lo demás, se encuentra autorizada en nuestro país por el artículo 5º de la Ley Orgánica del Poder Judicial que faculta a los tribunales a dirimir los conflictos, en ausencia de ley aplicable, recurriendo a los principios de derecho; principios entre los cuales se encuentran algunos que coinciden, plenamente, con aquellos que informan la responsabilidad civil.

Habiendo llegado, entonces, a la conclusión de que en materia ambiental es posible que figuren todos y cada uno de los presupuestos de la responsabilidad civil y que, en consecuencia, recurriendo a los principios generales del derecho se puede admitir válidamente la responsabilidad civil por el daño ambiental, debemos pasar ahora a analizar la obligación resarcitoria que nos ocupa desde el punto de vista de los sujetos que en ella intervienen.

Como es bien sabido, la relación de la responsabilidad civil se establece entre un sujeto llamado acreedor, que es el titular del derecho a la indemnización, y otro llamado deudor, que es quien debe satisfacer esa indemnización.

Ahora, ¿quién ostenta en materia de daño ambiental la calidad de acreedor, de titular del derecho a la indemnización, y quién la de deudor de esa indemnización?

Con respecto a la calidad de deudor no existe mayor problema: es obligado a resarcir el daño ambiental el infractor que lo haya ocasionado, el autor de la acción dañosa y, también, eventualmente, terceros que asuman la calidad de corresponsables civiles, ya sea que esa calidad surja en virtud de la existencia de una obligación de vigilancia o correcta elección que el tercero debía realizar sobre el autor del hecho, ya sea que surja de otro tipo de relación diversa como lo sería, por ejemplo, un contrato de seguro

perfeccionado entre el tercero y el causante del daño, ya sea que surja de un mandato legal.

Mayor problema surge con relación al acreedor de la responsabilidad civil ambiental. ¿Quién es el titular del derecho a la indemnización por el daño al ambiente?

Obviamente, si a raíz de un daño ambiental un sujeto determinado sufre una lesión en su persona, en su patrimonio, este sujeto estará legitimado "ad causam activa" en la relación de responsabilidad que se establezca. Pero, ciertamente, este sujeto no resulta legitimado "ad causam activa" en la relación de responsabilidad por el daño al ambiente sino que, su legitimación surge de una relación de responsabilidad diversa: él es víctima indirecta de daño al ambiente y, por consiguiente, reclamará la indemnización no por el daño al ambiente sino por el daño que él ha sufrido en su persona y en su propiedad, tal y como lo establecen, por ejemplo, los artículos que antes hemos comentado de la Ley Básica de Energía Atómica para Usos Pacíficos y la Ley General de Aviación Civil. Este sujeto reclamará la indemnización por la lesión a dos bienes jurídicos tutelados que son: su integridad física y su propiedad privada. El derecho a la indemnización, bajo estas circunstancias, se configura plenamente como un típico derecho subjetivo cuya titularidad es referible, precisamente, a quien reclama su satisfacción.

Pero, tratándose propiamente de la responsabilidad civil cuyo estudio nos ocupa, ¿quién es el titular del derecho a la indemnización por el daño ambiental? Y lo que pareciera más grave aún: ¿Se configura el derecho a la indemnización por el daño ambiental como un típico derecho subjetivo?

Estos problemas, sin embargo, pese a la solemnidad de su enunciación, no son complejos y se superan con facilidad.

En relación al primer interrogante ya hemos visto que el daño ambiental lesiona un derecho reconocido a las comunidades particulares y a la nacional, en general, de poseer y conservar un ambiente sano, tanto por el valor intrínseco del ambiente mismo, como por los beneficios que el Hombre de él deriva. Desde este punto de vista, entonces, serán esas colectividades particulares, o la nacional, según sea el caso, las que ostenten la titularidad del derecho a la indemnización, de igual manera que lo ostenta cualquier individuo particularmente considerado a quien se le ha lesionado un derecho propio.

En relación al segundo interrogante, es indudable que el derecho a la indemnización no podría configurarse de la misma forma en que, normalmente, se configura el derecho a la indemnización en materia de responsabilidad civil, es decir, como un típico derecho subjetivo. El derecho a la indemnización no es atribuible o referible, en el campo de la responsabilidad civil por el daño ambiental, a un sujeto determinado sino a colectividades enteras. Empero, no por ello vamos a dejar de reconocer la posibilidad de la existencia de una obligación de indemnizar el daño al ambiente. La institución de la responsabilidad civil, desde este punto de vista, adquiere una dimensión diversa a la que tradicionalmente se ha observado en ella y se le ha reconocido. El fenómeno, así expresado, no es

más que otra de las interesantes manifestaciones de ciertas tendencias muy importantes que se han venido gestando en el derecho privado modernamente, y sobre las cuales no es del caso hacer referencia aquí.

Dos problemas diversos, tanto o quizás más interesantes, se dan con relación al "derecho" de percibir el monto de la indemnización y la llamada legitimación procesal, o capacidad "ad procesum".

Pese a que una sociedad completa sea la perjudicada con un daño ambiental, no podría ser toda esa sociedad, todos sus hombres, los que perciban directamente y dispongan directamente del monto de la indemnización, ni tampoco los que puedan ejercer directamente la acción de responsabilidad. Es necesario recurrir aquí, a la institución de la representación.

En este orden de ideas, cabe afirmar lo siguiente: Que si, de conformidad con el artículo 32, inciso 2º del párrafo a de la Ley Forestal, la Dirección General Forestal es la entidad autorizada para percibir las multas y el valor de los comisos por la infracción a dicha ley, de pleno derecho se encuentra autorizada para percibir el monto de las indemnizaciones por los daños que provengan de esas infracciones; que si, de conformidad con lo dispuesto por el inciso a) del artículo 45 de la Ley de Conservación del a Fauna Silvestre, el Ministerio de Agricultura y Ganadería es la entidad autorizada para percibir las multas por la infracción a esa ley, igualmente, de pleno derecho, se encuentra autorizada para percibir las indemnizaciones por los daños que provengan de esas infracciones. En igual sentido cabe argumentar con relación al inciso b) del artículo 43 de la Ley de Sanidad Vegetal que autoriza al señalado ministerio para percibir las multas por la infracción a esa ley. Y así, sucesivamente, puede razonarse con todas aquellas leyes que impongan multas a quienes ilícitamente ocasionn daños al ambiente, y que dispongan que dichas multas sean percibidas por determinadas entidades.

Ahora, no necesariamente por la circunstancia de que en los casos dichos hayamos determinado a quién o a quiénes corresponde percibir los ingresos por concepto de indemnización, debemos de considerar que es a ese o a esos sujetos —o a quien legalmente los represente ante los tribunales— a quien o a quienes corresponde proponer la acción de responsabilidad civil.

Es necesario que admitamos hoy día, en esta materia, como también lo han empezado a hacer otros países (Alemania, Estados Unidos, Francia e Italia, por ejemplo), la posibilidad de que diversos sujetos, sean personas particulares, sean asociaciones u órganos de derecho público, tengan acceso a la acción de responsabilidad por el daño al ambiente. Así debemos admitirlo aunque, posteriormente, la indemnización sea percibida por otro sujeto o ente al que se le encarga la función de velar por el medio ambiente que ha sido lesionado. La posibilidad que queda expuesta no debe merecer ninguna duda, si tomamos en consideración que el derecho de los órganos encargados de percibir la indemnización no es más que un derecho puramente instrumental y que la legitimación "ad causam activa" o el derecho sustancialmente considerado, pertenece, en definitiva, a toda la sociedad.

EL DERECHO PUBLICO Y EL MEDIO AMBIENTE EN COSTA RICA

Dr. Rafael González Ballar

Profesor Facultad de Derecho
Universidad de Costa Rica

Este libro propone un estudio del medio ambiente en el marco del Derecho Administrativo. Se trata de un estudio jurídico de carácter teórico y práctico, que pretende contribuir a la comprensión del medio ambiente en el marco del Derecho Administrativo.

El medio ambiente es un concepto que ha adquirido una gran importancia en los últimos años. Se refiere al conjunto de factores que rodean al ser humano y que influyen en su bienestar y desarrollo. El medio ambiente incluye tanto el entorno físico como el social y cultural.

El medio ambiente es un bien común que pertenece a todos los seres humanos. Por lo tanto, es necesario establecer normas y procedimientos que permitan su protección y conservación. El Derecho Administrativo juega un papel fundamental en este proceso.

El medio ambiente es un bien común que pertenece a todos los seres humanos. Por lo tanto, es necesario establecer normas y procedimientos que permitan su protección y conservación. El Derecho Administrativo juega un papel fundamental en este proceso.

El medio ambiente es un bien común que pertenece a todos los seres humanos. Por lo tanto, es necesario establecer normas y procedimientos que permitan su protección y conservación. El Derecho Administrativo juega un papel fundamental en este proceso.

El medio ambiente es un bien común que pertenece a todos los seres humanos. Por lo tanto, es necesario establecer normas y procedimientos que permitan su protección y conservación. El Derecho Administrativo juega un papel fundamental en este proceso.

I. *Introducción*

A. *Consideraciones Generales*

Nos hemos propuesto escribir una serie de artículos breves en relación al Derecho Ambiental. Sobre todo por la existencia, aunque desordenada, en nuestro país de una normativa en tal sentido y por la inexistencia de estudios sobre este tema en nuestro medio jurídico.¹

Nuestra exposición está basada en el siguiente plan: una Introducción General (I) precisamente sobre aspectos generales de esta rama naciente del Derecho Público, lanzando ideas sobre los progresos y regulaciones más recientes en cada una de las ramas del Derecho Público.

Pero creemos necesario exponer dos aspectos más concretos sobre nuestro sistema jurídico de protección del medio ambiente. Es así que en un segundo punto (II) analizaremos aspectos de la Organización Administrativa, y en un tercer punto (III) aspectos relacionados con la diversidad de normas jurídicas sobre la protección del medio ambiente. A lo largo del análisis nos permitiremos proponer varias recomendaciones.

En nuestro criterio el Derecho Ambiental surge como producto necesario del desarrollo industrial acelerado, del progreso y cambio mal planificado, sobre todo en las sociedades capitalistas.² Y es precisamente en los últimos 10 ó 15 años que dicha legislación comienza a hacerse necesaria especialmente para nuestras sociedades de consumo que ya sienten que el equilibrio de la Naturaleza se hace cada vez más difícil lograrlo, y que de ese equilibrio depende la supervivencia del hombre.

Es preciso al mismo tiempo advertir que creemos necesario llamar la atención sobre ciertas diferencias entre el derecho del Medio Ambiente que se hace necesario a un país desarrollado y a un país subdesarrollado como el nuestro. Para los países desarrollados dicho Derecho se ha reducido casi exclusivamente a la solución del problema ecológico y a la lucha contra la contaminación. Nótese que para efectos de lograr una posible sistematización más adecuada del Derecho Ambiental se protege sobretodo: la biosfera y la naturaleza en su sentido restringido, es decir, la flora y la

1 Ver nuestro primer artículo en Revista Judicial N° 19 del año 1981, pág. 65.

2 En las sociedades socialistas tienen problemas de contaminación. Sin embargo, dichos países han logrado combatir de una forma más rápida el problema, al lograr integrar dentro de todo el plan general de planificación de la economía, al medio ambiente no sólo como medio que contribuye al desarrollo del país sino como un fin en sí mismo, evitando al máximo los perjuicios posibles de la contaminación.

fauna de los diversos ecosistemas a través del desarrollo de un programa de Parques Nacionales y Reservas Análogas, así como la lucha contra la contaminación que pueda afectar a los elementos de la naturaleza, producto de una excesiva contaminación.

Por el contrario, es preciso que nuestros países subdesarrollados valoren en su Derecho Ambiental, además de la biosfera y de la naturaleza en el sentido restringido, los elementos de la naturaleza en su sentido más amplio, es decir, aquellos que son necesarios a la satisfacción de las necesidades fundamentales del hombre como los cultivos, la ganadería y los recursos no renovables (minerales, etc.). Y sobre todo comprender dentro del mismo aquellas condiciones materiales de la vida que contribuyen a mejorar la salud logrando un saneamiento de ciertas áreas que sólo contribuyen a formar focos de enfermedad (tugurios, caseríos con falta de condiciones mínimas de higiene, etc.), propias en especial de países subdesarrollados, y que todo esto se integre dentro de una política integral de lucha contra la contaminación. Todo esto acompañado de una educación sobre el Medio Ambiente.

Es necesario que el Derecho Ambiental en nuestros países se conciba de esta forma, ya que de la protección de los elementos de la naturaleza en su forma más amplia (si se quiere hablemos de recursos naturales renovables y no renovables), depende el desarrollo de nuestro país.

Es decir, nuestro desarrollo depende de estos recursos naturales. Y esto no es tan evidente en las sociedades desarrolladas, por el grado de industrialización alcanzado. En nuestras sociedades el desarrollo económico y social positivo es indispensable para tratar de alcanzar un medio ambiente propicio. Se hace necesario que los factores económicos sean analizados en equilibrio con los procesos ecológicos.

En Costa Rica y en la mayoría de los países cuyo Derecho es de origen Romano, el Derecho Ambiental ha surgido como normas propias del Derecho Público. Las disposiciones que se podían encontrar en los Códigos Civiles (por ejemplo en Costa Rica en relación a la caza y la pesca) han sido o derogadas o superadas en cuanto al sentido que las mismas tenían, es decir, tutelar estos dos actos cuando se pretendía realizarlo en terreno ajeno, por el problema que presentaba el hecho de quien era el dueño de la pieza cazada.

En el Derecho Público, y así ha sido debido a que en realidad la protección es tan grande e importante que implica que el cumplimiento del Derecho Ambiental, sólo puede lograrse por el Estado haciendo uso de sus potestades públicas; de fondos públicos por los gastos que implican ciertas operaciones y por el interés público o general que ello conlleva.

B. *El Derecho Público y el Medio Ambiente en Costa Rica.*

Recordemos que tradicionalmente el Derecho Público, se le concibe formado por cuatro ramas: la del Derecho Financiero (1), la del Derecho Constitucional (2), la del Derecho Internacional (3) y la del Derecho

Administrativo (4). Para efectos de explicación vamos a ver cómo está Costa Rica en cada uno de estos terrenos, en relación al Derecho Ambiental.

1. *En el Derecho Financiero*

En Costa Rica no existen estudios profundos sobre la relación de entradas y gastos en lo que se refiere a los fondos que la legislación ha creado para resolver sobre todos los problemas en el sector de protección de los espacios naturales de protección (Parques Nacionales, Reservas Forestales y Zonas de Protección) y en lo que respecta a las Reservas Forestales y Reservas Nacionales.

Tenemos ya el Fondo de Parques Nacionales por Ley N° 5417 de 12 de noviembre de 1973. La adición a esta ley del Fondo por Ley N° 5642 de 9 de diciembre de 1974; el empréstito para financiar el desarrollo del Parque Nacional Volcán Irazú. Ley N° 6246 de 2 de mayo de 1978. La emisión de Bonos pro Parques Nacionales Ley N° 6236 de 2 de mayo de 1978. Además de todo aquello relacionado con multas, timbre, derechos de entrada a ciertos Parques Nacionales, así como asignaciones dadas por el Presupuesto General de la República, el producto de derechos por explotación de productos secundarios del bosque (carbón vegetal, etc.), las contribuciones voluntarias, legados y donativos (art. 32 de la Ley Forestal).

Estos estudios de Derecho Financiero del Medio Ambiente son necesarios para tratar de ver cuáles son los principios bajo los cuales se están configurando las normas del Derecho Financiero en esta rama del Derecho, y para servir de sustento a las políticas de protección.

Sí es posible decir al menos que lo que hasta el momento proporcionan dichos fondos para tratar de solucionar, por ejemplo, los problemas de mantenimiento de Parques Nacionales y otras reservas así como los efectos negativos de la deforestación, son insuficientes.

Creemos que podría lanzarse la idea de que debe pagar quien deforesta y extenderlo también a que pague quien contamine. Es decir, no se trata del pago de derechos por explotación, sino de aquél que deforeste más allá de cierta superficie que sería fijada de antemano y lo mismo con la contaminación, de esta forma se grava al contaminador que sobrepase ciertos límites de contaminación considerados realmente perjudiciales para la naturaleza y fijados de antemano. Ambas entradas servirían para resolver los costos que la descontaminación y reforestación dejan a la sociedad, por supuesto con las adaptaciones del caso para casos especiales (campesino que deforesta, etc.).

2. *En el Derecho Constitucional del Medio Ambiente*

Costa Rica no tiene a nivel constitucional ninguna norma que pudiera permitirnos admitir la voluntad del legislador de consagrar un prin-

cipio y a la vez un derecho de los administrados a exigir un Medio Ambiente propicio.³

Dado el hecho de que la aparición y afluencia de normas para la protección del Medio Ambiente es un fenómeno muy reciente, es por ello que sólo las constituciones muy modernas han consagrado principios de protección: por ejemplo la Constitución de Bulgaria de 8 de mayo de 1971; la de Polonia (art. 12) en su Constitución de 1952 que fue reformada por Ley de 10 de febrero de 1976 para introducir una reforma en este sentido; la Constitución de Cuba (art. 27) de 24 de febrero de 1976; la de Portugal (art. 66) de 2 de abril de 1976; la de Rusia (arts. 12 y 18) de 7 de octubre de 1977 y por último la Constitución Española de 1978 en su rat. 41.

A nadie escapa la importancia que puede tener una norma que estuviera consagrada a nivel constitucional, y como principio y derecho para la protección del Medio Ambiente. En este sentido se podría recomendar que en la próxima constituyente que pudiera convocarse se discutiera de la necesidad de consagrar en Costa Rica a nivel Constitucional un artículo que podría decir: "*Se garantiza a todos los habitantes del país el derecho de disfrutar de un Medio Ambiente propicio y ecológicamente equilibrado. Los poderes públicos deberán garantizar una utilización racional de los recursos naturales y la protección y mejora del medio ambiente*".

3. En el Derecho Internacional del Medio Ambiente

Es preciso decir que es la rama del Derecho Público del Medio Ambiente donde en nuestro criterio se han hecho más esfuerzos para regular los diversos aspectos que se relacionan con la Naturaleza y el Medio Ambiente.

En los últimos años ha sido a través de los diversos organismos internacionales y reuniones entre países que se ha desplegado un esfuerzo inmenso para proteger el Medio Ambiente. Para dar dos ejemplos: tiene gran importancia las conclusiones de la Conferencia sobre la Biosfera de 1968, reunida a petición de la UNESCO y donde participaron la OMS, Programa Biológico Mundial, FAO, AIEA. Luego está la Conferencia de la ONU sobre el Medio Ambiente reunida en Estocolmo en 1972 y de donde salió una declaración de principios importante para los países subdesarrollados.

Pero lo más notable es la cantidad de Tratados Internacionales que han entrado en vigor. Hasta el momento existen aproximadamente 59 Tratados en diversos dominios de la protección: empezando en orden crono-

³ En lo que se refiere al art. 6, en relación a la zona de mar territorial y patrimonial y al hablar en el art. de una jurisdicción especial, se habla de protección, conservación y explotación excesiva de los recursos naturales. El art. 12, inc. 14 habla de recursos naturales renovables no renovables y su explotación. Pero en realidad no se habla de un derecho o de una obligación de los Poderes Públicos de garantizar un medio ambiente propicio.

lógico y para dar no más algunos ejemplos preferentemente de aquellos firmados y ratificados por nuestro país:

La Convención sobre la Conservación de la Fauna y la Flora en su estado natural. Adoptada el 8 de noviembre de 1933 en Londres y entró en vigencia el 14 de enero de 1936, sobre todo para el Africa.

La Convención para la Protección de la Flora y la Fauna y de las Bellezas Panorámicas Naturales de los países de América, de 12 de octubre de 1940, entró en vigor a nivel internacional el 30 de abril de 1942 y ésta fue ratificada por Costa Rica por Ley N° 3763 de 19 de octubre de 1966.

La Convención Internacional para la Reglamentación de la Caza a la Ballena, de 2 de diciembre de 1946 y que entró en vigor a nivel internacional el 10 de noviembre de 1948. Costa Rica la acaba de ratificar hace unas semanas por Ley 6591 en la Gaceta de 24 de agosto de 1981.

La Convención Internacional sobre la Pesca en el Atlántico del Noroeste, de 8 de febrero de 1949 y que entró en vigor a nivel internacional el 3 de julio de 1950.

La Convención Internacional para la Protección de los Vegetales de 6 de diciembre de 1951, entró en vigor el 3 de abril de 1952 y fue firmada en Costa Rica el 23 de julio de 1973.

La Convención sobre el Comercio Internacional de Especies de Fauna y Flora amenazadas, fue adoptada el 3 de marzo de 1973 en Washington y entró en vigor el 1° de julio de 1975; Costa Rica la firmó el 3 de marzo de 1973 y la ratificó por Ley 5606 el 30 de octubre de 1974.

La Convención sobre la Plataforma Continental adoptada el 29 de abril de 1958 en Ginebra; entró en vigor el 10 de junio de 1964; ratificada por nuestro país por Ley 4936 de 28 de diciembre de 1971.

La Convención sobre Pesca y Conservación de los Recursos Vivos en Alta Mar adoptada el 29 de abril de 1968 en Ginebra; entró en vigor el 20 de marzo de 1966; Costa Rica la ratificó por Ley 5032 de 27 de julio de 1972.

La Convención sobre la prevención de la contaminación del Mar por vertimiento de desechos y otras materias. Adoptada el 29 de diciembre de 1972; Costa Rica la ratificó por Ley 5566 de 26 de agosto de 1974.

En relación a una forma de precaución y protección indirecta:

La Convención o Tratado sobre Prohibición de Emplazar Armas Nucleares y otras Armas de Destrucción en masa en los fondos marinos y oceánicos y su subsuelo; ratificada por Costa Rica por Ley 6361 de 5 de agosto de 1979.

El Tratado que prohíbe los ensayos de armas nucleares en la atmósfera, en el espacio extra-atmosférico y bajo el agua, adoptada en Moscú el 5 de agosto de 1963 y vigente desde el 10 de julio de 1967.

El Acuerdo entre Costa Rica y el Organismo Internacional de Energía Atómica para la aplicación de salvaguardias en relación con el Tratado de Proscripción de Armas Nucleares.

El Tratado Latinoamericano para prohibición de las Armas Nucleares, ratificado por ley 4369 de 13 de agosto de 1969.⁴

; En lo que respecta al Derecho Administrativo, como otra de las ramas del derecho público, su análisis debe hacerse sobretodo en relación a la organización administrativa por lo cual lo dejaremos para analizarlo en el siguiente punto de la Organización Administrativa.

De una manera más concreta quiero señalar dos características de nuestro ordenamiento jurídico, estrechamente relacionadas con el derecho público de la protección del medio ambiente, que nos parecen negativas y sugerir a raíz de ellas algunas soluciones que poco se han discutido en Costa Rica.

Se trata de la Organización Administrativa desordenada y con duplicidad de esfuerzos en sus iniciativas y la Diversidad de Normas Jurídicas para la protección del medio ambiente.

II. La Organización Administrativa

La primera constatación que nos preocupa al analizar la Organización Administrativa de Costa Rica es la concentración de las potestades de decisión para la protección de la Naturaleza y el Medio Ambiente en la Administración Pública central, es decir, sobretodo en la de Poder Ejecutivo.

Este fenómeno lo encontramos en lo que se refiere a la Protección de la Naturaleza desde el punto de vista cuantitativo, es decir, en lo que se refiere a la Protección de los *Grandes Espacios de Protección* como los Parques Nacionales, Reservas Biológicas y Zonas de Protección, etc. que están concentrados en el Ministerio de Agricultura y Ganadería. En lo que se refiere a la Protección de la Naturaleza desde el punto de vista cualitativo, es decir, el aspecto que incluye la lucha contra la contaminación, están concentrados en el Ministerio de Salud. Y en lo que se refiere a la protección y explotación de los recursos naturales no renovables sobre todo, en el Ministerio de Economía, Industria y Comercio.

⁴ En preparación existen varios Tratados, por ejemplo: La Unión Internacional para la Protección de la Naturaleza (U.I.C.N.) tiene en preparación un proyecto de Convención sobre la conservación de especies migratorias de fauna salvaje. Existe también un proyecto de Convención Europea para la protección de los usos internacionales contra la contaminación.

Las Naciones Unidas a través de su Programa de Naciones Unidas para el Medio Ambiente (P.N.U.E.) tiene un proyecto regional sobre la protección del medio marino contra la contaminación en Koweit. Un acontecimiento importante al derecho internacional del Medio Ambiente es que se llegó en la tercera Comisión de la Conferencia sobre el Derecho del Mar (celebrada en Ginebra el 28 de marzo al 27 de abril, y en Nueva York del 15 de julio al 29 de agosto, ambas fechas del año 1979), al unificar la protección del medio marino por contaminación, con los demás tratados que existían sobre el mar pero en aspectos más técnicos (Ejemplos: Mar Territorial, Zona contigua, Plataforma Continental). Lo más importante es que se pretende dar un nuevo status a los espacios oceánicos tomando en cuenta ambos aspectos.

Como ejemplo veamos lo que ocurre con el Ministerio de Agricultura y Ganadería; tiene concentrados:

- a) La protección de suelos y aguas, competencia otorgada por Ley 1540 de 7 de marzo de 1953.
- b) La Dirección General Forestal, protección y explotación de Reservas Forestales y Reservas Nacionales.
- c) El Servicio de Parques Nacionales, por Ley 6084 de 17 de agosto de 1977 que le dio el status de servicio y con la atribución sobretodo lo relacionado con Parques Nacionales y Reservas Biológicas y Zonas de Protección.
- d) La Dirección de Recursos Pesqueros y Vida Silvestre, creada por Decreto 4619 de 4 de mayo de 1975 y que tiene atribuidas lo relacionado con la flora y la fauna, la pesca y caza marítimas.
- e) La Dirección General de la Higiene Vegetal, por Ley 6248 de 12 de mayo de 1978, cuyas atribuciones se relacionan con los aspectos fito sanitarios.
- f) El Instituto Meteorológico Nacional por Ley 5222 de 26 de junio de 1973. Se previó en principio como organismo técnico especializado que se suponía debía participar en labores dirigidas a la depuración ambiental y la existencia de un departamento de *climatología* y conservación del Medio Ambiente (ver art. 3, inciso p).

Otra constatación es que a pesar de que las instituciones descentralizadas han sido relegadas en la toma de decisiones para la protección, sí existe una serie de atribuciones que se les ha otorgado por ley de creación o por Ley Orgánica que se convierten en decorativas o sólo contribuyen a aumentar la duplicidad de funciones de un organismo a otro. Veamos ejemplos:

El ITCO (Instituto de Tierras y Colonización; ahora Instituto de Desarrollo Agrario)

Se dice que en los proyectos de colonización, se deberán considerar antes que nada la protección de los bosques, los suelos y las aguas. La búsqueda de los medios necesarios a una mejor protección de la fauna salvaje (art. 87 de la Ley del ITCO).

Luego contribuir a la conservación y uso adecuados de las reservas de recursos naturales (art. 1, inc. 4; y se repite en el art. 30, inc. 24).

El ICAA (Instituto Costarricense de Acueductos y Alcantarillado)

Por Ley 5916 que reforma la 2726 de 1961 y la 3668 de 1966, nótese que se habla de financiar la conservación, ampliación y control

de la de los bosques que sirvan para mantener las fuentes de agua (art. 22 de la ley). Se habla también del control de la contaminación del agua en las cuencas hidrográficas.

El SENAS (Servicio Nacional de Aguas Subterráneas)

Art. 3 de la Ley N° 5438. Se habla de la calidad química de las aguas subterráneas así como su protección y la lucha contra las condiciones que provocan su contaminación.

El ICE (Instituto Costarricense de Electricidad)

Decreto Ley 449 de 8 de abril de 1949 en su art. 2º, inc. d) se habla de procurar la utilización racional de los recursos naturales y de terminar con la explotación destructiva y desperdiciada de los mismos. En el inc. c) se habla de conservar y defender los recursos hidráulicos del país, protegiendo las cuencas, las fuentes y los cauces de los ríos y corrientes de agua.

El ICT (Instituto Costarricense de Turismo)

De acuerdo con el art. 5, inc. e) de su Ley Orgánica está obligado a proteger los lugares de belleza natural o importancia científica, conservándolos intactos y preservando en su propio ambiente la flora y la fauna autóctonos.

Las Municipalidades

De acuerdo al Código Municipal en su art. 4, inc. 7, se habla de establecer una política general que incluya adecuados programas de parques, jardines, se entiende la necesidad de proteger los recursos naturales de todo orden (se habla de cuencas hidrográficas, bosques, fauna silvestre mediante el establecimiento de parques nacionales, reservas forestales, etc. El inc. 8 por vía de fomento del turismo estipula la protección de las bellezas naturales, uso y explotación de lagos, islas, playas.

Tenemos dos observaciones:

a) Lo delicado del problema es que se continúan creando pequeñas oficinas o entidades que lo único que logran es una mayor duplicidad de atribuciones y de acciones. Por ejemplo: El Decreto 6285-P de 24 de agosto de 1976, en su art. 3 se establece una *unidad técnica* adscrita de la Oficina de Planificación Nacional creada en relación con el programa para la investigación de los Recursos Naturales. Y aún más, para coordinar el programa en cuestión se crea un *Consejo Técnico* integrado por el Ministerio de Agricultura y Ganadería, Ministerio de Obras Públicas y Transportes, Ministerio de Economía, Industria y Comercio, Instituto de Tierras y Colonización, Instituto Costarricense de Electricidad, SENASY, OFIPLAN.

b) La mayoría de los organismos que tienen que ver con la protección en el Poder Central les falta la *voluntad política y el presupuesto* y lo peor se ven coartados para cumplir con la legislación que los capacita para intervenir directamente por la falta de un criterio unitario de eficacia.

Por el lado de las instituciones descentralizadas, ya la intervención del Poder Central por vía de las Presidencias Ejecutivas, imposibilita que las pocas atribuciones de participación e intervención se vean muchas veces también disminuidas a nada.

III. *La diversidad de normas jurídicas que pretenden regular la protección de la naturaleza y el medio ambiente*

Esto ha llevado a una falta de vínculos o coordinación entre sus disposiciones, y lleva necesariamente a una ausencia de posible sistematización de las mismas.

En parte la proliferación de leyes y decretos muchas veces se debe a que a una institución u oficina, como lo habíamos visto, se le otorga una atribución que ya otra ley o decreto había atribuido a otro organismo. Es necesario señalar ejemplos de esta falta de sistematización.

La Convención de 1940 sobre la protección de la flora y la fauna y las bellezas panorámicas de los países de América, ratificada por Costa Rica por Ley N° 3763 de 1966 como ya vimos, y que de acuerdo a nuestro régimen jurídico tienen jerarquía superior a las leyes (art. 7 de la Constitución Política; art. 6 de la Ley General de la Administración Pública); esta Convención propuso una nomenclatura de los Espacios Naturales de Protección (parques nacionales, reservas nacionales, monumentos naturales, zonas vírgenes) y unos artículos sobre la necesidad de regular la protección de fauna y flora.

Sin embargo, en 1969 la Ley Forestal vino a establecer una nueva nomenclatura para los espacios naturales de protección, en vez de regular solamente los aspectos más inespecíficos relacionados con la explotación en Reservas Forestales.

Veamos un segundo ejemplo con relación a las aguas: Ley de Aguas de 1942, si bien es cierto va dirigida a regular aspectos sobre dominio relacionados con las aguas públicas y privadas, su derecho de uso y apropiación, encontramos algunos artículos como el 32, 57, 64, 162 párrafo 2 y 166 que consagran la regulación acerca de la contaminación de los cauces de las aguas públicas.

Luego también la Ley de Salud 5395 de 30 de octubre de 1973 consagra principios generales y amplios de protección del agua (es decir, la tendencia a la protección cualitativa de la naturaleza) véase arts. 263 a 277.

Pero existe también la Ley 5438 de 17 de diciembre de 1973 o Ley del SENAS en su art. 3, inc. h) que dispone la obligación de determinar la calidad geoquímica de las aguas subterráneas con respecto a su utiliza-

ción como condiciones necesarias para su protección en cuanto a la contaminación y factores ecológicos.

En el aspecto represivo la Ley de Aguas impone penas al igual que la Ley de Salud en su capítulo sobre los delitos y sobre la contaminación de aguas. Existe además en el Código Penal en art. 409, párrafo 2º una contravención para los que pudieran hechar en acequias y canales objetos que obstruyan el curso del agua.

Los ejemplos pueden multiplicarse y cada vez que aparece una ley que se supone va a regular un nuevo aspecto no se hace más que duplicar atribuciones, o cuando aparece una nueva institución u organismo, duplicar esfuerzos. Esto lo comprobamos ya en el sentido de que se proyecta la creación de una nueva Ley sobre la Contaminación Ambiental y, en mi criterio, de seguirse así se dificulta la aplicación del Derecho Ambiental y se sigue creando el desorden y dispersión de normas que conlleva una constante dificultad de sistematización de los principios fundamentales de protección.

Conclusión

Creemos muy necesario que se medite acerca de lo siguiente:

1) La necesidad de un Código del Medio Ambiente o de una Ley del Medio Ambiente, como propusimos en el anterior artículo. En cualquiera de las dos hipótesis se tratarían de integrar las normas existentes en nuestro ordenamiento jurídico para la protección del Medio Ambiente. La integración se debe hacer pero integrando en una primera parte del Código o Ley una serie de principios generales que serían la base unificadora y definitoria para la aplicación de las normas existentes.

- a) La preparación implica necesariamente un proyecto con participación interdisciplinaria: biólogos, ecólogos, sociólogos, planificadores.
- b) El mismo debe contener una sistematización de la protección, englobando la protección cuantitativa y cualitativa de los recursos naturales.
- c) Sus aspectos sobretodo preventivos y represivos.
- d) Y por supuesto la Organización Administrativa que aplicará las normas del Código con suficientes poderes y un cuerpo especializado de guarda bosques y de inspectores con capacidad de intervención directa.

La Organización Administrativa que el Código vendría a fijar sería una institución fuera del Poder Central, para evitar que sea un organismo más; es necesario que la misma tenga un papel de planificador y de poder

disponer sobre la manera de explotación de los recursos naturales. Creemos que la empresa de la protección al Medio Ambiente es tan amplia que debe darse participación a las Asociaciones Privadas de Protección. El ejemplo que viene dando ASCONA es respetable; sus publicaciones, seminarios y últimamente un juicio contencioso para la defensa del Parque Nacional de Palo Verde.

2) Un artículo constitucional que garantice un Medio Ambiente adecuado; una financiación suficiente, permitirían resolver los problemas de explotación excesiva de recursos naturales y de contaminación.

Es posible que lo anterior sea pedir demasiado; pero de una explotación racional de nuestros recursos y un equilibrio de los grados de contaminación depende el desarrollo del país y, a mediano plazo, la supervivencia de la especie humana.

IMPORTANCIA DEL DERECHO COMPARADO

El perfeccionamiento del derecho interno como uno de sus fines principales

Dr. Diego Baudrit Carrillo

Profesor Facultad de Derecho de la
Universidad de Costa Rica
Director del Instituto de Investigaciones Jurídicas
de la Universidad de Costa Rica

SUMARIO: I. El fenómeno de la adopción de "modelos". A. El concepto de "modelo". B. Análisis de los "modelos". II. El fenómeno de "substitución". A. Concepto de "substitución". B. Análisis de las "substituciones".

Hablar de Derecho Comparado es una especie de lugar común entre estudiosos del Derecho. Casi no hay estudio profundizado de cualquiera de nuestras materias que no cite textos o comentarios de sistemas jurídicos extranjeros, con cierta pretensión de "hacer derecho comparado". Por ahí se puede notar la necesidad del conocimiento de sistemas jurídicos extraños con el propósito de confrontarlos con el derecho nacional. Esa necesidad tiene un fin. Más aún, tiene varios fines, que son los que se señalan normalmente al derecho comparado.

El profesor René DAVID señala al menos tres grandes fines del derecho comparado: 1. Puede ser utilizado en las investigaciones que conciernen la historia, la filosofía o la teoría general del derecho; 2. es útil para conocer mejor nuestro derecho nacional y para mejorarlo; y 3. es útil para comprender los pueblos extranjeros y procurar un régimen mejor a las relaciones de la vida internacional.¹

Dentro de ese orden de ideas nos referimos específicamente al Derecho Comparado como método para el perfeccionamiento del derecho interno. Subrayamos el término "método", para hacer notar que la disciplina que es el objeto de nuestros comentarios no tiene la categoría de una ciencia. Se trata de un método de análisis, que no es valioso por sí solo, sino en función de los fines que se propone y del objeto que se analice.

El perfeccionamiento del derecho interno, a través del análisis que resulta del derecho comparado, puede lograrse principalmente teniendo en cuenta dos fenómenos que marcan una especie constante. Estos fenómenos son el de la adopción de "modelos" (I) y el de las "substituciones" (II).

I. El fenómeno de la formación de los sistemas jurídicos nacionales, que se encuentra en un estado de evolución constante nos enseña cómo los legisladores se dan a la tarea de adaptar instituciones de sistemas jurídicos extranjeros para solucionar problemas que surgen en su país. La expansión de las instituciones integradas en el Código civil francés de 1804 son el ejemplo clásico de esa actitud legislativa.²

Ese fenómeno no es, por sí solo, un elemento de perfeccionamiento del derecho interno. Por el contrario, podría resultar causa de problemas serios dentro de un sistema jurídico coherente, si se tratara de injertos arbitrarios.

Nos referimos al concepto de "modelos" (A) y luego al análisis de esas figuras (B).

1 "Les grands systèmes de droit contemporains", Précis Dalloz, 7^e ed., París, 1978, nos. 4, 5 y 6.

2 "L'influence du code civil dans le monde", (Travaux de la Semaine internationale de droit", París, 1950), 1954.

A. El concepto de "modelo"

Justificando la existencia de lo que él llama "la ley de imitación", el profesor RODIERE señala que "la existencia de un sistema de derecho que funciona en otra parte da confianza".³

En efecto, si un país siente la necesidad de regular una situación social que ha hecho conflicto, es natural que dirija su atención hacia los países en que ya se ha ensayado una solución y ha dado resultado.

En ese fenómeno notamos una característica esencial: el legislador, de manera consciente, procura adoptar reglas jurídicas que han tenido éxito en países extranjeros.

En la mayoría de los casos no se trata de un trasplante puro y simple: el legislador procura conciliar las reglas de derecho extranjero que incorpora al derecho interno con la realidad social existente en su país. De esa manera, en el ejemplo que señalamos anteriormente, la incorporación de las instituciones francesas de derecho civil a los países que recogieron las enseñanzas del Código Napoleón, no se trató de una copia pura y simple. El derecho civil francés pasó por tamices más o menos finos, que marcaron muchas diferencias con las instituciones originales.

La institución de derecho extranjero que se tiene presente para incorporarla, total o parcialmente, al derecho interno, es lo que se conoce como "modelo".

Nótese que hablamos de "institución" y no de "reglas" o "normas". En efecto, debe hacerse la diferencia entre el texto legislativo puro y simple (por ejemplo, tales y cuales artículos de una ley específica), y lo que es una institución de derecho.

Nosotros entendemos el término institución en el sentido que enseña el Decano CARBONNIER: se trata de varias reglas de derecho que persiguen, todas, un mismo fin,⁴ de manera que resulta un conjunto de derechos y deberes que presenta un carácter permanente organizado para asegurar intereses más bien colectivos.⁵

El modelo, entonces, no debe ser una regla de derecho aislada. Como modelo debe tomarse un conjunto organizado de reglas, es decir, una regulación que presente características de coherencia. Además, ese conjunto organizado y armónico de normas debe tener vocación de permanencia.

Así, podemos hablar propiamente de modelos cuando afirmamos que el legislador costarricense tuvo como tal la regulación del recurso de

casación civil español cuando creó ese medio de impugnación extraordinario en nuestro derecho procesal,⁶ o cuando decimos que nuestro sistema oral del procedimiento penal se fundó en la legislación argentina de la provincia de Córdoba.

El recurso de casación y la oralidad son dos instituciones jurídicas. Son expresadas en un conjunto de reglas, más o menos armónica y organizada, con carácter de permanencia.

Por el contrario, sería impropio hablar de modelo cuando nos referimos a reglas jurídicas fragmentarias que no constituyen una institución.

Esa concepción de modelo hace resaltar que se trata del resultado de un quehacer legislativo. En efecto, una institución se expresa normalmente en textos legislativos: el recurso de casación se encuentra definido en ciertos artículos de la ley del enjuiciamiento civil, así como la oralidad en el proceso penal la encontramos fijada en determinados numerales de una ley de ese procedimiento.

Ese resultado legislativo final que son los artículos de una ley, si bien expresa el contenido de una institución jurídica y como tal debe considerarse un modelo concreto, no puede ser incorporado sin reservas al derecho nacional que se pretende mejorar. Es necesaria una labor que es, precisamente, uno de los hitos del método comparativo: el análisis del modelo.

B. Análisis de los "modelos"

Establecido, pues, el modelo, debe procederse a su análisis con el fin de que su incorporación al derecho interno sea coherente y armónica.

Ante todo debe tenerse una actitud de comparatista para efectuar ese análisis. Debe tenerse presente que para un análisis de esta categoría hay que hacer abstracción de toda clase de prejuicios, sobre todo de aquellos originados en una formación jurídica dada.

La actitud del comparatista debe ser lo más abierta posible. No cabe en esta perspectiva pensar en sistemas jurídicos superiores y sistemas jurídicos inferiores. Se debe pensar en sistemas jurídicos, simplemente, que pueden proponer soluciones diversas a problemas comunes. El comparatista busca desentrañar el contenido de los diferentes sistemas jurídicos, para lo cual debe tener una actitud científica pura, en la que no caben opiniones obtenidas de segunda mano ni fundadas en otras fuentes que el examen objetivo de los sistemas de derecho.⁸

6 BEJARANO (Oscar), "La casación civil", Rev. Col. Ab., Tomo XVII, Nos. 1 y 2, San José, 1961, p. su ss.

7 Aquí describimos la metodología que aprendimos del Pr. Alfred RIEG, en los cursos de Derecho Comparado que impartió en la Universidad III de Estrasburgo, años 1977-78 y 1978-79.

8 Véase fundamentalmente a DAVID (René), "Tratado de derecho civil comparado" (trad. de Javier Osset), Ed. Rev. de Derecho Privado, Madrid, 1953, p. 13. ANGEL (Marc), "Les buts et les méthodes de la recherche juridique compara-

3 RODIERE (René), *Introduction au droit comparé*, Précis Dalloz, París, 1979, N° 6.

4 CARBONNIER (Jean), *"Droit civil. 1. Introduction. Les personnes"*, 12 ed. P.U.F., Coll. Thémis, París, 1979, N° 1.

5 WEILL (Alex), y TERRE (François), *"Droit civil. Introduction générale"*, 4ª ed. Précis Dalloz, París, 1979, N° 71.

La objetividad del análisis exige fundamentalmente un conocimiento exacto de los términos de la comparación.⁹ No sólo debe conocerse el texto vigente de las disposiciones que integran la institución que sirve de modelo —lo que constituye el dato esencial, pero no el único del análisis—, sino que debe tenerse presente cómo está integrada esa institución al sistema jurídico de donde sale.

Para esa labor, el comparatista debe conocer profundamente los principios básicos de ese sistema jurídico:¹⁰ *la teoría de las fuentes del derecho*, para comprender el valor de las disposiciones que estudia, dentro del contexto general de las normas; *los métodos para interpretar el derecho*, que varían según la teoría de las fuentes; *la estructura general del derecho examinado*, atendiendo a las divisiones del derecho interno (el alcance de una disposición es diferente si se la ubica en el derecho público o en el derecho privado: por ejemplo, un jurista europeo se desconcertaría con la regulación de los seguros en Costa Rica si no supiera que esa regulación está casi enteramente constituida por normas de derecho público); *el funcionamiento de ese derecho*, es decir la aplicación práctica de la regla jurídica; y, en fin, *el medio social*, el medio en que las normas se aplican, puesto que no se puede entender el funcionamiento de un sistema jurídico sin referirlo a la sociedad de la que es su producto.¹¹

El análisis no solamente consistirá en destacar las semejanzas y las diferencias entre la institución extranjera y la del derecho interno. Para ello bastaría la simple yuxtaposición de los textos legales.

Se debe tratar, más bien, de conocer el *origen de la institución*, examinando las causas sociales que la motivaron, y los *efectos* que esa solución tuvo en el contexto social.¹²

En síntesis, el modelo debe ser conocido perfectamente para poder tomarlo como base para adoptar una institución de derecho extranjero en el derecho interno. Sólo así pueden evitarse los efectos nocivos del injerto de un cuerpo extraño,¹³ adaptándose la institución a las necesidades del

tive, en "Inchieste di diritto comparato", dir. por M. ROTONDI, CEDAM, Padua, 1973, vol. 2, p. 3 y ss.

ROTONDI (Mario), "Technique du droit dogmatique et droit comparé", idem, p. 557 y ss.

9 RODIERE, op. cit., N° 83.

10 DAVID, "Tratado...", op. cit., p. 13.

DAVID, "Les grands systèmes...", op. cit., N° 11.
RODIERE, op. cit., N° 84.

11 Véase al respecto RECASENS-SICHES (Luis), "Los métodos sociológicos en el derecho comparado"; en "Inchieste..." por M. Rotondi, op. cit.

12 Véanse las interesantes "Sugerencias metodológicas para la elaboración del código procesal civil de Costa Rica", del Pr. Víctor PEREZ VARGAS, Rev. Jud. N° 7, p. 51 y ss.

13 Como son los que para nosotros originó la adopción del recurso de casación en materia civil. Véase BAUDRIT CARRILLO (Diego), "Le pourvoi en cassation en droit costaricain et en droit français. Etude de droit judiciaire privé comparé", tesis, Estrasburgo, dic. 1980.

derecho interno, con prescindencia de las disposiciones que únicamente tendrían sentido en el derecho extranjero y con la incorporación de otras que la hagan coherente con las demás instituciones del derecho nacional.

El fenómeno de la adopción de modelos es conocido, por tratarse de un acto consciente del legislador que busca la perfección de las reglas jurídicas que decreta. Pero el legislador debe tener conciencia, también, de otro fenómeno diferente, para su labor de perfeccionamiento del derecho interno: la llamada "ley de las sustituciones".

II. El fenómeno de las "sustituciones"

La observación de los fenómenos jurídicos nos muestra cómo un sistema de derecho que se enfrenta a determinados problemas de hecho, llega a adoptar soluciones similares que las que proponen otros sistemas jurídicos, aún sin haber adoptado conscientemente un modelo dado. Esas soluciones son muchas veces similares en su estructura, en cuyo caso puede aplicarse a su análisis lo dicho con respecto a los modelos. Pero se da el caso, también, de que se llega a una solución similar adoptando una estructura distinta, utilizando para ello conceptos e instituciones jurídicas que no tenían originalmente ese objeto.

Consideramos que el jurista y el legislador deben tener conciencia de ese último fenómeno, con el fin de mejorar el derecho interno con disposiciones legales dirigidas concretamente a solucionar el problema.

Para esos propósitos nos detendremos un instante en el concepto de "sustitución" (A), para proponer en segundo lugar un método de análisis apropiado de ese fenómeno (B).

A. Concepto de "sustitución"

Señalamos anteriormente la importancia que tiene para el comparatista el conocimiento de la realidad social en que se desarrolla un sistema jurídico, para poder analizar objetivamente los derechos extranjeros en relación con el derecho interno.

Ese conocimiento de las diferentes realidades sociales le enseña al comparatista que hay ciertos problemas que son comunes a las sociedades, que en algunas ocasiones uno de esos problemas tiene una solución concreta dispuesta por un legislador, mientras que en otro sistema de derecho no existe tal solución concreta, y, en fin, que en este último sistema se llega por una suerte de camino tortuoso a una situación muy parecida a lo que llamamos "solución concreta".

Para precisar el fenómeno ofrecemos dos ejemplos de derecho costarricense, uno de derecho de familia y otro de derecho procesal civil:

a) En derecho de familia costarricense observamos que el problema del régimen patrimonial de los cónyuges tiene una regulación muy pobre, que tiene como características un régimen de derecho común (la separación

del patrimonio), y la ausencia de una reglamentación relativa a la administración y disposición de bienes adquiridos durante el matrimonio. De esa forma, un cónyuge puede disponer de los bienes adquiridos con el esfuerzo común, en perjuicio del otro. Para impedir esa situación, los matrimonios que tienen un caudal patrimonial importante, constituyen sociedades mercantiles, con lo cual las disposiciones de derecho comercial suplen la ausencia de reglas relativas a regímenes matrimoniales;

b) En el derecho procesal civil costarricense no hay oralidad. El litigante que quiere tener una comunicación directa con el juez, acostumbra pedirle una audiencia privada, en la que expone sus pretensiones y los fundamentos de hecho y de derecho correspondientes —con irrespeto total del principio del contradictorio—.

El profesor RODIERE denomina esos fenómenos¹⁴ "*ley de substitución*", y los explica así: "cuando una regla o una institución, que llega a ser necesaria por el pensamiento social o por el desarrollo económico, no es reconocida a título autónomo, este pensamiento o este desarrollo se expresa inevitablemente bajo forma encubierta de una o varias instituciones que son deformadas".¹⁵

Lo que deben evitar el jurista y el legislador es, precisamente, esa deformación de las instituciones, procurando la existencia de soluciones jurídicas propias, ya que "el empuje orgánico es más fuerte que la resistencia técnica".¹⁶ A la vez, debe procurarse que esas soluciones sean completas y coherentes con el resto del sistema jurídico.

Para lograr tales cometidos es necesario un análisis apropiado de la substitución.

B. *Análisis de las "substituciones"*

El método de análisis de las substituciones es, como el anterior, el de un comparatista. Difiere con respecto al análisis de modelos en que la substitución es un fenómeno de más difícil aprehensión que el otro.

Creemos que pueden distinguirse tres etapas: la identificación de la substitución, la explicación de la substitución y la eliminación de la substitución.

1. Para identificar una substitución debe tenerse un conocimiento integral del derecho interno y, además, deben tenerse presentes los principios generales de sistemas jurídicos extranjeros. De esa manera, cuando en un dominio determinado del Derecho se observa que una institución no está siendo utilizada para los fines que fue creada, puede

14 RODIERE, op. cit., N° 32.

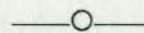
15 Idem, N° 31. Ver también DAVID, "Tratado...", op. cit., p. 22.

16 RODIERE, op. cit., N° 31.

sospechase que hay una substitución. La comparación del derecho interno con uno extranjero, en ese dominio, podrá servir para aislar la zona de interferencia de la substitución. Un examen cuidadoso de la aplicación práctica de las reglas y de la interpretación jurisprudencial, tendrá como resultado la determinación del problema que pretende solucionarse con una institución que no es apropiada para ello.

2. Identificada la substitución, el jurista debe explicársela. Esto es, debe buscar la razón de su existencia: regulación legal insuficiente o defectuosa, instituciones jurídicas inapropiadas para llenar las necesidades sociales, ausencia total de reglas. Para esta labor es imprescindible el conocimiento y la comparación de derechos extranjeros que contengan disposiciones legales aplicables al asunto. Esta comparación debe hacerse en forma global y no aislada, para evitar los problemas derivados de la parcialidad del examen.

3. La substitución debe eliminarse. La mayor parte de las veces esto es labor del legislador. Debe tenerse presente, entonces, la teoría de los modelos, sobre todo para que no se presenten situaciones que hagan necesaria una nueva substitución.



El Derecho Comparado no es solamente una disciplina académica. Tiene una importancia fundamental para el perfeccionamiento del derecho interno. Es casi imposible pensar que el legislador y el juez puedan lograr el desarrollo de un derecho nacional con los únicos datos de su propio sistema jurídico.

El Derecho Comparado no tiene la pretensión de señalar únicamente las igualdades y las diferencias entre los sistemas jurídicos. Tiene, esencialmente, la pretensión de proponer un método de análisis práctico para llegar a resultados prácticos.

El jurista, el juez y el legislador que pretendan mejorar la doctrina, la jurisprudencia y las leyes nacionales, no podrán sustraerse de utilizar las técnicas del Derecho Comparado.

Estas técnicas demandan de quien las utilice una disciplina severa, puramente científica, que tenga como resultado una objetividad profunda del examen.

REGIMEN JURIDICO DE LA PROPIEDAD AGRARIA EN COSTA RICA*

Dr. Rodrigo Barahona Israel

Profesor de la Facultad de Derecho
de la Universidad de Costa Rica

* Seminario en celebración de los 20 años de emitida la ley del ITCO, agosto de 1981, en la sede del Colegio de Abogados.

El Dr. Guillermo Figallo quien me antecedió en el uso de la palabra, ya señaló aspectos generales que permiten distinguir a la propiedad agraria de otros regímenes de propiedad. Este es un aspecto fundamental, yo me voy a referir a él, sobre todo en relación con el régimen constitucional de la propiedad en Costa Rica, y creo conveniente de previo a tocar este tema, hacer una referencia general a los puntos de vista principales, mediante los que puede ser tratado el tema de la propiedad agraria por el Derecho Agrario.

Un primer aspecto que interesa al Derecho Agrario de la propiedad agraria, se refiere a las relaciones que existen entre Derecho Agrario y Política Agraria, o sea, cómo las normas de Derecho Agrario son ejecutoras de una determinada política agraria, cómo el derecho puede ser utilizado para introducir modificaciones a la estructura productiva y social, del agro, que son objetivos de la Política Agraria.

Un segundo aspecto en que la propiedad agraria puede ser objeto de estudio del Derecho Agrario, es ya más propiamente desde el punto de vista de la ciencia jurídica, o sea en sentido más tradicional. Este análisis requeriría a mi modo de ver, en primer lugar una conceptualización de la propiedad agraria como propiedad especial, o sea como propiedad distinta de la propiedad o del régimen de propiedad propio de otros tipos de bienes. La distinción fundamental que debe hacerse en relación con la propiedad agraria, es que tiene como objeto un bien productivo de interés social, que implica que la estructura del derecho de propiedad más que un derecho, sea un "poder-deber", un derecho-deber que implica obligaciones de hacer de parte del propietario. Una vez conceptualizada la propiedad agraria como régimen especial de propiedad, debemos distinguir al interno del derecho de propiedad entre una determinada función que cumple esa propiedad, y una determinada estructura del derecho de propiedad o sea, una forma en la cual se establecen los derechos y obligaciones de los titulares del derecho de propiedad, de los terceros, de la comunidad jurídica en general y de los entes administrativos que tienen competencia en materia agraria.

El análisis de la estructura del derecho de propiedad por otra parte, debe conducirnos a encontrar especialidades de la propiedad agraria como régimen de propiedad en los aspectos fundamentales, que son el contenido propio del derecho de propiedad. En primer lugar, desde luego, en cuanto a los modos de adquisición; la propiedad agraria tiene modos de adquisición especiales que son distintos de otros tipos de propiedad. Para hacer referencia al derecho costarricense por ejemplo, me refiero a la usucapión agraria, o bien a la forma de adquisición de la propiedad agraria, mediante la dotación de tierras o la adjudicación administrativa. En segundo lugar, desde el punto de vista del contenido del derecho de propiedad, vemos en la propiedad agraria modalidades especiales desde el punto de vista del

goce del uso, que es el aspecto fundamental del derecho de propiedad, o sea un uso específico conforme a una función social particular.

La propiedad agraria también tiene especialidad desde el punto de su facultad de disposición, o sea hay limitaciones tanto a la disposición intervivos como mortis-causa de la propiedad agraria. Durante un determinado período, por ejemplo en el caso de dotación de tierras y en una forma especial en cuanto al adjudicatario que deja de serlo o que fallece existen limitaciones de disposición. Finalmente también tiene modalidades especiales como régimen de propiedad en cuanto a las formas de extinción del derecho, desde luego, en primer lugar la llamada expropiación, característica de los regímenes de reforma agraria, mediante los cuales se toman tierras de los particulares para dedicarlas a programas agrarios, y más modernamente la llamada prescripción negativa del dominio a la que me voy a referir posteriormente. Sobre este tipo de análisis de la propiedad agraria, me remito a mi artículo publicado en la Revista Judicial N° 20, 1981.

Sin embargo, no debe pensarse que los análisis desde dos puntos de vista distintos, que decimos pueden hacerse de la propiedad agraria, a través de la política agraria, o de la ciencia jurídica propiamente dicha llevan a conclusiones diversas, puesto que en realidad convergen en un aspecto fundamental que ya señaló el Dr. Figallo, cual es el de la función social, porque en última instancia el objetivo a que lleva la política agraria, es a que se cumpla la función social, y todos los instrumentos tanto de política agraria como del Derecho Agrario también llevan a su cumplimiento.

En relación con la propiedad agraria en Costa Rica, y tomando en cuenta que en este Congreso tratamos de hablar más que todo de las perspectivas en general, de las instituciones del Derecho Agrario en Costa Rica, yo me voy a referir a la regulación que contiene el nuevo proyecto de Ley de Ordenamiento Agrario y Desarrollo Rural, que está actualmente en el Congreso, en esta materia de la función social de la propiedad.

El primer aspecto que es novedoso en el nuevo proyecto, es el definir claramente que la propiedad de la tierra debe cumplir una función social, o sea que es de interés público el que la propiedad cumpla una función social.

La actual Ley de Tierras y Colonización aunque contiene algunos artículos que se refieren a la función social, no tiene una definición de principios tan neta, tan clara como la que contiene el nuevo proyecto. Establece claramente que la propiedad debe cumplir una función social, no dice concretamente propiedad agraria, puesto que utiliza el nuevo Proyecto de Ley una terminología variada. En algunos artículos habla de propiedad rústica, en otros de tierra productiva, en otros de tierras económicamente explotables, de predios rústicos, etc. Pero creo que podemos entender en todos estos, que se trata de la propiedad agraria, término que tiene una mayor trayectoria y contenido dentro del Derecho Agrario.

Según varios artículos de la Ley, especialmente el número 23, se dice que no cumplen con la función social las siguientes tierras, aquellas

en que exista ausencia absoluta de cualquier clase de explotación; en segundo lugar, aquellas en que exista explotación notoriamente deficiente según la actitud productiva de la tierra, la actividad que se dedica y la conveniencia nacional; en tercer lugar, aquellas tierras en que la explotación sea hecha por sujeto distinto del propietario, o sea cuando este no asume la dirección y riesgo de la empresa agraria, que ocurre en todos aquellos tipos de tenencia indirecta de tierras; en cuarto lugar, no cumple la función social cuando el propietario incurra en evidente incumplimiento, así lo dice el Proyecto, de las Normas Legales sobre conservación y aprovechamiento de los recursos naturales; en quinto lugar, tampoco cumple la función social aquella propiedad agraria en que el propietario incumpla las normas laborales, o las normas obligatorias de la contratación agraria establecidas en la ley. También hay otros artículos en que se habla que no se cumple la función social, cuando hay concentración de tierras para fines especulativos. De acuerdo a lo anterior pueden establecerse, me parece a mí, tres rubros principales en los cuales, según el nuevo Proyecto de Ley, la propiedad no cumple la función social.

En primer lugar las tierras ociosas, aquellas en las que hay ausencia absoluta de cualquier clase de explotación. En segundo lugar, las tierras explotadas en forma contraria a la aptitud productiva de la tierra, o sea a sus facultades naturales, o en detrimento de los recursos naturales renovables; y en tercer lugar, el tercer gran rubro sería aquellas tierras explotadas mediante regímenes indirectos de tenencia.

En lo que se refiere al primer gran rubro, o sea a las tierras ociosas, en principio pareciera que se equiparan a aquellas explotadas incorrectamente, o sea que para efectos de la afectación de las tierras a la ley, es equivalente el que las tierras no se cultiven o que cultivándose se hagan en una forma contraria a la aptitud fructífera de la tierra, para conveniencia nacional.

Sin embargo, entre ambos tipos de propiedad agraria, o sea en doble uso o desuso o de uso impropio de la propiedad agraria hay una diferencia fundamental, porque en el nuevo proyecto se establece que respecto de las tierras ociosas, o sea aquellas en las que no hay absolutamente ninguna explotación, respecto a estas se operará la llamada prescripción negativa del dominio, lo que no ocurre respecto de aquellas tierras que hay un uso inadecuado pero hay cultivo.

El artículo 12, inciso e) del Proyecto, literalmente establece lo siguiente:

“Los predios rústicos que permanezcan inexplorados por más de cinco años a partir de la promulgación de la Ley, y con respecto a los cuales se haya declarado judicialmente la prescripción negativa del dominio, pertenecen al Estado con carácter de reservas nacionales.”

En la legislación actual, la Ley de Tierras y Colonización establece que las tierras que hayan permanecido inexploradas por cinco años, o sea cinco años anteriores al proceso de expropiación pueden ser expropiadas.

Con el nuevo proyecto, al mismo hecho de la falta de cultivo, o sea al mismo fenómeno jurídico, se le atribuye un régimen o un efecto jurídico distinto: mientras que actualmente se establece la expropiabilidad de esos fundos, en el nuevo proyecto se establece la prescripción negativa del dominio sobre esos fundos.

En el sistema jurídico costarricense, no existe la prescripción negativa del derecho de propiedad agraria, a diferencia de lo que existe con los derechos de crédito y la mayor parte de los derechos subjetivos en general, que sí prescriben. Con el instituto jurídico de la prescripción se tiende sobre todo a garantizar la certeza jurídica de las relaciones inter-subjetivas, y a garantizar en este sentido la seguridad jurídica. Tradicionalmente, se dice también, que la propiedad no prescribe porque en cuanto al derecho real de mayor amplitud no requiere de la prestación de un tercero para la satisfacción de los intereses del propietario, sino que éste lo ejerce directamente. Más aún, lo que se requiere de parte de los terceros es una no intervención, o sea una no disturbación del ejercicio del derecho del propietario. Esta tesis clásica, más modernamente, ha sido atemperada sobre la base de que no es cierto que la falta de ejercicio efectivo del derecho de propiedad no genera incerteza, y sobre todo, de la base de que resulta socialmente perjudicial la inercia del titular durante un determinado tiempo, cuando el bien objeto del derecho de propiedad, es un bien productivo cuya gestión interesa a toda la comunidad.

En principio, como decimos hay una legitimación, una motivación político-social que podría justificar la prescripción del dominio; sin embargo, me permito hacer la observación de que en Costa Rica, no existe a nivel constitucional una distinción entre diferentes regímenes de propiedad y nosotros tenemos un régimen único del derecho de propiedad contenido principalmente en el artículo 45, donde toda privación del dominio requiere indemnización previa. Por lo anterior, la expropiación desde luego es constitucional, porque es connatural el instituto expropiatorio, la indemnización previa por un valor equivalente, dice la Corte Suprema Costarricense. Se debe restituir al mismo estado anterior a la expropiación, el patrimonio del sujeto titular del derecho expropiado por interés público legalmente comprobado.

Sin embargo la prescripción como tal, al ser la pérdida del derecho por la inercia del titular, no implica indemnización, sino simplemente, al igual que ocurre con la prescripción general de los derechos al transcurso de un determinado tiempo, ya no puede ejercerse el derecho y ya no hay obligación.

Entonces, la primera duda que me surgió en la lectura del proyecto y quiero dejar planteada, precisamente con el propósito de que discutamos este tema durante el congreso, es si realmente será constitucional o no la disposición que contiene el nuevo Proyecto de la prescripción negativa del Derecho de Propiedad Agraria, o sea podrá mantenerse que en la prescripción negativa no hay privación de la propiedad, sino que hay una pérdida por inercia del titular, y que la sanción no requiere indemnización previa; yo personalmente tengo mis dudas sobre ese particular.

El segundo rubro en el que recae la función social, o segundo grupo de tierras que podríamos decir que no cumplen con su función social, y que están por lo tanto afectas a los fines de la ley, son aquellas que en términos generales son explotadas en forma contraria a su aptitud natural, y en detrimento de los recursos naturales renovables. Sobre este particular, el nuevo Proyecto de Ley de Ordenamiento Agrario y Desarrollo Rural que está en el Congreso, contiene una innovación importante, puesto que introduce en una forma muy amplia la afectación de tierras por estas causales. Ese principio de que la propiedad agraria debe cultivarse en cumplimiento de su aptitud natural, y que deben tutelarse los recursos naturales en el uso del ejercicio de la empresa agraria, de la actividad agraria, existe ya en varias leyes de reforma agraria en América Latina, en las que normalmente el uso impropio de la tierra implica expropiación, o bien la pérdida de ciertos beneficios concedidos por la Ley.

En Costa Rica existen algunas normas que tienden, o que se relacionan directamente con este aspecto de la función social que debe cumplir la propiedad agraria. Por ejemplo, en la actual Ley de Tierras y Colonización, se sanciona con la expropiación al propietario que utilice tierras aptas para la agricultura en ganadería extensiva, o sea en reconocimiento a que la tierra tiene una aptitud agrícola, el uso de la ganadería extensiva es una causal de expropiación.

En la legislación forestal actual, también se sanciona con la expropiación el uso de tierras de vocación forestal para otros fines, o sea que hay una inclusión obligatoria dentro de lo que la misma Ley Forestal llama el Régimen Forestal.

En la Ley de Tierras y Colonización, relacionado con este tema existe un impuesto sobre tierras incultas, salvaguardando de esta sanción impositiva aquellas tierras que se mantengan en bosques, reconociendo el hecho de no dedicarlas a la agricultura o la ganadería, sino que manteniéndolas en bosques se está cultivando con la función social, o sea se está cumpliendo con aquella aptitud natural de la tierra.

Finalmente, existen varias leyes y reglamentos en Costa Rica que obligan a determinados entes administrativos a realizar estudios, que determinen el uso potencial de las tierras, o sea para que en que deben ser utilizados fundamentalmente determinados terrenos. Sin embargo, en estas normas generales que se refieren a las obligaciones de los entes administrativos, no se establecen consecuencias jurídicas directas de esos estudios, derivadas de ellos, o sea no hay régimen jurídico especial según la clasificación que resulte para cada una de las tierras.

Desde luego que lo primero que puede decirse sobre este principio contenido en el Proyecto, es que es saludable, puesto que el principio de la función social de la propiedad no tiene únicamente un aspecto de justicia distributiva, sino que también tiene un aspecto de productividad y de mejor uso de los recursos. Sin embargo, no deja de ser cierto que para poder realmente implementar normas de este tipo, se requiere un régimen muy completo. Ya tenemos la experiencia en Costa Rica de la dificultad, por no decir inoperancia, de cobro de impuestos de tierras incultas; tendría que

existir a nivel jurídico un régimen que vaya garantizando los mecanismos de formación de criterios técnicos, con la participación también de los propietarios para determinar efectivamente cuál debe ser el uso de la tierra, y sobre todo para permitir la planificación agrícola. En este sentido posiblemente el establecimiento de un régimen del uso potencial de la tierra, y también de un régimen jurídico regulador podría ser de gran utilidad para los mecanismos de planificación indicativa, o sea para la concesión de créditos, o de beneficios fiscales en ciertos casos en que se consideren políticamente convenientes. Sin embargo, el Proyecto de Ley no contiene un mecanismo jurídico, que vaya a determinar los efectos y las consecuencias claras del uso inadecuado de la tierra y el uso en detrimento de los recursos naturales renovables, o de la situación contraria.

Finalmente, el tercer gran rubro de tierras que según el nuevo Proyecto de Ley de Ordenamiento Agrario y Desarrollo Rural, no cumplen con su función social, son aquellas tierras explotadas mediante regímenes indirectos de tenencia de tierra. Según el nuevo Proyecto es función del Estado eliminar las formas indirectas de tenencia de tierras, considerándolas que son contrarias al bienestar común y al desarrollo económico de la Nación, como lo dicen algunos de sus artículos. Salvo casos eventuales por causa justificada, dice literalmente el Proyecto, no pueden escapar a la afectación de los fines de la ley, las tierras en que haya explotación mediante regímenes indirectos de la tenencia de la tierra. En otras palabras, hay una clara decisión legal de que el empresario agrícola debe ser el propietario, y se considera contrario a la función social la existencia de regímenes indirectos de tenencia de tierras, o sea la existencia de explotaciones agrarias en las cuales el titular de la explotación, el empresario agrícola no es el propietario, sino que es el arrendatario o el aparcerero, o el esquilmero, o el beneficiario en préstamo gratuito para hablar solo de los contratos más corrientes, o de más difundido uso en Costa Rica. En este sentido el nuevo Proyecto contiene la misma tendencia manifestada en la Ley de Tierras y Colonización, que considera expropiables por no cumplir la función social, las tierras explotadas indirectamente por medio de arrendatarios, aparceros, colonos y ocupantes.

A diferencia de la legislación actual, el nuevo Proyecto sí regula en sus aspectos fundamentales los contratos agrarios que se establecen en la Ley, y que disciplinan formas de tenencia indirecta de las tierras. En primer lugar, los regula entre particulares, o sea entre los propietarios de las tierras y entre los agricultores o grupos de agricultores que careciendo de tierras, o de tierras suficientes para la explotación convienen en utilizar formas indirectas de tenencia de tierras. Regula básicamente cuatro contratos, los que mencionaba, el arrendamiento, la aparcería, el esquilmo y el préstamo gratuito.

En segundo lugar, el nuevo Proyecto de Ley regula los contratos agrarios, como el mecanismo jurídico para la dotación de tierras, como una etapa previa a la adjudicación en propiedad. Cuando un campesino o grupo de campesinos califican para la adjudicación, para los fines de la ley, se hará según el nuevo Proyecto, en una primera etapa en régimen

de arrendamiento, y sólo posteriormente cuando el beneficiario o los beneficiarios hayan cumplido con sus obligaciones derivadas del contrato de adjudicación, se les otorgará en propiedad la tierra.

En tercer lugar, lo regula para permitir el aprovechamiento del uso de las tierras del Estado, las fincas del Estado y las reservas nacionales a los particulares principalmente a través del arrendamiento, o sea hay un régimen de arrendamiento de reservas nacionales y fincas del Estado.

Antes de entrar en detalle sobre la regulación que contiene el nuevo Proyecto de Ley en materia de contratación agraria, que será objeto de una discusión posterior en este Seminario, si vale la pena, me parece hacer las siguientes observaciones:

En primer lugar, en cuanto se refiere a la regulación de contratos agrarios entre particulares, la Ley dice que son de aplicación obligatoria y absolutamente nulas las disposiciones contrarias a ellas, cuando el contrato se celebra entre un propietario y un campesino o grupo de campesinos que carezcan de tierras. En otras palabras no introduce el nuevo Proyecto, una regulación general de la contratación agraria entre particulares, sino que establece normas de derecho obligatorio no disponible, normas de obligatorio cumplimiento en los contratos particulares, un contenido mínimo del contrato y sólo en los casos en que los arrendatarios, aparceros o sea empresarios no propietarios del contrato, sean aquellos sujetos que podrían eventualmente ser beneficiados por el régimen de dotación de tierras. Sobre el punto, cabe recordar que en Costa Rica tenemos un precepto constitucional en el artículo 69 que expresamente establece que los contratos de aparcería rural, o sea una forma indirecta de tenencia de tierra, serán regulados con el fin de asegurar la explotación racional de la tierra y la justa distribución de sus productos entre propietario y aparcerero, o sea ya hay una finalidad específica establecida; tiene la Asamblea Legislativa la obligación de regular la aparcería rural, que es un tipo de tenencia indirecta de tierra, y luego ya hay en la Constitución un criterio digamos finalista de cómo debe distribuirse el producto de esa explotación.

Es evidente que al sancionar con la expropiación, por contrarias a la función social, aquellas tierras en que existen contratos agrarios, no existe digámoslo así una gran armonía con la disposición constitucional. Hasta qué punto la Asamblea Constituyente que estableció esta disposición, estuvo pensando en formas de contratación agraria que ahora vienen a ser contrarias a la función social, o que vienen a ser consideradas incompatibles con la función social con vista a una cierta tendencia de la propiedad agraria, manifestada en las leyes de reforma agraria de la América Latina que se hicieron en la década de los sesenta, según las cuales la finalidad era acabar con la expropiación indirecta de la tierra.

En segundo lugar, la regulación que contiene sobre contratos agrarios, el nuevo proyecto de ley es restringida. Ya es sabido, que en Costa Rica existe en un alto índice de explotación indirecta de tierra, la cual, o cuyos titulares o empresarios agrícolas están actualmente desprovistos de

toda protección desde el punto de vista legal. No debe limitarse, como se hace en el proyecto, el ámbito subjetivo de regulación.

Finalmente, no debemos olvidar que la tenencia indirecta de la tierra es un medio para evitar la existencia de tierras ociosas, y que si la tenencia indirecta dejada al libre arbitrio o a la libre autonomía de los particulares conforme al Derecho Civil puede resultar, y de hecho ha resultado en muchos casos, en un trato desigual para la parte débil del contrato, la nueva justificación del Derecho Agrario. Tampoco creo yo, que esa ausencia de regulación sea justificativo para eliminar la contratación agraria de los campos en Costa Rica, o sea que hay que tomar en cuenta en primer lugar la tipicidad social, y en segundo lugar, que un medio de contratación agraria puede ser un medio para evitar la existencia de tierras ociosas.

Desde luego, que la regulación tiene que ser en los aspectos fundamentales de la Contratación Agraria, tienen que regularse claramente los derechos de los agricultores en todos los aspectos fundamentales del contrato; en la indemnización por mejoras que realicen, en la forma y monto del pago, en la duración del contrato, de manera que nunca se pueda utilizar la Contratación Agraria para empobrecer al empresario agrícola, sino por el contrario para tutelarlos. Pero dentro de ese régimen de tutela, y sobre todo complementado con un régimen de jurisdicción agraria, que permita apreciar la veracidad de los hechos en una forma directa, en una forma clara, y que permita tutelar al empresario agrícola, no parece tan lesiva al interés nacional la contratación agraria.

Yo, personalmente creo, que debemos reconsiderar y enmendar esta tendencia a definir per se, y por naturaleza como contraria a la función social de la propiedad agraria, a la Contratación Agraria.

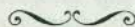
ALGUNAS NOTAS SOBRE LOS DIVERSOS ENFOQUES ACERCA DE LA CRISIS (COSTA RICA)*

Dr. Jorge Enrique Romero Pérez

Profesor Facultad de Derecho
Universidad de Costa Rica
Instituto de Investigaciones Jurídicas

* Trabajo preparado para ser presentado en el V Congreso centroamericano de sociología, celebrado en San José, en noviembre de 1982.

SUMARIO: I. Presentación; II. Resumen; III. Introducción; IV. Enfoques analíticos sobre la crisis: A) Thelmo Vargas, B) Claudio González, C) Manuel Rojas, D) Helio Fallas, E) Eugenio Rivera, F) criterio del Poder Judicial; V. Consideraciones sobre los enfoques citados; VI. A modo de reflexión final; VII. Bibliografía básica de referencia.



De la ideología de "capitalismo y libertad" a la praxis del neoliberalismo autoritario: el neoliberalismo económico que pregona la corriente monetarista se considera como una condición de la libertad política. Sin embargo, la historia y la experiencia reciente de América Latina es muy clara. El liberalismo económico, lejos de promover un liberalismo político, genera y requiere para su instrumentación un totalitarismo político que da lugar a un nuevo modelo: el neoliberalismo autoritario.*

* Villarreal, René. *Monetarismo e ideología* (México: "Comercio Exterior" (Banco Nacional de comercio exterior) N° 10, vol. 32, 1982, p. 1068.

I. Presentación

En este artículo se tratará de analizar la crisis económica del país desde el ángulo parcial de enfoques dados desde ángulos diversos, incluyendo una parte de la jurisprudencia del Poder Judicial. De ahí que el título de este trabajo relacione los enfoques señalados.

La crisis económica más como un hecho real que como un concepto se ha presentado en el país, tomando con la guardia baja a los intelectuales, tecnócratas, burócratas y expertos en estos temas. De ahí, pues, que se den confusiones, contradicciones y dificultades en conceptualizar la realidad, de categorizarla. Simplificando, unos creen que esta crisis conducirá a la revolución socialista, por la agudización de la misma y la incapacidad de la clase dominante de controlar ese proceso crítico; otros, ven en esta crisis, un proceso de ajuste del capitalismo mundial. En lo que corresponde a nuestra sociedad, también se presentarán reformas, para someter ese ajuste, como parte del capitalismo periférico.

Como posiciones simplistas, tienen bastante de falsedad y un tanto de verdad, en congruencia estos términos, con la realidad misma, que actúa como referente empírico.

II. Resumen

En este trabajo se han presentado los puntos de vista de algunos analistas sobre la crisis económica, agregando el criterio del Poder Judicial.

Parece que existe consenso en aceptar que la crisis del país se da en la esfera económica, primordialmente; y, no en la esfera política o social. Es decir, es una crisis del sistema económico; y, no de legitimidad o de hegemonía políticas.

Un sector de ideólogos insiste en afirmar que la crisis indicada, tiene como principal actor al Estado y su específica política de intervención. En forma prudente se le podría llamar a esta tesis liberal o neoliberal, siendo su más conspicuo líder ideológico Milton Friedman. Otro sector de forjadores de *idola theatri* (Bacon),¹ sostiene que la crisis es parte de una estrategia de los países imperialistas del mundo (o, del capital internacional) para sujetar en forma a los países del "Tercer Mundo"; o, "periféricos", en el lenguaje de la CEPAL.²

1 Mario Ramírez en *La polémica de la concentración de la tierra en Costa Rica: Mitos e ideologías sobre el desarrollo capitalista (1850-1930)*. (San José: U.C.R., 1978).

2 Romero Pérez, Jorge Enrique. *El aporte de la CEPAL y las perspectivas del Estado Nacional Costarricense*. (San José: Revista Judicial, N° 22, 1982).

Se trataría de un "nuevo orden económico internacional", manipulado, ejecutado y eficaz según los dictados del capital transnacional.

III. Introducción

No deja de ser importante categorizar o encuadrar intelectualmente, los hechos actuales que componen la crisis en la economía y la sociedad costarricense.

A pesar de la profundidad, velocidad y dimensiones de la crisis en nuestra colectividad, no se han dado conflictos sociales y/o políticos que pongan en discusión o en jaque el sistema de dominación social. Esto es un aspecto relevante de la cuestión aquí tratada. Se ha argumentado, desde algunas posiciones de izquierda, que esta crisis conducirá a la lucha de clases y a la implantación del socialismo en Costa Rica. Lo que podría denominarse la "izquierda" (concepto político indeterminado al igual que la "derecha") no es conteste o uniforme con este criterio, que podría calificarse de mecanicista o demasiado chato, como instrumento analítico.

Lamentablemente, no hay estudios sobre la conflictividad social y/o política. La huelga bananera de 1982 no podría generalizarse para todo el país y decir que es una muestra fehaciente del proceso de transformación del país. Primero, porque desde 1934, la zona del banano ha venido experimentando huelgas importantes; segundo, porque se trata de plantaciones de capital transnacional; y, tercero, porque el resto del país no presentó huelgas radicales en diversos sectores de la actividad económica. Realmente, la fuerza de movilización de masas, el impacto social y la capacidad política de los sindicatos, "de derecha" y de "izquierda", es pequeña en el área metropolitana. Habría que señalar que en la provincia de Limón y en la zona bananera, por ejemplo, los sindicatos tienen una presencia activa. También, se debe exceptuar la huelga de los médicos de 1982, con la participación del sindicato médico, porque se trata de una organización de la "aristocracia obrera" (profesionales que han venido teniendo un rol privilegiado en el país; antes mucho más que ahora, en parte por el hecho de que el Estado, mediante la Caja Costarricense de Seguro Social, CCSS, se ha convertido en el más importante patrono de esos profesionales) y por la fuerza política que tienen los médicos respecto del aparato estatal (dando lugar a la autonomía relativa del Estado) y en el seno mismo de la clase social hegemónica en el país.

IV. Enfoques analíticos sobre la crisis

A) Tesis del economista Thelmo Vargas

1) Las causas de la crisis son de dos tipos:

a) Externas

b) Internas

a) Externas

Se pueden calificar así:

- Aumento en los precios del petróleo
- Baja en los precios de los bienes de exportación.

Lo anterior condujo a una desmejora en los precios de intercambio y a un empobrecimiento real del país.

b) Internas

- Adopción, a principios de 1960, del modelo de sustitución de importaciones.
- Ese modelo condujo a que se dependiera de la importación de materias primas; a la vez, que dichas materias primas estaban exentas del pago de tributos. Actualmente, el 50% del monto de las importaciones del país, está constituido por tales materias.
- El indicado modelo sobreestimó el uso de las técnicas de producción intensivas en *capital*, con un relativo poco uso de *trabajo*.
- El Estado tuvo que asumir el desempleo potencial conforme las personas llegaban a la edad de trabajar, ya que el sector industrial no las empleaba.
- Al estar libre de impuestos la importación de las mencionadas materias primas, el Estado se enfrentaba a la ausencia de captación de tributos, lo que agravó a crisis fiscal.
- En vista de que los precios en el mercado interno tendían a subir, y a su vez, el dólar y el colón estaban en una paridad de $\text{C} 8,60 = \$ 1$, las personas importaban más de Miami, Panamá, San Andrés, etc., lo que estimuló las importaciones, y asimismo, desestimuló las exportaciones, debido a ese tipo de cambio subsidiado e irreal.
- La balanza de pagos se trató de equilibrar, artificialmente, mediante el endeudamiento externo.
- El déficit en el sector público, provocó una buena parte de la inflación.
- Bajo el gobierno de Carazo (1978-82) existió un tipo de cambio sobrevaluado, que provocó, entre otros factores, un continuado y mayor endeudamiento externo en el cuadro de préstamos "duros" (a corto plazo, con altos intereses y "atados").
- La inflación ha sido causada por el aparato del Estado. Esta maquinaria frondosa, se financió con mayores tributos al sector productivo y con aumentos en la deuda externa e interna.

— Ni el gobierno actual ni el anterior, se han preocupado por la forma en que el pueblo carga con el costo social de la maquinaria estatal.

2) Las medidas que se deben tomar para neutralizar la crisis, son:

- Bajar el nivel de proteccionismo y negociar con Centroamérica para que las barreras arancelarias comunes disminuyan y las empresas locales empiecen a producir bienes con un mayor contenido nacional.
- Esa producción con contenido nacional (en cuanto a trabajo y capital), implica mayores niveles de empleo en el sector privado, y, de rebote el Estado empleará menos personal.
- La reforma estructural se necesita para que el Estado intervenga menos en la economía y se dé un grado menor de intervencionismo.
- Ahora, el Estado tiene mucha gente empleada, pero es improductiva porque carece de los recursos financieros y de un equipo para ponerla a trabajar.
- La intervención del Estado se justifica para que establezca reglas justas, baje el nivel de proteccionismo; y, deje que el mercado sea el que decida en que actividades participa el Estado o en cuales no.
- El Estado no debe intervenir en aquellas zonas donde la empresa privada lo puede hacer.
- Quedan excluidas de esta tesis, dice Vargas, aquellas empresas que quieren libertad en el mercado solo para ellas; quedan incluidas aquellas que admiten el principio de libre empresa para todas las firmas que participen en el mercado respectivo.
- La banca nacionalizada es política, y no técnica en Costa Rica. Debe ser reformada para evitar esta deformación.
- Las exportaciones se deben fomentar, ya que es atractivo exportar, por las diferencias cambiarias existentes.
- El aumento en los precios de los servicios públicos, es una forma de controlar la inflación.
- Oro control sobre la inflación, es aumentando la producción y las exportaciones.
- A su vez, la política respecto de las exportaciones debe variar, ya que el sector exportador es el que más tributos paga al Estado. Los exportadores pagan cerca de 4 veces lo que pagan los importadores en impuestos.
- El sector exportador debe ganar todo lo que pueda, sin cortapisas; ya que ello favorecerá la actividad de la exportación. Se desestimula la exportación cuando los tributos a esta actividad son muchos y fuertes como ahora.

— Como la mayor parte de los impuestos son indirectos e indifeccionados, caen sobre todas las clases sociales. Se deben establecer impuestos directos diferenciados, para que no afecten, por igual, a todas las clases sociales.³

Se trata de una posición neoliberal, que ve en el Estado una buena parte de responsabilidad por la inflación generada.

B) *Tesis de Claudio González*

1) *Tres circunstancias explican el empobrecimiento del país:*

- a) El valor de la producción en términos reales ha disminuido.
- b) Los términos de intercambio continuarán deteriorándose, salvo (v.gr.) una helada en Brasil, que, a su vez, favoreciera el precio de las exportaciones del café de Costa Rica.
- c) Una proporción cada vez mayor del ingreso nacional, se tendrá que destinar al servicio de nuestra deuda externa.

2) *Características de la economía costarricense*

- a) La industria depende en mucho de materias primas, bienes de capital e intermedios importados, lo cual dificulta el ajuste de la balanza de pagos.
- b) Abundancia relativa de mano de obra (*trabajo*) y escasez relativa de *capital*.

La estrategia de proteger la manufactura, que usa más capital que trabajo fue contradictoria con nuestra realidad, en cuanto a la proporción relativa de esos factores de la producción. Esa irreal protección a la industria, encareció artificialmente el trabajo y abarató (también, artificialmente) el capital.

Las medidas estatales de protección al recurso *capital*, fueron:

- exoneraciones a las importaciones de bienes de capital
- tipo de cambio sobrevaluado
- tratamiento tributario de las utilidades
- tasas de interés subsidiadas.

Tales medidas protectoras, hicieron que los proyectos de inversión atractivos fueran aquellos que usan mucho capital y poco trabajo; siendo desestimulados aquellos proyectos que emplean mucho trabajo y poco capital.

³ Entrevista de *Contrapunto*, del 16 de octubre de 1982, págs. 11 y 12, al economista Thelmo Vargas.

Como parte de los efectos de esa situación, se comprobó que el desempleo que generaba la empresa privada, tuvo que asimilarlo el Estado. Esta ampliación del Estado como patrono, como empleador, condujo a un desequilibrio fiscal no manejable, el cual es responsable —en buena medida— de la crisis financiera, en un país como el nuestro de economía pequeña y muy abierta, con una abundancia relativa del recurso trabajo y poca producción de ahorros internos.

- c) La sustitución de importaciones vinculó el desarrollo industrial al mercado centroamericano, que es pequeño, estimulando actividades económicas relativamente intensivas en el uso del capital y muy intensivas en el uso de insumos importados.
- d) Esa estrategia de sustitución de importaciones (que es una política estatal), ha llevado al país al estancamiento, la rigidez y el desempleo en el sistema económico.

3) Consideraciones sobre la crisis

- a) La crisis se explica porque el nivel de los términos de intercambio ha fluctuado violentamente en un corto plazo.
- b) En 1978 los precios del café bajan en el mercado internacional; y, se da la segunda crisis del petróleo.
- c) Con base en los precios internacionales del café en 1976 y 1977, el Estado asume un aumento en el nivel del gasto público. También, aumentan las importaciones y el consumo. El gobierno de Daniel Oduber (1974-78), se comporta como si los precios del café citados, fueren un fenómeno permanente; y no como lo que son, algo transitorio. En estos años de 1976-77, no se estimula el ahorro interno, sino que se gasta dentro de euforia de la "bonanza cafetalera". Lo cual se continúa años después, ya sin el respaldo de los buenos precios internacionales de nuestro "grano de oro". Para cubrir los gastos del gobierno, la administración de Rodrigo Carazo (1978-82), hace uso cada vez más intenso de empréstitos a nivel internacional y nacional. Así, aumenta la deuda correlativa, ya en forma alarmante y sin control. Alcanzando, nuestro país la deuda pública más alta del mundo subdesarrollado. La crisis aumenta y el empobrecimiento también, ante la incapacidad e inhabilidad de Carazo por frenar la crisis.
- d) La estrategia proteccionista, al favorecer al sector industrial, junto con la política de sustitución de importaciones, baja la rentabilidad relativa de las actividades de exportación. Asimismo, el tipo de cambio artificial (C 8,60 = \$ 1) penaliza y castiga las exportaciones.

- e) Por lo que respecta a las importaciones, el aumento de los precios del petróleo a la par del aumento de los insumos importados, se traducen en un aumento en el valor de las importaciones.
- f) Como efecto de lo anterior, se desequilibra la economía y se da la fuga de capitales.
- g) Se da durante el gobierno de Carazo, un subsidio a la especulación, debido a que esta administración insistió en no devaluar, cuando era evidente que existía una devaluación real.
- h) La "salida" que le dio Carazo al desequilibrio económico del país, fue endeudarlo.
- i) El estancamiento de la producción, la fuga de capitales, la ausencia de una política económica, las cuantiosas exoneraciones de impuestos, el excesivo proteccionismo industrial durante la administración Carazo, impidieron generar ingresos tributarios para financiar el sector público y sus crecientes gastos. Ello provocó un aumento en el déficit fiscal que se "enfrentó" con el endeudamiento externo e interno.
- j) Cuando termina la administración Carazo (1982), el país está quebrado; la economía está dolarizada; no hay crédito internacional para nuestro país, al cerrarse las puertas de los organismos respectivos; y, el sector privado cuenta con reducidos recursos financieros, ya que —además— Carazo tomó la mayor parte de los recursos bancarios para gastos del sector público.⁴

C) Tesis de Manuel Rojas

1) Costa Rica atraviesa una etapa de su historia que ha sido calificada, en general, como de *crisis*, a pesar del uso equívoco de la categoría que hacen los diversos analistas. Se trata de un complejo proceso, donde se confunden causas y efectos. Y, en el cual se hace difícil —aunque sea solo para realizar un análisis, separar lo económico de lo político; y, lo externo de lo interno. Añadiendo este sociólogo, que este proceso se inicia años atrás, pero sus manifestaciones más visibles se hacen presentes a partir de 1981, esencialmente en el plano económico, a pesar de que todo el funcionamiento del orden social ha sido alterado.⁵

2) Rojas analiza los indicadores macroeconómicos ubicados en la configuración de la recesión económica, desempleo, inflación, balanza comercial, déficit fiscal, deuda externa y devaluación.⁸

⁴ González, Claudio. *La naturaleza de la crisis económica* (San José: revista "Crónica", UACA, 1982, N° 2).

⁵ Rojas Bolaños, Manuel. *Costa Rica: el fin de una era...* (San José: ponencia al V Congreso centroamericano de sociología, noviembre de 1982, p. 1).

⁶ Rojas Bolaños, Manuel. *¿Crisis en Costa Rica?: algunos elementos para su comprensión* (San José: cuadernos centroamericanos de ciencias sociales, N° 8, 1982, CSUCA, pp. 31 y 32).

3) La crisis actual de la sociedad costarricense, es una especie de interregno, expresa Rojas, entre el fin de una época histórica —la llamada "era liberacionista"— y el advenimiento de otra. Es un período difícil, de reajustes en todos los órdenes de la sociedad, cuya orientación no es posible señalar aún con certeza, a pesar de las tendencias de evolución que se observan.

4) Las características de dicha "era de liberacionista", que toca a su fin, son entre otras:

- El Partido Liberación Nacional (PLN)⁷ es el portador de un nuevo modelo de acumulación de capital. Dentro de ese modelo, la nacionalización bancaria, fue uno de los aspectos importantes.
- Ese nuevo modelo impulsó reformas, tendientes a formar nuevos ejes de acumulación de capital, con el apoyo del Estado fuerte y un sistema político parlamentario, con políticas dirigidas a la creación de condiciones favorables para la intervención privada y con mecanismos que aliviarán las contradicciones con las clases subalternas.
- En este sentido, se puede decir que el PLN es el arquitecto del régimen social y político que hoy está en crisis, aún cuando en realidad fue la resultante de un juego determinado de fuerzas sociales, donde los intereses de las diversas fracciones de la burguesía, se vieron favorecidas en mayor o menor medida, a pesar de las concesiones que tuvieron que hacer a los sectores populares.
- El PLN trató de dar una imagen de partido pluralista, empero fue una fachada detrás de la cual estaban presentes nuevos sectores burgueses en ascenso. La ideología de la CEPAL, le da al PLN una fuerza aglutinadora respecto de las diversas tesis e ideas que venían de los grupos Centro para el estudio de los problemas nacionales (Centro) y el Acción Demócrata, cuyo mentor y organizador fue el abogado Alberto Martín Chavarría.⁸
- La estrategia del PLN iba en tres direcciones:

i) Necesidad de iniciar un proceso de diversificación de la producción agropecuaria, incentivando sobre todo el desarrollo de nuevos productos de exportación para un mercado internacional que se mostraba sumamente dinámico después de la segunda guerra mundial.

7 Rojas, Manuel. *Patio de Agua y la ideología del Partido Liberación Nacional*. (San José: UNA, 1980).

8 Romero Jérez, Jorge Enrique. *El Partido Acción Demócrata y el reformismo* (San José: Universidad de Costa Rica, 1982; de próxima publicación por la Editorial Nueva Década). De este mismo autor, *La social democracia en Costa Rica* (San José: UNED, 1982, 2ª edición).

- ii) Necesidad de crear condiciones favorables para el desarrollo de una industria nacional.
- iii) La redefinición, por ende, del papel o rol del Estado dentro del proceso económico, dándole mayores tareas en la construcción de obras de infraestructura; además, de que tenga una influencia directa en la política crediticia y monetaria, mediante la banca nacionalizada. El complemento se daba gracias a la administración directa de *servicios públicos*, en los campos de la salud, electricidad, etc.⁹

- Con la administración de José Figueres, en 1970, el modelo del PLN empieza a dar muestras de agotamiento, ya que no sólo no se había logrado eliminar las debilidades observadas en los años anteriores, sino que ellas se habían reproducido en escala ampliada.
- El Estado llega a convertirse en un peso muerto para el resto de los sectores de la economía. Amplía sus dimensiones, opera con un déficit creciente y se ve obligado a recurrir al endeudamiento externo e interno.
- Las políticas que se establecieron, incluyendo CODESA (Corporación de Desarrollo S. A.),¹⁰ contribuyeron a postergar el estallido de la crisis; pero, a la vez, coadyuvaron a que las contradicciones brotaran con mayor fuerza a partir de 1978, expresa Rojas.
- El proyecto o modelo del PLN, perdió vigencia histórica en la década de los años 70, cuando las nuevas condiciones internacionales mostraron sus debilidades básicas. Todo lo cual explica, parcialmente, el triunfo de Rodrigo Carazo, en 1978.

5) Con la administración de Carazo (1978-82), se da una errática política económica y social que ayudó a desencadenar y a profundizar la crisis. Esta administración, pacta dos veces con el FMI y viola los acuerdos con este organismo internacional. En 1981, este gobierno no quiso pactar, por tercera vez con el FMI, alegando que las condiciones eran muy pesadas para el país. Esta administración había pactado antes con el FMI, en condiciones gravosas parecidas, pero el gobernante de turno guardó silencio. Ahora su "nacionalismo" fue un mero pretexto para no firmar ese tercer convenio con este ente internacional.

6) El advenimiento de Luis Alberto Monge al poder en 1982, pretende orientarse hacia la disminución del gasto público, eliminación de subsidios al transporte colectivo de personas, aumentos en las tarifas de

9 Cf. Romero Pérez, Jorge Enrique. *Apuntes sobre el servicio público; y, Antología del servicio público* (San José, Universidad de Costa Rica, 1977 y 1978, respectivamente).

10 Cf. Romero Pérez, Jorge Enrique. *CODESA: Modalidad de la empresa pública* (Revista Judicial N° 20, 1981).

servicios públicos (agua, teléfono, transporte, electricidad), aumentos en los artículos de primera necesidad, moderados aumentos salariales, aumentos en las tasas de interés, etc. Estas medidas están en consonancia con las condiciones que el FMI pone para la firma de un nuevo convenio con esta organización.

7) La presencia semisilenciosa de los sectores populares dentro de la crisis, es quizás una de las características más importantes. Sufriendo estoicamente los golpes, los sectores populares siguen esperando que la solución a sus problemas, como el sol y el agua, vengan desde arriba. ¿Hasta cuándo van a esperar? La respuesta es incierta, concluye Rojas, pero mientras tanto la clase dominante goza gratuitamente de un espacio que le permita ventilar sus contradicciones con cierta tranquilidad.¹¹

D) Posición de Helio Fallas

Este economista ha manifestado lo siguiente:

1) El hecho de firmar un convenio con el FMI, pone en marcha una estrategia de desarrollo basada en principios neoliberales; y, a la vez, genera una redistribución del poder económico, social y político en nuestra sociedad.

2) Existe una manipulación de los medios de comunicación masiva, en el sentido de afirmar que la crisis de nuestro país se debe al único responsable: el Estado, o más precisamente: al crecimiento sin control del aparato estatal. A partir de esta supersimplificación de la realidad, parecen sugerir que disminuyendo el gasto público y con una mínima intervención del Estado, el mercado actuaría según las "leyes naturales de la economía, resolviendo, como por encanto, todos los problemas del subdesarrollo".¹² Advierte Fallas, que ciertamente el sector público ha crecido y que este crecimiento ha contribuido a la crisis; sin embargo, ha sido una forma de respuesta al agotamiento del modelo seguido a partir de la década de 1960.

3) Se debe analizar el impacto social de la crisis, ya que éste es muy importante en el contexto de los últimos 50 años. Así, por ejemplo, en julio de 1981 el número de desempleados fue de 70.000. Para julio de 1982, el desempleo podría llegar a una cifra entre 10.000 y 125.000 personas, sin tomar en cuenta el desempleo oculto (los que quieren trabajar y no lograr ubicarse en el mercado de trabajo), que oscila entre 325.000 y 350.000 personas.

11 Rojas, *idem.*, p. 26. *Costa Rica: el fin de una era...* Este trabajo fue discutido en la mesa redonda, del citado congreso, dedicada a Costa Rica.

12 Fallas, Helio. *Crisis económica en Costa Rica. Un análisis económico de los últimos 20 años* (San José: Ed. Nueva Década, 1982, presentación a la segunda edición, pp. 15 a 17).

El problema de la pobreza es profundo, estructural y generalizado, indica Fallas.¹³

4) El modelo de desarrollo vigente no ha beneficiado a todos los costarricenses por igual. La política socioeconómica seguida por los gobiernos ha favorecido en mayor medida a determinados sectores sociales de ingresos altos y medios.

5) Existe, además, un crecido número de costarricenses, que no cubren sus necesidades mínimas adecuadamente; y, es muy probable, que su situación siga desmejorándose.

6) Las instituciones estatales creadas para ayudar a los grupos marginados no han cumplido sus objetivos, porque benefician grupos que no forman parte del nivel más bajo de la sociedad; y, sus programas son asistenciales, lo que significa que los pobres continuarán siendo pobres.

7) No existen mecanismos para que la propiedad de los medios de producción se democratice y lleguen a todos los sectores de la población.

8) La falta de organización de muchos grupos de personas pobres, les impide luchar idóneamente por sus intereses, concluye Fallas.¹⁴

E) Enfoque de Eugenio Rivera¹⁵

1) El trabajo parte de la *premisa* que bajo el aparente carácter errático de la política económica es posible percibir una clara racionalidad: la racionalidad que deriva del conflicto entre las diversas fracciones del capital, y entre éste y los grupos populares.

2) La investigación llega a la *conclusión* de que si bien la iniciación de la crisis responde a diversos factores esencialmente económicos (crisis económica mundial, deterioro de los términos de intercambio y agotamiento del modelo de sustitución de importaciones) su agudización y sobre todo las dificultades que han hecho difícil su superación, remiten a un *problema político fundamental*: una vez que la hegemonía de la fracción industrial entró en crisis no le ha sido posible a ningún grupo social establecer un nuevo sistema hegemónico, que basado en un reordenamiento del bloque en el poder le imprima a la evolución económica una dirección capaz de abrir paso a una fase de desarrollo capitalista.

Ello quiere decir, que a ninguna fracción del bloque en el poder le ha sido posible imponer un estilo de desarrollo, que privilegiando su

13 Fallas, *cit.*, *idem.*

14 Fallas, *ibidem.*

15 Rivera Urrutia, Eugenio. *El fondo monetario internacional y Costa Rica, 1978-1982. Política económica y crisis.* (San José: DEI, 1982).

propia posición, le abra a los otros sectores burgueses —aún cuando estén subordinados— una perspectiva de crecimiento económico. Tal incapacidad se va a expresar en el carácter equívoco de la política económica.

3) La crisis cambiaría y la devaluación del colón hacen inevitable una modificación substancial del modelo tradicional que tendería a marchar en la dirección de la continuación de una sustitución selectiva de importaciones y el impulso renovado de la diversificación de las exportaciones.

4) *Las conclusiones* a que llega Rivera¹⁶ son:

- En la década del 70 es posible constatar una tendencia creciente al agotamiento de las posibilidades rentables de inversión productiva, generándose un notable incremento del capital especulativo a nivel internacional.
- Los excedentes generados por la “revolución petrolera” vienen, a partir de 1973, a incrementar rápidamente la suma de capitales especulativos. Estos capitales han venido alimentando el proceso de endeudamiento de los países subdesarrollados.
- La aplicación usurera de tales capitales ha puesto en marcha un proceso de endeudamiento progresivo de los países del Tercer Mundo, que adquiere cada vez más una dinámica propia, divorciada del proceso productivo real. Con la manipulación de las tasas de interés, ese capital especulativo transnacional, endeuda más al país deudor y lo ata más fuertemente a la esfera de acción de ese capital.
- La función del FMI (Fondo monetario internacional) es la de imponer a los países subdesarrollados —mediante el condicionamiento de los créditos— una organización de la economía que permita pagar no importando el costo social, económico y político que esa política signifique. Se cree que de este modo, se puede evitar la quiebra de bancos, instituciones privadas internacionales, debido a la moratoria generalizada. Manteniéndose así, la misma estructura de relaciones económicas internacionales.
- Regímenes militares (a menudo), restricción de las libertades democráticas, drástica caída de la producción, desempleo inusitado, etc., son varias de las consecuencias de la imposición de las políticas del FMI en los países subdesarrollados donde son aplicadas.
- En las negociaciones de Costa Rica con el FMI, éste cuenta con el apoyo de los grupos neoliberales internos que coinciden con la política monetarista de ese organismo internacional.
- Tanto en Chile¹⁷ como en Argentina, donde se han aplicado las políticas del FMI, el nivel del endeudamiento ha crecido enormemente.

16 Rivera, *idem.*, pp. 171 a 174.

Por ejemplo, en Chile la deuda externa en 1973 era de 3.000 millones de dólares; y, en la actualidad es de 16.000 millones de dólares.

- El FMI impulsa las políticas que favorecen a los países subdesarrollados, fundamentalmente los Estados Unidos de América, que tiene una representación de poder cualitativo muy importante al interior de la estructura de poder del FMI, además de que su Director gerente es estadounidense, ya que el país sede de la organización designa tal alto funcionario.¹⁸

F) *Enfoque del Poder Judicial*

El Poder Judicial, mediante recursos interpuestos, en tiempo y forma, expuso su criterio sobre los aspectos debatidos en tales recursos.

Esas sentencias son importantes en cuanto que expresan un criterio de orden público, constitucionalidad e interés público relativo a la materia económica.

A) *Resolución de Corte Plena, recurso de inconstitucionalidad sobre la cuestión monetaria.* (Resolución 11 horas, del 14 de julio de 1982).

Frente a la argumentación privatista o de orden privado de lo relativo a la moneda, lo monetario o lo que atañe a la política monetaria, la conclusión —considerando XI— de la resolución de las 11 horas del 14 de julio de 1982, afirmó que la fijación de la moneda es de interés público. Añadiendo que la moneda sirve como instrumento del cálculo económico; y, la modificación de su valor repercute sensiblemente en la economía nacional y en escala individual. Se explica, de esta forma, que el Constituyente atribuyera a la Asamblea Legislativa la facultad exclusiva de fijar ese valor (monetario).

De este modo, la única fijación de ese valor citado que puede existir dentro del sistema monetario nacional, es el que dimana de una ley formal de la Asamblea Legislativa. De ahí, que cualquier revaluación o devaluación tiene que estar reservada a la decisión de la Asamblea en mención. No es posible delegar esas atribuciones en otro Poder Público o de la República, tampoco es lícito o conforme al Ordenamiento jurídico, otorgar al Consejo de Gobierno la facultad de suspender el valor externo del colón, puesto que la suspensión implica dejar sin efecto —transitoriamente— la relación de valor que fijó la propia Asamblea dicha, aparte de que la suspensión también acarrea —junto con la fluctuación, que es su consecuencia— una situación de incertidumbre en las operaciones con moneda

17 Rivera, Eugenio. *Crisis económica, política de estabilización y nueva hegemonía. El caso chileno.* (Tegucigalpa: Revista Centroamericana de Economía, año 3, N° 8, 1982, Universidad Nacional Autónoma de Honduras, pp. 87 a 123).

18 Rivera, *El FMI y Costa Rica*, cit., p. 42.

extranjera, todo en pugna con el principio en que se inspira el art. 121, inciso 17* de la Constitución Política.

Puntualizando la Corte que el valor del colón —determinado por la Asamblea— es el que sirve de base para fijar los tipos de cambio oficiales. De modo que, el suspender el punto de referencia (es decir, el valor externo de la moneda), los tipos de cambios se fijarán —si fueren fijados— sin tomar en cuenta aquella relación de valor, lo cual equivale a dejar la moneda —durante el tiempo de la suspensión— sin el valor legal que le había fijado la Asamblea Legislativa.

Este criterio de la Corte, es claro en señalar que la materia monetaria es de interés público, forma parte de la reserva de ley y tiene prioridad respecto de los intereses privados.

Indica que la moneda es mucho más que un mero instrumento de cálculo económico, porque está íntimamente vinculada a todo el sistema económico y repercute macroeconómicamente en él; afectando, desde luego, asimismo, el nivel microeconómico.

B) *Recurso de inconstitucionalidad por COFISA contra el art. 6º, párrafo segundo de la Ley de la moneda, entre otros (Resolución de las 8 hs. del 1º de setiembre de 1982)*

Esta resolución, en su considerando VIII, afirma que el orden público es el conjunto de principios que, por una parte, atañen a la organización del Estado y a su funcionamiento, y, por otra, conciernen a la protección de los derechos del ser humano y de los intereses de la comunidad, en un justo equilibrio para hacer posible la paz y el bienestar en la convivencia social.

Reafirmando, en su considerando IX, que el régimen monetario es de derecho público y que las normas que lo regulan son de orden público. Precisando que, la moneda no tiene solo una mera función en el contrato entre particulares; sino, que tiene un papel relevante en el derecho monetario y en la economía de cada país. El artículo 6º de la Ley de la moneda** contempla situaciones, elementos y cuestiones que van más allá de los

* Art. 121 (Constitución Política)
Son atribuciones de la Asamblea Legislativa:

Inciso 17.—Determinar la ley de la unidad monetaria y legislar sobre moneda, el crédito, las pesas y medidas. Para determinar la ley de la unidad monetaria, la Asamblea deberá recabar previamente la opinión del organismo encargado de la regulación monetaria.

** Art. 6º (ley de la moneda)

Párrafo primero: En toda determinación de precios, fijación de sueldos, jornales, honorarios, pensiones y toda clase de remuneraciones, indemnizaciones o prestaciones, imposición de derechos, impuestos y contribuciones, y en cualquiera otras obligaciones, públicas o privadas, que impliquen empleo de dinero y deban solventarse en Costa Rica, los importes correspondientes deberán necesariamente expresarse en colones.

Párrafo segundo: Sin embargo, podrán celebrarse contratos y contraerse obligaciones en monedas extranjeras pudiendo, a opción del deudor, cancelarse en colones al tipo de cambio oficial vigente a la fecha de pago.

intereses individuales o particulares del acreedor y del deudor; situándose todo ello en la esfera del orden público.

Argumentando, la Corte que en una sociedad debidamente organizada y en vista de la serie de problemas económicos en que interviene la moneda o que surge a su alrededor o están influidos por ella, no sería razonable que las cuestiones referentes al sistema monetario quedaran reservadas a lo que deseen los particulares. Cabalmente, por la importancia que tiene la institución monetaria dentro de la economía, los Estados se hicieron cargo de crear y regular la moneda, en ejercicio de su soberanía (cf. considerando X).

En su considerando XII, la Corte bien manifiesta que el orden público justifica que el Estado intervenga en el comercio de las divisas mediante normas legislativas. Advirtiendo, además, en su considerando XIII que las divisas representan el producto del esfuerzo nacional, ya sean las provenientes de la exportación de bienes o las que tienen como fuente la prestación de servicios dentro del país, como sucede con el turismo, industria que el Estado protege y en la cual participan empresas de variado orden. Concretando, que otras fuentes de ingreso, aparentemente, son ajenas a ese esfuerzo colectivo, como las inversiones en moneda extranjera. Pero, también, la organización del Estado, se pone al servicio del inversionista y de los empresarios que logran ese financiamiento. Todo ello le da título legítimo al Estado sobre las divisas, a fin de controlar su uso en la forma que más convenga al interés público y entregando a cambio de ellas, la moneda nacional que es la única de curso legal.

Aquí la Corte confirma su tesis del orden público y del interés público en juego cuando se analiza el campo monetario. La moneda no es un simple medio de pago ni tampoco desempeña, únicamente, las funciones que los teóricos de la "moneda, el crédito y la banca" le asignan. Constituye un elemento vital para la estabilidad política, social y económica del país.

Esa estabilidad, "paz social", "orden en la sociedad", es un intangible sin precio. De un enorme valor social. Y la moneda juega un rol destacado en esa paz, máxime en épocas de crisis económica como la actual. Otro aspecto importante, que puntualiza la *resolución* es que las divisas y eso que se denomina moneda representante, en el mercado de bienes y servicios, el producto —la contabilidad social— del esfuerzo nacional. El trabajo de todas las clases sociales; el esfuerzo de toda la comunidad. Por esta razón, hay un "evidente interés público en juego" y un "orden público" que tutelar. Y, por supuesto, no —exclusivamente— los intereses particulares o privados.

V. Consideraciones sobre los enfoques citados

Aquellos que sostienen que el Estado es el responsable de la inflación y del estancamiento económico del país, parten de la tesis neoliberal, uno de cuyos exponentes más destacados es Milton Friedman, quien ha tenido influencia en gobiernos y profesionales de América Latina.

Prebisch¹⁹ resume algunas de las ideas de Friedman así:

- El libre juego de las fuerzas del mercado, sin interferencia alguna en un régimen de plena competencia, lleva a la mejor asignación de los sectores productivos y a la remuneración de estos factores según su aportación al proceso productivo.
- Para que ello suceda, es indispensable evitar las restricciones a la libre competencia. Restricciones que se manifiestan así en la combinación de las empresas para subir los precios, como en las de la fuerza de trabajo para elevar sus remuneraciones.
- El Estado tiene que ser absolutamente prescindible, si bien se reconoce la necesidad de aliviar la suerte adversa de quienes en el juego de la competencia quedan en el fondo del sistema. De ahí el impuesto negativo (para no decir subsidio) que propone Friedman.
- Finalmente, hay que frenar la inflación regulando la creación de moneda y evitando el déficit fiscal de donde surge aquella. De ahí también la necesidad ineludible de limitar el crecimiento del gasto público.

Aquéllos que siguen proclamando la libre competencia y las leyes del mercado, hacen a un lado (por razones diversas) el hecho que el sistema capitalista está estructurado como un enorme oligopolio, repartido entre un núcleo de gigantescas empresas transnacionales, apoyadas fuertemente por los gobiernos de los países industrializados. Este hecho evidente, hace caer definitivamente los principales argumentos de los ideólogos del neoliberalismo. Por otra parte, hay que entender, cuál es la intencionalidad de estos ideólogos (o, generadores de ideas interesadas en justificar determinados intereses, situaciones, hechos o personas). La estrategia de estos distribuidores de ideas es sencilla: libertad económica para los cartels, trust, monopolios y oligopolios del capitalismo internacional, para así actuar mejor en ese mapa de la geopolítica mundial. De este modo, esas gigantescas corporaciones del capital se apoderan de zonas donde actúan; y/o, refuerzan su poder en aquellas donde ya están enraizadas.

Por ello, su tesis (la del gran capital) es *monetarista*. Los problemas de los países "pobres" (mejor se dirá, empobrecidos por todos los imperialismos, de ayer, hoy y mañana) los ven esas grandes potencias del capital (empresas privadas y sector público) como de carácter *monetario*,²⁰ haciendo a un lado toda la problemática estructural de cada uno de los países.

Los paradigmas del monetarismo, son entre otros, los siguientes:

19 Prebisch, Raúl. *Prebisch vs. Friedman contra el retorno a la ortodoxia*. (San José: cuaderno de ciencias sociales N° 7, CSUCA, 1981, p. 2).

20 Cf. Romero Pérez, Jorge Enrique. *El aporte de la CEPAL y las perspectivas del Estado nacional costarricense*. (San José: Revista Judicial, N° 22, 1982, pp. 38 y 39).

a) *El walrasiano*²¹

Friedman²² es uno de los más vehementes defensores del nuevo monetarismo, revitaliza el esquema de León Walras sobre el equilibrio general y las tesis de Adam Smith acerca de la libre competencia y la acción de la "mano invisible".

La libre actuación de los agentes económicos privados hace que se garantice el funcionamiento autoregulado del mercado, el cual oscila en torno a puntos de equilibrio estables en el largo plazo.²³

El poder económico del Estado queda reducido al cumplimiento de un papel de árbitro, garantizando que las reglas del juego que impone el mercado, se cumplan.²⁴

b) *Cuantitativista*

Friedman revitaliza la ecuación de Irving Fisher (1867-1947, economista estadounidense) =

$$MV = PT^{25}$$

M = cantidad o "masa de dinero."

21 Walras, Marie Éspirit León (1834-1910), economista francés. Fue ingeniero de minas y periodista, fracasando en estos campos. Llegó a ser catedrático de Economía política en Lausanne en 1870. Se dice que fue fundador de la Escuela de Lausanne, junto con Vilfredo Pareto [(1848-1923, fue discípulo y sucesor de Walras en la citada cátedra de la Facultad de Derecho de esta ciudad de Suiza; sus principales obras fueron *Cours d'Economie Politique* (1896) y *Manuale di Economia politica* (1906)]. Esta Escuela matemática pretende encontrar las leyes que rigen la economía por vía matemática. León Walras se apoyó en las ideas de su padre Antoine Auguste fue fecundo en su teoría subjetiva del valor, la cual facilitó la tarea de su hijo en lo que respecta al concepto de utilidad marginal. Walras hijo hizo notar la influencia de su padre y de Auguste Cournot, como de Say, Quesney, Boisguillebert y sin duda de Adam Smith. Sus obras principales son: *Elements d'économie politique pure* (1874), *Etudes d'économie politique appliquée* (1898) y *Etudes d'économie sociale* (1886). Cf. "La teoría walrasiana del equilibrio general" en Schumper, Joseph Alois, *Historia del análisis económico*. (Barcelona: Ariel, 1971, pp. 906, 1086, 1146, entre otras); Heller, Wolfgang, *Diccionario de economía política*. (Barcelona: Labor, 1965, 3ª ed.; pp. 206, a 208, 341, 465 y 466); Seldon, Arthur y Pennance, *Diccionario de economía*. (Barcelona: Oikos, 1967, pp. 400 y 551).

22 Cf. Friedman, Milton. *El marco teórico de Milton Friedman*, "Un marco teórico para el análisis monetario" (Ed. Premia, México, 1979), *Moneda y desarrollo económico* (Buenos Aires: Ed. Ateneo, 1976), *Capitalismo y libertad* (Madrid: Rialp, 1966), *Inflación y empleo* (México: CFE, "Los premios nobel de economía, 1966 a 1977, 1978); y, Rose Friedman, *La libertad de elegir* (Barcelona: Grijalbo, 1980).

23 Arias Raúl et al *El monetarismo como ideología* (México: "Economía de América Latina", CIDE, N° 6, 1981, pp. 160 y 161).

24 Idem., p. 162.

V = velocidad de circulación; o, el número de veces por períodos o años, en que se gastó un dólar (unidad monetaria dada) por término medio.

P = el nivel general de precios o índice de precios.

T = el número de transacciones realizadas en la economía durante un año; es decir, la determinación de la producción física.

Dicha ecuación significa que la cantidad del gasto = cantidad de los ingresos

o reduciendo más: gastos = ingresos
 $G = Y$

Se trata de una simplificación del análisis económico "cuantitativista" o "monetario"; según el cual la cantidad de dinero o "monetarismo" tiene una significación especial en el sistema económico. Como se observa aquí radica su debilidad, pues parte del supuesto del *ceteris paribus* (mantener igual una serie de factores y constantes) mientras cambia una variable en un modelo económico cerrado y equilibrado, de competencia perfecta.

Sobre esta debilidad conceptual y metodológica fundamentan sus políticas y tesis, aquellos que aceptan estos análisis formalmente elaborados, pero empíricamente (en los referentes de la realidad) inconducentes e inoperantes.

Como bien expresan Hart y Kenen,²⁶ en su apogeo la teoría cuantitativa se utilizó para justificar una simple división de los problemas que estudia el economista. Se sostenía que el dinero determinaba el nivel de precios, pero que las relaciones entre los precios se explicaban por un conjunto de fuerzas totalmente diferentes: aquellas que tratan del análisis de la oferta y la demanda y la demanda de Alfred Marshall (1842-1924) o por medio del análisis del "equilibrio general" de la escuela matemática. Esta teoría cuantitativa es un refinamiento matemático de la vieja idea o creencia de que los cambios en la cantidad de dinero son la causa principal de los cambios en el nivel de precios.²⁷

Por su parte Ackley,²⁸ exponen la reformulación de la teoría cuantitativa y los supuestos básicos para su explicación, los cuales son complejos, variados y en la realidad son irreales. Por ello esta teoría es un intento de análisis y cumple una función didáctica respecto de algunos problemas de la economía.

25 Heilbroner, Robert. *Comprensión de la macroeconomía* (México: UTEHA, 1965, pp. 133-136).

26 Hart, Albert y Kenen Peter. *Deudas monetarias y actividad económica* (México: CECSA, 1964, pp. 175 a 179).

27 Cf. en nuestro medio se repite esta creencia, por ejemplo en Di Mare, Alberto, *El control de precios* (San José: revista "Crónica", N° 3, 1982, pp. 33 a 37; que también publica una entrevista a Milton Friedman, pp. 39 a 43, tomada de "Human events").

28 Ackley, Garner, *Teoría macroeconómica* (México: UTEHA, 1965, pp. 113 a 132).

Elemento de importancia especial en la teoría monetarista lo es el carácter exógeno que se le da a la oferta monetaria, la que no está determinada por algún otro elemento del sistema económico. Tal oferta es una magnitud independiente del sistema de producción y de intercambio, dependiendo, la cantidad nominal monetaria del Banco Central. De ahí, que el control de la cantidad de dinero, se transforme en un elemento esencial para la estabilidad del sistema.²⁹

c) De las ventajas comparativas

Según este otro paradigma, los mercados serán, a nivel internacional, los que fijen los precios respectivos de los bienes y servicios, de conformidad con la añeja tesis de las ventajas comparativas.³⁰ No sólo a nivel nacional, el mercado define las reglas del sistema económico, sino que también en las relaciones internacionales. Se trata de la conocida tesis del libre comercio funcionando en una estructura competitiva del mercado internacional.

También, aquí la realidad niega los postulados de esta clase de neoliberalismo, pues tanto el capital transnacional, como las grandes potencias del mundo, actúan en áreas bajo su influencia, ya sea en una relación monopólica u oligopólica, *mutatis mutandis*.

En lo que respecta al tema de la inflación, tanto para Milton como para Rose Friedman, se trata de un fenómeno monetario, provocado por un crecimiento mayor de la cantidad de dinero que de la producción. El papel de la cantidad de dinero es el factor más importante; el de la producción, el secundario. Es un fenómeno relacionado con la impresión de billetes.³¹

De este modo, la inflación se ve desde el prisma monetario, unilateralmente. Se hace a un lado, todos los demás aspectos de la estructura económica; y, por supuesto, se hace abstracción de lo que sucede en las esferas de lo político y lo social.

Juega el monetarismo como ideología legítimamente o justificadora de la acción del Estado autoritario (ejemplos, Chile y Argentina, bajo el dominio militar), en el sentido básico de garantizar a los monopolios extranjeros y "nacionales" la libertad en el mercado y toda clase de exenciones, protecciones, privilegios tributarios, etc.

En esos países, la crisis económica y política, sigue su curso en forma acelerada. Nuestro país debe tomar esos ejemplos, para actuar con suma cautela frente a los cantos de sirena de las tesis neoliberales.

Es francamente ridícula la tesis de la libre competencia en el mundo, cuando es un hecho sabido la cartelización y las estructuras monopólicas y oligopólicas que tiene el mercado mundial.

29 Arias et al cit., pp. 164 y 165.

30 Aboites, Jaime. *La crisis de la teoría neoclásica y la enseñanza de la economía* (Tegucigalpa: "Revista centroamericana de economía", Universidad autónoma nacional de Honduras, año 2, Nos. 5 y 6, 1981, pp. 7 a 17).

31 Cf. Friedman, Milton y Rose. *La libertad de elegir*, cit., p. 363.

Bien expresa Prebisch³² que Friedman como von Hayek no quieren ver la paradoja en la que se encuentran, pues por un lado predicán la libertad económica y política; y, por otro, no quieren confesar, que en América Latina (siendo, Milton Friedman, asesor del Presidente Reagan, con más razón, ya que no puede negar conocer bien la situación, máxime cuando se sabe que estuvo en Chile asesorando —también— el gobierno del dictador de Pinochet) los gobiernos que han asumido la aplicación y la defensa de las tesis neoliberales, han sido y son las dictaduras militares.

VI) *A modo de reflexión final*

a) *La crisis es una realidad* = ello quiere decir que no estamos frente a un problema teórico, sino práctico. Que no se trata de una abstracción metodológica, sino de una realidad que hay que diagnosticar y enfrentar.

b) *Se trata de algo mucho más serio que un mero problema económico* = para un sector de economistas (los liberales y neoliberales) el problema queda reducido a los esquemas ideológicos de Friedman, v. gr. y sus tesis monetaristas. Para otro sector de economistas, el problema es económico, nada más. No quieren o no pueden darse cuenta que existen relaciones complejas entre todo lo macrosocial y sus factores políticos, sociales; y, por ende de sus elementos constitutivos en todos sus niveles: empresariales, sindicales obreros, etc.

Estos defensores interesados de las tesis neoliberales, pretenden que se les crea que la crisis es de ahora y se debe al Estado. Al negar el desarrollo del sistema económico en los países del Tercer Mundo o periferia, le están dando la espalda, con conocimiento de causa —probablemente— al peso de las estructuras de poder oligárquico y hegemónico en cada país de la periferia. La explicación es que tales ideólogos están cumpliendo su rol de legitimadores del gran capital y de esas relaciones de poder, a nivel internacional y nacional.

c) *La importancia de los factores sociales y políticos*

¿Quién puede dudar la importancia de los factores políticos y sociales en el desarrollo de la crisis actual? ¿Insistirán los neoliberales en afirmar que esos problemas, no le corresponde a la economía analizarlos? Probablemente, dirán que sí. Pero, ¿por qué si algunos de ellos reconocen lo parcial de su análisis económico y sus limitaciones connaturales, a la vez pretenden actuar como diagnosticadores de las crisis y elaboradores de políticas económicas, como si fueran panaceas? Los más prudentes confesarán ese papel relativo, limitado y parcial de sus esquemas y propuestas. Cabalmente, la idea esencial de la política económica tal y como fue planteada originalmente, sí admite ese ligamen de todos los componentes de la sociedad y de la importancia de cada uno de ellos.

32 Cf. Prebisch, Raúl. *Diálogo acerca de Friedman y Hayek, desde el punto de vista de la periferia* (Santiago, Chile: Revista de la CEPAL, N° 15, 1981, p. 182).

d) *El papel del Estado*

Obviamente, el Estado es algo mucho más complicado que una maquinaria de poder, instrumento de dominación en manos de la fracción dominante del bloque en el poder y, por ejemplo, más que un campo de fuerzas sociales o escenario de los conflictos sociales. Tampoco se trata de un árbitro que resuelve las luchas entre las clases sociales ni una instancia sin compromisos de clases.

El Estado es todo lo anterior y más que eso. Es la persona jurídica de mayor rango en el ordenamiento legal de un país. Todas las clases sociales luchan por controlar y manipular ese crucial instrumento de poder. El Estado no permanece inerte frente a esos conflictos en la sociedad. Forma parte de ellos y contribuye a su solución, complejidad y/o agudización, según el caso históricamente comprobado.

A su vez, en nuestra colectividad, el Estado —entre otras cosas— ha sido el principal empleador del país y ello ha conducido a convenciones colectivas de trabajo,³³ huelgas y mecanismos de presión de los grupos medios burocratizados,³⁴ con el pesar de los grupos hegemónicos del país.

e) *El modelo de sustitución de importaciones, en la picota*

De acuerdo con este criterio, este modelo está en crisis y agotado. Sin embargo, nació así, porque sirvió para que el capital transnacional, se sucursalizara en el país, con exenciones de impuestos y privilegios de política fiscal y tributaria de todo orden.³⁵

A pesar de ese modelo industrial de sustitución de importaciones controlado por empresas esencialmente de los Estados Unidos, la crisis permanente fue una nota característica de ese mercado;³⁶ crisis sin solución, y que —prácticamente— tiene inoperante este mercado centroamericano.

Pero, la situación se agrava más para la comunidad centroamericana, pues el capital extranjero no sólo controla ese proceso de sustitución de

33 Cf. Romero Pérez, Jorge Enrique. *Las convenciones colectivas de trabajo en el sector público* (San José: Revista de Ciencias Jurídicas, N° 44, 1981).

34 Cf. Romero Pérez, Jorge Enrique. *Las clases medias y el derecho* (Costa Rica) (San José: Revista de Ciencias Jurídicas, N° 43, 1981).

35 Cf. Lizano, Eduardo. *La crisis del proceso de integración de Centroamérica* (San José: Universidad de Costa Rica, 1965) y *La integración económica centroamericana* (México: CFE, 1975, selección de lecturas). Jonas, Susanne "La ayuda externa ayuda a la integración centroamericana" en *Estudios sociales centroamericanos*, N° 7, 1974, San José. Jonas, cit., pp. 57 y 58.

36 Flores, Max. "De la sustitución de importaciones a la sustitución de exportaciones" (Tegucigalpa: Revista centroamericana de economía, N° 7, año 3, 1982, pp. 159-160).

importaciones (con la sucursalización o formación de agencias de ese capital), sino que también está controlando el mecanismo de exportaciones, en el cual el capital transnacional tiene el poder sobre la tecnología fundamentalmente. De todas formas industrialización en manos del capital extranjero (ya sea en la manipulación de las importaciones o de las exportaciones) no significa desarrollo económico-social para los pueblos del Tercer Mundo y por ende de Costa Rica.

Se ha dicho que este modelo de sustitución de importaciones, está agotado, sin embargo, no se prueba esta afirmación. No existe un análisis en profundidad de este modelo, en nuestro país y mucho menos se ha esbozado un modelo de relevo. También, se afirma que el nuevo modelo de dominación política "vía consenso versus represión", no está elaborado, siendo necesario tenerlo a punto para las décadas venideras. Empero, no hay huellas que conduzcan a ese nuevo modelo de control político de los grupos hegemónicos.

f) ¿Crisis económica?

No se puede afirmar que la crisis costarricense, sea política, en cuanto a que exista un proceso de erosión y de deslegitimación del aparato de dominación estatal ni de los aparatos ideológicos de dominación (cf. Althusser). Todo parece indicar que la crisis es, por el momento, económica. A pesar de ello, las implicaciones en la esfera de lo político se están dando, aunque no se den, momentáneamente, los signos externos de esa descomposición del sistema político oficial.

g) Sin duda la pésima *administración Carazo* (1978-1982), contribuyó eficazmente en el desenlace de la crisis económica, no sólo por incapacidad del cuadro o cúpula de poder público vigente, sino —además— por prestarle una atención, tiempo y afanes mayúsculos a lo que acontecía en Nicaragua, durante la caída del somozato.

Endeudó al país hasta llevarlo a ocupar el primer lugar en la lista de países deudores del mundo subdesarrollado. No tuvo política económica, ni tributaria, ni fiscal ni monetaria, ni crediticia alguna. Fue un gobierno torpe y pletórico de medidas empíricas y momentáneas.

h) *La actual administración* (1982-1986) está haciendo los esfuerzos del caso por frenar la crisis. El tiempo dirá si sus políticas son eficaces o no.

i) La renegociación de la deuda externa a gobiernos y sectores privados internacionales, es una tarea inmediata del gobierno de Monge (1982-1986), la reactivación del aparato productivo y la política social son metas propuestas por esta administración.

VIII. Bibliografía básica de referencia

- Aboites, Jaime. *La crisis de la teoría neoclásica y la enseñanza de la economía*. (Tegucigalpa: Revista centroamericana de economía, Nos. 5 y 6, 1981).
- Ackley, Garner. *Teoría macroeconómica*. (México: UTEHA, 1965).
- Araya Pochet, Carlos et al. *Crisis en Costa Rica: un debate*. (San José: cuadernos centroamericanos de Ciencias Sociales, N° 8).
- Arias, Oscar. *Nuevos rumbos para el desarrollo costarricense*. (San José: EDUCA, 1979).
- Arias, Raúl et al. *El monetarismo como ideología*. (México: "Economía de América Latina", CIDE, N° 6, 1981).
- Castillo Rivas, Donald. *Acumulación de capital y empresas transnacionales en Centro América*. (México: Siglo XXI, 1980). *El capital (contenido, estructura y método)*. (San Salvador: Ed. universitaria, 1980).
- Di mare, Alberto. *El control de precios*. (San José: "Crónica", UACA, 1982, N° 3).
- Fallas, Helio. *Crisis económica en Costa Rica. Un análisis de los últimos 20 años*. (San José: Nueva década, 2ª ed. 1982).
- Flores, Max. *De la sustitución de importaciones a la sustitución de exportaciones*. (Tegucigalpa: Revista centroamericana de economía, N° 7, 1982).
- Friedman, Milton. *Capitalismo y libertad* (Madrid: Rialp, 1966). *Moneda y desarrollo económico* (Buenos Aires: Ed. Ateneo, 1976). *Inflación y empleo* (México: "Los premios nobel de economía", CFE, 1966 a 1977; 1978). *El marco teórico de Milton Friedman* (México: Ed. Premia, 1979) y Friedman, Rose *La libertad de elegir* (Grijalbo, 1980) Barcelona:
- González Flores, Alfredo. *La crisis económica de Costa Rica* (San José: 1936, s p i).
- González, Claudio. *La naturaleza de la crisis económica* (San José: revista Crónica, UACA, 1982, N° 2).
- Gramsci, Antonio. *La política y el Estado* (Barcelona: Península, 1971).
- Hart, Albert; Kenen, Peter. *Deudas monetarias y actividad económica* (México: CECSA, 1964).
- Hayden, William. *La constitucionalidad de las recientes medidas cambiarias y el tipo de cambio oficial* (San José, mimeografiado, 1981).
- Hayek, Friedrich A. *Fundamentos de la libertad* (Madrid: Unión editorial, 1975).
- Hernández, Carlos; Heilbronner, Robert. *Comprensión de la macroeconomía* (México: UTEHA, 1965).
- Lizano, Eduardo. *La crisis del proceso de integración de Centroamérica* (San José: Universidad de Costa Rica, 1965). *La integración económica centroamericana* (México: CFE, 1975, selección de lecturas).
- Mandel, Ernest. *La crisis 1974-80* (México: Era, 1980).
- OFIPLAN. *La situación económica mundial y su impacto en la economía costarricense* (San José: OFIPLAN, 1981).
- OFIPLAN. *Evolución socioeconómica de Costa Rica 1950-1980* (San José: UNED, 1982).

Poulantzas, Nicos. *Clases sociales y poder político en el Estado capitalista* (México, Siglo XXI, 1969).

Ramírez, Fco.; y Fco. Gamboa. *Crisis económica y lucha popular* (San José: Ed. Presbere, 1981).

Ramírez, Mario. *La polémica de la concentración de la tierra en Costa Rica. Mitos e ideologías sobre el desarrollo capitalista (1850-1930)* (San José: Universidad de Costa Rica, 1978).

Reuben Soto, Sergio. *Capitalismo y crisis económica en Costa Rica* (San José: Ed. Porvenir, 1982).

Rivera, Eugenio. *Crisis económica, política de estabilización y nueva hegemonía* (Tegucigalpa: Revista centroamericana de economía, N° 8, 1982). *El Fondo netario internacional y Costa Rica, 1978-1982, política económica y crisis* (San José: DEI, 1982).

Rojas, Manuel. *Patio de agua y la ideología del Partido Liberación Nacional* (San José: UNA, 1980). *Costa Rica: el fin de una era* (San José: Universidad de Costa Rica, 1982). et al. *Crisis en Costa Rica? Algunos elementos para su comprensión* (San José: cuadernos centroamericanos de ciencias sociales, N° 8, CSUCA, 1982).

Romero Pérez, Jorge Enrique. *El aporte de la CEPAL y las perspectivas del Estado nacional costarricense* (San José: Revista Judicial, N° 22, 1982). *El Partido Acción Demócrata y el reformismo* (San José: Universidad de Costa Rica, 1982). *Apuntes sobre el servicio público* (San José: Universidad de Costa Rica, 1977). *Antología sobre el servicio público* (San José: Universidad de Costa Rica, 1978). *CODESA: modalidad de la empresa pública* (San José: Revista Judicial, N° 20, 1981). *Las convenciones colectivas de trabajo en el sector público* (San José: Revista de Ciencias Jurídicas, N° 44, 1981). *Derecho y clases medias (Costa Rica)* (San José: Revista de Ciencias Jurídicas, N° 43, 1981).

Rovira, Jorge. *Estado y política en Costa Rica (1948-1970)* (San José: Ed. Porvenir, 1982).

Vargas, Thelmo. *Análisis de la crisis* (San José: publicación quincenal Contrapunto", 16 octubre 1982).

Vega Carballo, José Luis. *Hacia una interpretación del desarrollo costarricense: un ensayo sociológico* (San José: Ed. Porvenir, 1980). *Poder político y democracia en Costa Rica* (San José: Ed. Porvenir, 1982).

INDICE

| | Pág. |
|---|------|
| Presentación | 9 |
| Renuncias y limitaciones de responsabilidades en contratos públicos | |
| <i>Lic. Eduardo Ortiz</i> | 11 |
| La asistencia legal universitaria | |
| <i>Lic. Fernando Solano</i> | 57 |
| Un doble enfoque de la criminología | |
| <i>Dr. Daniel Gadea</i> | 73 |
| Responsabilidad civil por daño ambiental | |
| <i>Dr. Manuel Amador</i> | 83 |
| El derecho público y el medio ambiente en Costa Rica | |
| <i>Dr. Rafael González</i> | 99 |
| Importancia del derecho comparado | |
| <i>Dr. Diego Baudrit</i> | 113 |
| Régimen jurídico de la propiedad agraria en Costa Rica | |
| <i>Dr. Rodrigo Barahona</i> | 123 |
| Algunas notas sobre los enfoques acerca de la crisis (Costa Rica) | |
| <i>Dr. Jorge Enrique Romero Pérez</i> | 133 |