

COMITE DE ENLACE

POR EL COLEGIO DE ABOGADOS:

Lic. Alvaro Pinto López
Lic. Mario Barrantes Sáenz

POR LA FACULTAD DE DERECHO:

Lic. Eduardo Ortiz
Dr. Rodrigo Barahona
Dr. Víctor Pérez



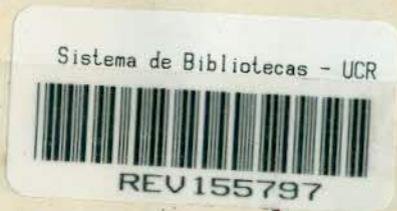
REV 155797

Director

Dr. Jorge Enrique Romero Pérez (*)

SALE DESPUES DE LAS 4PM DE CADA DIA

340 R



17550
4 DIAS

* Profesor de las Cátedras de Teoría del Estado; Derecho Público General, Licitaciones y contratos administrativos; y, Derecho Público de la Economía. Director del Instituto de Derecho Público. Ex editor de la "Revista de la Contraloría General de la República".



COLEGIO DE ABOGADOS

REVISTA DE CIENCIAS JURIDICAS

No. 25

SAN JOSE, COSTA RICA
ENERO - ABRIL
1975



RICA

REVISTA

COLEGIO DE ABOGADOS

REVISTA

DE

Ciencias Jurídicas

No. 28

Hecho el depósito de Ley

Impreso en Costa Rica



AUTORIDADES UNIVERSITARIAS

Presidente Consejo Universitario:
Dr. Sherman Thomas

Vice Rectora de Acción Social:
Licda. María E. Dengo de Vargas

Rector:
Dr. Claudio Gutiérrez

Vice Rector de Administración:
Lic. Luis Torres

Vice Rector Vida Estudiantil:
Lic. Luis F. Mayorga

Vice Rector de Docencia:
Dr. Jorge Piza Escalante

Vice Rector de Investigación:
Dr. Guillermo Chaverri

Decano de la Facultad de Derecho:
Lic. Eduardo Ortiz

Vice Decano de la Facultad de Derecho:
Dr. Fernando Mora

JUNTA DIRECTIVA ACTUAL DEL COLEGIO DE ABOGADOS

Presidente:	<i>Lic. Rodrigo Odio González</i>	Vocal:	<i>Lic. Mario Ramírez Segura</i>
Vice-Presidente:	<i>Lic. Alvaro Pinto López</i>	Vocal:	<i>Lic. Rodolfo Coto Pacheco</i>
Secretario:	<i>Lic. Rodrigo Oreamuno Blanco</i>	Vocal:	<i>Lic. Rolando Chacón Murillo</i>
Prosecretario:	<i>Lic. Fernando Albertazzi Herrera</i>	Vocal:	<i>Lic. Eduardo Aguilar Bloise</i>
Tesorero:	<i>Lic. Mario Barrantes Sáenz</i>	Vocal:	<i>Lic. Mario Gölcher Avendaño</i>
Fiscal:	<i>Lic. Miguel Valle Guzmán</i>		

*Junta Directiva que decidió la
unión de la "Revista del Colegio
de Abogados", con la de la Facul-
tad de Derecho de la Universidad
de Costa Rica.*

Presidente:	<i>Lic. Rodrigo Odio González</i>	Vocal:	<i>Lic. Fernando Valerio Sánchez</i>
Vice Presidente:	<i>Lic. Alvaro Pinto López</i>	Vocal:	<i>Lic. Mario Ramírez Segura</i>
Secretario:	<i>Lic. Rodrigo Oreamuno Blanco</i>	Vocal:	<i>Lic. Rafael Villegas Antillón</i>
Prosecretario:	<i>Lic. Alejandro Galva Jiménez</i>	Vocal:	<i>Lic. Mario Herrera Barrantes</i>
Tesorero:	<i>Lic. Mario Barrantes Sáenz</i>	Vocal:	<i>Lic. Rodrigo Montenegro Trejos</i>
Fiscal:	<i>Lic. Walter Antillón Montealegre</i>		

IN MEMORIAM

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

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

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

Dr. Jorge Enrique Romero Pérez
Director.

PRESENTACION

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

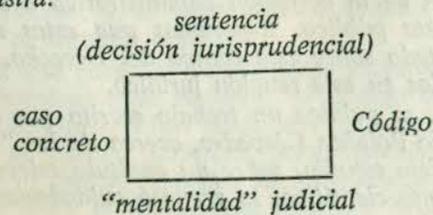
Existen varios puntos con respecto a los que deseamos escribir algunas glosas.

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

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

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

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



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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Dr. Jorge Enrique Romero Pérez,
Director.

CONGRESO JURIDICO NACIONAL 1973

DOCUMENTOS

CONFERENCIAS Y PENSAMIENTOS

COMISION DE DERECHO ADMINISTRATIVO

PONENCIA N° 1

Conviene establecer una legislación uniforme en el sistema de expropiaciones válido para todas las instituciones del Estado, y para las empresas que por ley gocen de tal privilegio.

ANTECEDENTES

El régimen de expropiaciones se regula hoy por la Ley N° 36 del 26 de junio de 1896 que prevé un sistema de expropiaciones general para cuando "se trate de llevar a cabo una obra o de llenar una necesidad cuya ejecución o satisfacción sean de las encomendadas a las autoridades o corporaciones públicas, nacionales o locales".

Esta ley no ha sido derogada expresamente, sin embargo ha entrado en desuso por haberse creado regímenes especiales en beneficio de ciertas actividades e instituciones como las que se enumeran a continuación:

- a) Ley de expropiaciones para Aeropuerto El Coco (1371 del 10 de noviembre de 1951).
- b) Expropiaciones del ICE (2292 del 10 de noviembre de 1953). Se le autoriza a utilizar el procedimiento establecido en las expropiaciones para el Aeropuerto El Coco.
- c) Expropiaciones del SNAA por ley (3489 del 29 de enero de 1965). Se le autoriza a emplear el sistema establecido para el Aeropuerto El Coco.
- d) Municipalidades. Los artículos 157, asiento 70 del Código Municipal (ley 4574 del 4 de mayo de 1970. Establecen un régimen de expropiaciones especial para las Municipalidades.
- e) Ministerio de Transportes. Por ley (1338 del 29 de agosto de 1951 "Ley de Caminos Públicos" obtuvo un proce-

dimiento especial de expropiaciones. En 1972 se dio una nueva Ley General de Caminos Públicos en la cual se repitió un régimen especial de expropiaciones para Transportes.

OTRAS EXPROPIACIONES

El procedimiento establecido por la Ley General de Caminos Públicos fue utilizado finalmente para hacer todo tipo de expropiaciones ya fueran del Ministerio de Transportes o de cualquier otro Ministerio o entidad interesada, porque el "Ministerio prestaba su procedimiento a fin de que fuera utilizado por otras entidades".

Diferencias entre los diferentes regímenes establecidos

Se distinguen dos diferencias que pueden tener alguna importancia entre el sistema general de expropiaciones y el sistema adoptado por la nueva ley de Caminos Públicos;

- a) Que la fijación del valor por el cual se debe indemnizar a los administrados corresponde a Tributación Directa, en las expropiaciones Municipales y las que hace el Ministerio de Transportes. Tal valoración corresponde al Tribunal Fiscal Administrativo en los demás casos.
- b) La Ley General de Expropiaciones establecía ciertos requisitos que debía satisfacer una obra para que la expropiación fuera justificable "por razones de orden público". Todas las leyes posteriores han omitido tales requisitos, quedando a discreción de las entidades gubernamentales apreciar la procedencia de la expropiación por causa de interés público.

CONCLUSIONES

1. Considerando que no hay diferencias de principios en la legislación de expropiaciones vigentes en Costa Rica para las distintas instituciones del Estado, que el concepto de interés público es común a cualquier institución estatal y que la determinación del precio justo es indispensable en cualquier tipo de expropiación no se justifica mantener sistemas diferentes en materia de expropiaciones razón por la cual debe crearse un régimen uniforme valedero para el Estado y sus instituciones.

II. Se insta formalmente a la Junta Directiva del Colegio de Abogados para que promueva a la mayor brevedad la redacción de un proyecto de Ley General de Expropiaciones.

Que la determinación de la suma a indemnizar tratándose de expropiaciones, en ningún caso debe condicionarse al valor que tienen los bienes a expropiar para efectos del Impuesto Territorial.

La Ley General de Caminos y la Ley del ITCO permiten expropiar inmuebles con base en el valor que tales bienes tengan para efectos de impuesto territorial; pero resulta que frecuentemente el valor registrado en Tributación Directa es inferior al valor real de los bienes por causas no imputables a los administrados razón por la cual al aplicarse dicha disposición los administrados han de recibir a cambio de sus bienes una indemnización obviamente injusta. Entre las causas por las cuales se presentan las circunstancias de que determinados bienes inmuebles aparezcan registrados por suma diferente a su valor real, está la de que Tributación Directa suele valorar deliberadamente en suma inferior al valor venal, otras veces porque no actualiza los avalúos con frecuencia suficiente.

PONENCIA N° 3

La indemnización correspondiente a personas que reciben beneficio directo de las que ejecuta el Estado, debe tomar en cuenta la magnitud de ese beneficio.

Tiene el propósito de moderar la indemnización a sus justos límites, para evitar el eventual enriquecimiento sin causa de algunas personas que después de recibir la indemnización total tienen considerable beneficio de las obras distribuidas por cuenta del Estado.

PONENCIA N° 4

En materia de indemnizaciones para efectos de expropiación el agotamiento de la vía administrativa debe hacerse ante el Tribunal Fiscal Administrativo.

Un sistema que permite mantener un saludable equilibrio entre garantías administrativas, celeridad en los trámites y justicia en las indemnizaciones, viene dado por la intervención del Tribunal Fiscal Administrativo, el cual sin necesidad de recurrir al formalismo judicial permite una fácil apelación de las indemnizaciones hechas o fijadas por Tributación Directa. El recurso se daría tanto para los órganos del Estado interesados como para los administrados. En caso de inconformidad sería posible impugnar lo resuelto por el Tribunal Fiscal ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo el cual nombrará peritos únicamente cuando lo considere indispensable pudiendo hacer la fijación con base en su propio conocimiento de la materia.

SOBRE GARANTIAS DEL ADMINISTRADO EN LA EXPROPIACION

1.—EXPLICACION.

La presente moción contiene una serie de garantías que se consideran fundamentales en la expropiación, en favor del administrado.

Omitimos cualquier explicación escrita de las mismas, por entender que son de fácil comprensión.

Sólo estimamos necesaria una consideración general: la expropiación es uno de los actos típicos de imperium, pero no puede ser admitida sino en tanto esté rodeada de ciertas garantías mínimas para el perjudicado. La expropiación no puede ser vista como una desgracia que cae sobre un propietario, sino como un procedimiento al que todos están expuestos pero sin que sus derechos puedan ser expropiados sino justamente sacrificados.

Nos hemos ocupado sólo de la situación del expropiado, es cierto. Pero es que cuando se enfrenta la autoridad a la libertad, es esta última la que merece protección, según las inspiradoras palabras de Massino Severo Giannini.

II.—En consecuencia, mociono para que se declare que:

1.—Si bien no se discute la legitimidad de la facultad expropiativa del Estado, no obstante se estima que el consiguiente procedimiento debe estar rodeado de una serie de garantías a fin de que resulte lo menos gravosa posible para el propietario.

2.—Aparte de la primera y fundamental garantía de una indemnización justa, se reconocen, entre otras, como garantías elementales:

- a. El derecho a recurrir judicialmente contra el avalúo del bien que administrativamente se hubiere fijado.
- b. El derecho a eximirse en el pago de impuestos territoriales, una vez que la Administración haya entrado en posesión del inmueble, cuando no se ha producido aún la expropiación.
- c. El derecho a recibir en forma inmediata el monto de la indemnización determinado administrativamente, sin perjuicio del reclamo por parte del expropiado de la diferencia que pueda existir a su favor.

- 1.—El decreto o acuerdo de expropiación y los avalúos administrativos deben quedar sujetos a un razonable término de caducidad.
- 2.—El procedimiento administrativo de expropiación debe quedar sujeto a un término razonable de caducidad.

PONENCIA Nº 7

Que se modifique el párrafo final del artículo 45 de la Constitución Política, en el sentido de que la indemnización debe ser previa y justa, (eliminando la referencia de "Conforme a la Ley").

PONENCIA Nº 8

CONSIDERANDO:

1) Que al unificarse en Costa Rica, por dictado de los artículos 2 y 3 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa se sujetaron a plazos cortos de caducidad todas las acciones de la jurisdicción unificada, tanto las de anulación como las de plena jurisdicción, las de derecho público como las de derecho privado.

2) Que es altamente lesivo convertir en caducidad de corto plazo la prescripción decenal que corresponde a las acciones civiles y mercantiles comunes y, en general, a las de plena jurisdicción que tengan por objeto lograr una indemnización para un derecho subjetivo violado.

3) Que, además, la caducidad de los meses para las acciones contenciosas de anulación es excesivamente drástica en contra de los derechos del ciudadano, sobre todo si se piensa que la Administración goza del plazo de cuatro años a contar de la fecha del acto para declararlo lesivo con el fin de interponer la correspondiente acción contenciosa.

RECOMIENDA:

Agregar un párrafo 5 al artículo 37 de la Ley, que diga:

5.—Los plazos de caducidad previstos en los párrafos 1 y 2 de este artículo no serán aplicables a las acciones fundadas en normas de derecho privado ni, en general, a las que tengan por objeto únicamente el pago de una indemnización por responsabilidad de la Administración, todas las cuales se regirán por los plazos de prescripción establecidos en el derecho común, contados a partir del agotamiento de la vía administrativa.

CONSIDERANDO:

1) Que los artículos 91 y siguientes de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa no permiten ni contemplan la posibilidad de la suspensión prejudicial del acto administrativo impugnado.

2) Que dicha posibilidad es indispensable por las mismas razones que justifican los demás actos prejudiciales, si surge antes del juicio la necesidad del acto o suspensión, sin la cual resultaría inútil el proceso que habría de iniciarse cuando ya sería un hecho el perjuicio irreparable o de difícil reparación.

RECOMIENDA:

Agregar un párrafo tercero al Art. 91 de la Ley, que diga:

Art. 91.3: La suspensión del acto impugnado podrá pedirse prejudicialmente, si surge antes del juicio el riesgo o amenaza de daño que justificaría la petición después de iniciado aquél. La suspensión se levantará si la acción contencioso administrativa no se interpusiere dentro de los *plazos de caducidad establecidos* en esta ley, en cuyo caso se condenará al actor al pago de las costas y de los daños y perjuicios causados.

PONENCIA N° 10

CONSIDERANDO:

1) El artículo 19.2 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, lo mismo que el artículo 37,2 *ibídem*, permiten impugnar el acuerdo expreso que dicte la Administración después de que ha guardado silencio por dos meses desde la petición o recurso del administrado, a condición de que el acto expreso de la Administración haya sido dictado dentro del año posterior a dichos dos meses.

2) Que nuestros tribunales han interpretado dichas normas en perjuicio del administrado, en el sentido de que después del año referido caduca la acción contenciosa e, incluso, la competencia administrativa para resolver el asunto.

3) Que si es correcta la interpretación jurisprudencial arriba indicada no sólo se limitan gravemente los derechos del ciudadano y su defensa, sino que se estimula la inercia ilegítima de la Administración y se permite que ésta se aproveche de su dolo y torpeza.

RECOMIENDA:

Que el aparte N° 2º, artículo 79 de la Ley Reguladora de lo Contencioso Administrativo debe leerse así:

2.—En todo caso, la denegación presunta no excluirá el deber de la Administración de dictar una resolución expresa debidamente fundada.

Que el aparte 2º del artículo 37 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa debe leerse así:

2.—En los supuestos de actos presuntos por silencio administrativo, el plazo será de un año desde el día siguiente a aquel en que se entienda desestimada la petición, salvo si con posterioridad recayere acuerdo expreso, en cuyo caso será el indicado en el párrafo anterior.

PONENCIA N° 11

CONSIDERANDO:

1. Que la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa especialmente en sus artículos 10 y 35, introdujo el sano principio de que la Administración Pública no puede ir contra sus propios actos declarativos de derechos, aun siendo inválidos, imponiéndole en este caso la carga de demandar su anulación ante los Tribunales de Justicia, previa declaratoria de lesividad al interés público.

II.—Que este principio otorga al administrado una garantía fundamental de estabilidad en sus derechos subjetivos reconocidos o declarados por la Administración, garantía que se traduce además en la ventaja procesal de ser el demandado en el llamado proceso de lesividad.

III. Que, no obstante, por jurisprudencia se ha establecido, como excepción a ese principio la potestad de la Administración para anular administrativamente sus actos declarativos de derechos, cuando éstos estén viciados de nulidad absoluta.

IV. Que, si bien teóricamente esta excepción resulta inobjetable, en virtud de que la nulidad absoluta es de orden público e insubsanable, lo cierto es que en la práctica ha servido para desvirtuar la citada garantía de estabilidad ya que basta con que la Administración alegue la existencia de un vicio de esa naturaleza para que de hecho se imponga al administrado la carga de la acción, quedando el punto para resolverse en la sentencia.

V. Que todavía contribuye más a debilitar la posición del administrado la dificultad que con frecuencia se presenta para de-

terminar si un vicio, alegado por la Administración existe y, sobre todo, si es causa de nulidad absoluta para justificar la anulación administrativa del acto declarativo de derechos.

VI. Que en otras legislaciones en las cuales se admite esa anulación administrativa, ésta se restringe a los casos en que la nulidad, además de absoluta, sea manifiesta, dándosele a esta expresión una connotación precisa en el sentido de que se trata del vicio que se hace patente de la sola confrontación del acto con el texto claro y preciso de la ley, sin necesidad de elementos de juicio extraños a los mismos ni de razonamientos complejos para detectar el vicio.

VII. Que, en consecuencia, es conveniente que se legisle para aclarar el texto actual de la Ley Reguladora e introducir mecanismos seguros y expeditos para fortalecer la indicada garantía, sin cerrar a la Administración la posibilidad de subsanar administrativamente los actos que padezcan de grosera ilegalidad.

Por tanto

RECOMIENDA:

Reformar el artículo 35 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, en los siguientes términos:

Artículo 35.1. La Administración no podrá anular administrativamente sus actos declarativos de derechos, salvo cuando éstos fueren manifiesta y absolutamente nulos, previo dictamen afirmativo de la Procuraduría General de la República o de la correspondiente asesoría jurídica. En los demás casos, la Administración deberá pretender la anulación ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa, declarándolo previamente lesivo a los intereses públicos, económicos o de otra naturaleza en el plazo de cuatro años, a contar de la fecha en que hubiere sido dictado.

2. (No se modifica).

3. Si el titular de un derecho subjetivo derivado del acto anulado administrativamente, se opusiere, (como acto prejudicial * o) al interponer la acción que corresponda, alegando que la nulidad pretendida por la Administración, no es manifiesta, los Tribunales de lo Contencioso Administrativo resolverán el punto interlocutoriamente, como artículo de previo y especial pronunciamiento, y si declararen con lugar la oposición anularán el acto anulatorio y repondrán el anulado, condenando a la Administración al pago de las costas, daños y perjuicios causados, los cuales se liquidarán en ejecución de lo resuelto.

* Se sugiere eliminar "como acto prejudicial".

COMISION DE DERECHO COMERCIAL

Nº 1

Se recomienda la creación de un impuesto para aumentar los ingresos de la Universidad de Costa Rica. El nuevo tributo no tendrá el carácter de sustitutivo del actual impuesto de timbre universitario.

Nº 2

Se recomienda solicitar al Colegio de Abogados su intervención a fin de que el Código de Comercio sea revisado y actualizado.

Nº 3

Se recomienda solicitar al Colegio de Abogados la organización de un Congreso o Seminario dedicado al estudio de la reforma a la Sociedad Anónima.

Nº 4

SE RECOMIENDA:

PRIMERO.—Patrocinar la promulgación de una ley de Corporaciones internacionales por el inmenso beneficio que le puede traer al país.

SEGUNDO.—Que el Colegio de Abogados nombre una Comisión que trabaje con la correspondiente de la Asamblea Legislativa para que estudie y promueva la promulgación de dicha ley de Corporaciones Internacionales y la dé a conocer a la opinión pública.

PONENCIA N° 5

Se recomienda por ser de interés público, se promulgue una ley que establezca que las empresas comerciales que gocen de una concesión administrativa o de una garantía estatal (aval) no puedan tener acciones al portador sino únicamente nominativas.

PONENCIA N° 6

Se recomienda instar al Poder Ejecutivo y al Banco Central de Costa Rica a fin de que se ponga en operación una Bolsa de Valores.

PONENCIA N° 7

Se recomienda formular atenta excitativa a la Asamblea Legislativa, al Poder Ejecutivo y al Colegio de Abogados, para que integren una comisión, que se encargue de redactar un proyecto de ley, tendiente a reformar el régimen de sociedades y empresas individual de responsabilidad limitada costarricense tomando en cuenta, entre otras, las sugerencias contenidas en la ponencia presentada a este Congreso por los licenciados Rodrigo Oreamuno Blanco y Rodrigo Arias Sánchez.

COMISION DE DERECHO CONSTITUCIONAL

Informe del Relator.

La Comisión de Derecho Constitucional celebró cinco sesiones, con la presencia de once abogados y de nueve estudiantes de Derecho.

En su primera sesión se instaló el directorio. Fueron designados los señores Licenciados Hernando Arias Gómez como Presidente; Jesús Murillo Gutiérrez, como Secretario y Fernando Volio Jiménez como Relator.

El tema "*El Derecho de Respuesta y la Ley de Imprenta*", fue examinado con base en la única ponencia presentada que suscribieron los Licenciados don Nilo Arce Rodríguez, don Hernando Arias Gómez, don Jesús Murillo Gutiérrez y don Joaquín Vargas Gené. Junto a la indicada ponencia se estudió también el trabajo del Relator, lo mismo que los proyectos de ley en consideración de la Asamblea Legislativa, propuestos por el diputado Manuel Carballo Quintana y otros de sus compañeros; por el Colegio de Periodistas y por el Sindicato de Periodistas. El primero de esos proyectos se conoce como "*Ley de Derecho de Respuesta por medio de la Prensa, la Radio y la Televisión*"; el segundo como "*Ley de Publicaciones Periódicas*", y el tercero como "*Ley de Emisión del Pensamiento*".

1.—Hubo consenso favorable para recomendar al plenario del Congreso el nombramiento de una Comisión, por parte del Colegio de Abogados, con el fin de preparar en un plazo máximo de seis meses a partir de su instalación, un proyecto de ley, que podría llamarse "*De la libre publicación del pensamiento*". El proyecto sustituirá a la actual legislación referente a los medios de comunicación colectiva. Se manifestó también que dicho proyecto sea conocido por una Asamblea Extraordinaria del Colegio de Abogados, el cual antes de celebrarla deberá dar aviso a los abogados y estudiantes de Derecho de que existe el Proyecto y que se recibirá por escrito toda sugerencia que tengan interés en presentar. Para tal con-

sulta el Colegio concederá un plazo prudencial. El Colegio posteriormente enviará a la Asamblea Legislativa el Proyecto que en definitiva sea aprobado en la Asamblea Extraordinaria. Se acordó también solicitarle a la Asamblea Legislativa, en esa oportunidad, que el proyecto, junto con los ya presentados a su consideración, sea estudiado por una Comisión Mixta de Diputados y Abogados designados por el Colegio a solicitud de la Asamblea Legislativa.

2.—Se discutió si la reglamentación del derecho de rectificación o respuesta, consagrado por el artículo 14 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos, ratificada por Costa Rica, debería dejarse a una ley especial o si, al contrario, convenía más preparar una ley que abarcara todos los aspectos de la emisión o publicación del pensamiento, incluido lo concerniente a la precitada norma del artículo 14. Se logró un consenso favorable a la última alternativa, con la condición de que en la ley general se destine un título o un capítulo especial para el derecho de rectificación y respuesta. Se puso énfasis asimismo, en la necesidad de que la citada reglamentación fortaleciera los conceptos del artículo 14, en vez de debilitarlos.

3.—Se convino, además, en que la Comisión redactora del proyecto propuesto tuviera en cuenta entre otras, las siguientes condiciones para el ejercicio eficaz del derecho de rectificación y respuesta.

4).—

A) La persona afectada podrá anunciar al director del medio que rectificará o responderá una información aparecida en ese medio. El anuncio podrá hacerse por la vía telegráfica. El director del medio insertará entonces el anuncio al día siguiente de su recibo en una sección especial destinada a esa clase de anuncios breves, en forma gratuita.

B) Hecho el anuncio, la persona afectada dispondrá de un tiempo prudencial, amplio en todo caso, para hacer llegar al medio su rectificación o respuesta.

C) El director deberá insertar la contestación dentro de los tres días siguientes a su recibo, si el medio fuese diario o en el siguiente número si no lo fuese.

CH) La inserción será gratuita.

D) Se deberán establecer con claridad los motivos en que podrá el director fundar una negativa a insertar la rectificación o respuesta.

E) Si el director negare la inserción o cobrare por ella, la persona afectada podrá hacer uso de inmediato de la acción de inserción forzada, inclusive por la vía telegráfica.

F) Deberá ser un tribunal colegiado el que ventile la referida acción. Se recomienda que se le asigne tal deber a los Tribunales Superiores Penales, porque no tienen competencia en procesos por injuria, calumnia o difamación tipificadas por el Código Penal y conviene que sea un tribunal de alta jerarquía el que conozca de

la acción de inserción forzada en los medios de comunicación colectiva.

G) Las resoluciones del tribunal no tendrán alzada, por la índole de la acción dicha.

H) El procedimiento para ejercitar tal acción deberá ser sumarísimo y oral. El Tribunal citará a las partes para el juicio dentro de las siguientes 24 horas a la recepción de la queja del afectado y dictará su resolución inmediatamente después de terminado el juicio verbal correspondiente o 24 horas después pero sólo en casos de especial gravedad, según el criterio del tribunal.

I) La rectificación o respuesta deberá ser insertada, de ser preferible en el mismo espacio donde se publicó la información que le dio origen, o en su defecto en otro igualmente destacado.

J) La extensión de la respuesta no deberá ser mayor de dos cuartillas, de ocho y media pulgadas por once, escritas a máquina y a doble espacio, en el caso de la prensa escrita. En la radiada o televisada no excederá de cinco minutos.

K) La rectificación o respuesta deberá referirse en forma clara y específica a la información original.

L) Deberá fijarse un plazo amplio para el ejercicio del derecho de rectificación o respuesta. Vencido el plazo caducará el derecho.

M) La ley contemplará una sanción adicional para la parte perdedora.

5) Quedó claro entre los participantes que las anteriores condiciones se citan a manera de ejemplo y como guía para la Comisión que llegare a instalarse. Por la especial importancia del derecho en examen, su reglamentación conviene que sea pormenorizada, a fin de resguardar tanto los intereses de los individuos, cuanto los de una prensa libre y responsable.

6) Hubo consenso también en el sentido de que tan pronto como se logre una adecuada reglamentación del derecho de rectificación y respuesta, ya incorporado al ordenamiento jurídico de Costa Rica, el tradicional buen sentido común de los costarricenses se impondrá sobre las desviaciones que pudieren presentarse en el ejercicio de tal derecho. Se acordó igualmente solicitarle atentamente al Poder Ejecutivo y a la Asamblea Legislativa, la suspensión del trámite de los proyectos de ley que sobre esta materia se hubieren presentado.

7) Se convino por último, en que tanto la ponencia original de los Licenciados Arce, Arias, Murillo y Vargas, como el estudio del Licenciado Volio y los proyectos en trámite en la Asamblea Legislativa sean remitidos a la Comisión que se forme, como elementos de juicio.

8) En consecuencia, la Comisión de Derecho Constitucional recomienda que el plenario del Congreso Jurídico apruebe íntegramente los acuerdos o conclusiones que anteceden.

COMISION DE FILOSOFIA DEL DERECHO

CONSIDERANDO

Primero: Que la Comisión ha tomado conciencia de que es una realidad que el abogado, en su mayoría, no cumple el papel que le corresponde en la sociedad costarricense de hoy, ya que no participa en forma adecuada en la evolución y transformación que esta sociedad experimenta en la actualidad.

Segundo: Que es incuestionable que la aspiración de las grandes mayorías nacionales se orienta a procurar que esa evolución y transformación se realice por los cauces jurídicos y esencialmente democráticos, que caracterizan el ESTADO DE DERECHO que vive Costa Rica.

Tercero: Dado que el Derecho no se agota en la forma (manifiestativa, consuetudinaria o simbólica legislativa) sino que tiene una significación sustancial, en cuanto todo efecto jurídico representa la solución que el ordenamiento da a un determinado problema (o conflicto de intereses). La función del abogado no se puede limitar al hábil manejo de formas jurídicas, sino que debe referirse fundamentalmente al contenido sustancial de las mismas.

En todas las ramas de la profesión el abogado debe ser, en consecuencia el conocedor de los conflictos de intereses realmente existentes en la sociedad y además, el sujeto a quien corresponde la valoración jurídica de los mismos.

Nuestra profesión abre básicamente cuatro campos:

- a) Legislativo: análisis de los conflictos de intereses y valoración política de sus soluciones mediante la atribución de defectos jurídicos.
- b) Jurisdiccional: estudio y resolución de concretos conflictos de intereses.
- c) El campo del litigio: defensa de determinados intereses en conflicto.

d) El campo de la investigación que a su vez se subdivide en tres campos según el punto subjetivo de incidencia.

- 1) Labor doctrinaria (dirigida en general a todos los juristas).
- 2) Labor docente (dirigida a los estudiantes).
- 3) Labor consultiva (dirigida a determinados sujetos para responder sobre precisos problemas jurídicos).

En consecuencia la profesión del abogado requiere en todos sus campos no sólo el conocimiento de las fórmulas normativas, sino, especialmente, el conocimiento de su significación sustancial: por ello se presenta como una exigencia fundamental la toma de conciencia, por parte del jurista de la problemática actual con sus múltiples intereses en juego. Dado que los intereses sociales son cambiantes, también mutables han de ser sus soluciones. Todo efecto jurídico responde o al menos debería responder, a una problemática concreta y es, en este sentido, circunstancial.

En consecuencia, la profesión del abogado requiere en todos la mutabilidad de las normas, sino principalmente de la comprensión sustancial de tales cambios y cuando éstos no ocurran siendo socialmente necesarios, es deber del jurista adecuar la respuesta del derecho a las exigencias reales de la sociedad. Es en este sentido que no sólo se justifica plenamente, sino que además se presenta como un deber inderogable, el papel del jurista en cuanto luchador en aras de la solución justa de los problemas sociales en función de criterios orientadores.

Cuarto: Que para alcanzar estos logros, la Comisión estima indispensable mejorar la formación profesional del abogado, estimular sus virtudes cívicas y lograr así su participación en beneficio de la Comunidad, para lo cual deberá dotarse al Colegio de Abogados de los medios y elementos necesarios para colaborar con su aporte técnico en la elaboración y formulación de normas jurídicas que requieren en forma urgente el desarrollo y el progreso del país.

Quinto: Dado que las relaciones abogado-sociedad pueden ser estudiadas desde diversos puntos de vista: uno de ellos es el punto de vista histórico, el sociológico-económico (que consiste en la determinación de su rol social en el presente); existe además una tercera posibilidad: el punto de vista deontológico.

Desde el punto de vista deontológico lo que interesa determinar es cuál *debe ser* el papel del jurista frente a la sociedad, esto es, cuál es su responsabilidad en cuanto jurista.

Consideramos que la responsabilidad básica del jurista es la adecuación de los valores jurídicos a las necesidades reales. Esta responsabilidad así genéricamente planteada se especifica en los diversos momentos de su cumplimiento.

- 1) En un primer momento se presenta la exigencia de estudio de las necesidades jurídicamente relevantes en las diversas es-

feras en que éstas pueden presentarse (física, orgánica, de conciencia empírica y de conciencia superior).

Para el estudio de las necesidades que se presentan en las distintas esferas, debe promoverse la formación de profesionales con conocimiento de metodología de las ciencias sociales. Asimismo debe promoverse la colaboración interdisciplinaria. Todo lo anterior con el objeto de obtener una determinación realista de la problemática social (en cuanto a sus diversas interrelaciones derecho-sociedad-economía-política, etc.), mediante el uso de una metodología sustancial.

- 2) En un segundo momento se presenta la exigencia de estudio de la satisfacción más adecuada a la necesidad (momento valorativo).
- 3) La formulación jurídica. Ejemplo: dados tales intereses (figura causal) debe o puede realizarse tal comportamiento para satisfacerlos (figura efectual).

POR TANTO:

La Comisión acuerda proponer al Congreso Jurídico Nacional 1973 que resuelva:

Primero.—Que se recomiende al Colegio que con el objeto de que el abogado sea un hombre presente en su tiempo, se estimulen su espíritu cívico e inquietudes sociales, instándolos a participar en forma activa en el desarrollo actual y futuro de Costa Rica, y además a que dediquen parte de su tiempo al servicio de la comunidad, para que cumplan así con el deber que contrajeron con la Patria, al obtener la formación profesional que poseen y a la que deben honrar con su conducta, su entrega desinteresada y su ejemplo.

Con el fin de hacer efectivo el anterior principio y lograr así que exista una mayor conciencia de las exigencias sociales de la profesión del abogado, el Colegio debe proponer y patrocinar con la adecuada utilización de sus medios, en forma incesante, actividades a ello dirigidas, tales como congresos jurídicos específicos, información periódica a los abogados sobre los problemas nacionales y su significación jurídica y en forma especial, sobre las actividades de instituciones de interés social para su participación en las mismas, conferencias, seminarios, actualización de la biblioteca del Colegio, becas anuales para estudios de especialización, algunas de las cuales servirán para el programa de formación de profesores de la Facultad de Derecho, concursos de producción científica y toda otra actividad que la Directiva del Colegio considere oportuna.

Segundo.—Que se recomiende al Colegio de Abogados adecuar su formación orgánica para poder crear una o más Comisiones de investigación para sugerir y proponer los proyectos de ley, analizar los asuntos de interés nacional (las disposiciones que se dicten en asuntos de interés nacional) y dar a conocer así al país el pensamiento vivo del gremio. El Colegio deberá nombrar un profesional remunerado, que deberá laborar a tiempo completo, para poder coordinar y proporcionar los elementos de trabajo que requieran las referidas comisiones.

Tercero.—Que se recomiende a la Universidad de Costa Rica la creación en la *Facultad de Derecho* de la Cátedra de Ética Profesional o Deontología Jurídica para la mejor formación de los profesionales en Derecho y la organización de una Sección Doctoral, donde los abogados puedan realizar estudios de postgraduado para optar al grado de Doctor en Derecho, con especialización en disciplinas jurídicas de interés nacional. Proponer a la Facultad de Derecho que, sin perjuicio del estudio específico, técnico y científico que cada materia exige, debe prevalecer la preocupación del maestro por impartirle a sus respectivos cursos el tono humanístico y ético que la disciplina del derecho debe tener siempre. A su vez, la creación de las cátedras y la profundización de las existentes que tengan que ver con los grandes o graves problemas de nuestro pueblo, y los de las colectividades humanas en general. Que se le recomiende, además, la adaptación del currículum de estudios, para formar profesionales que conozcan con mayor profundidad las técnicas de investigación social.

Cuarto.—Que se dirija atenta instancia al Ministerio de Relaciones Exteriores, a fin de que someta al conocimiento del Colegio la disponibilidad de becas que se ofrezcan sobre materia jurídica.

COMISION DE DERECHO JUDICIAL

PONENCIA N° 1

PROYECTO DE DECLARACION

Este Congreso estima que la creación y funcionamiento del Organismo de Investigación Judicial no contraviene lo dispuesto en los artículos 9°, 139 incisos 3° y 16 y 140, inciso 1° de la Constitución Política, por ser —conforme lo distingue claramente la doctrina— sus funciones totalmente distintas de las que corresponden a las fuerzas de policía que para la vigilancia y conservación del orden público prevé el artículo 12 idem. Al contrario su creación y funcionamiento, como órgano auxiliar de los Tribunales de Justicia, están autorizados por el artículo 153 de la Constitución Política.

PONENCIA N° 2

La Comisión de Derecho Judicial recomienda que el texto de los capítulos I y II del Proyecto de Ley Orgánica del Organismo de Investigación Judicial, con las enmiendas y modificaciones hechas por esta Comisión, se apruebe y se eleve al plenario.

LEY ORGANICA DEL ORGANISMO DE INVESTIGACION JUDICIAL

Capítulo I

CREACION Y FINES

Artículo 1°—Créase el organismo de Investigación Judicial dependiente de la Corte Suprema de Justicia, con jurisdicción en toda la República.

Tendrá su sede en la ciudad de San José, pero se podrán establecer las delegaciones provinciales o regionales que se estimen convenientes, a juicio de la Corte.

Será auxiliar de los tribunales penales y del Ministerio Público en el descubrimiento y verificación científica de los delitos y de sus presuntos responsables. Será, asimismo, cuerpo de consulta de los demás tribunales del país.

Artículo 2°—El Organismo de Investigación Judicial cumplirá con las funciones *inherentes al mismo*, que esta y otras leyes le atribuyan, y deberá también ejecutar las órdenes y demás peticiones de los tribunales de justicia.

Capítulo II

ATRIBUCIONES

Artículo 3°—El Organismo de Investigación Judicial, por iniciativa propia, por denuncia o por orden de autoridad competente, procederá a investigar los delitos cometidos de acción pública, a impedir que los hechos cometidos sean llevados a consecuencias ulteriores, a identificar y a aprehender preventivamente a los presuntos culpables, y a reunir, asegurar y ordenar científicamente las pruebas y demás antecedentes necesarios para la investigación.

Si el delito fuere de acción o instancia privada, sólo actuará en acatamiento a orden de autoridad competente, que indique haber recibido la denuncia o acusación de persona legalmente facultada.

Artículo 4°—El Organismo tendrá, entre otras que legalmente le sean señaladas, las siguientes atribuciones:

- 1° recibir denuncias
- 2° cuidar que se conserve todo lo relacionado con el hecho punible y que el estado de las cosas no se modifique hasta que llegue al lugar la autoridad competente. No obstante, cuando se tratare de heridos, tomará las medidas necesarias para su curación, trasladándolos inmediatamente a donde se les preste auxilio. Mientras *no llegue* al lugar de los hechos la respectiva autoridad, los miembros del Organismo practicarán las diligencias técnicas de su incumbencia que consideren necesarias para el éxito de la investigación;
- 3° Ordenar, si es necesario, la clausura del local en que se ejecutó el delito, o en que se suponga, por vehementes indicios, que alguno se ha cometido; que ninguna persona se aparte o ingrese al local o lugar y sus inmediaciones.

nes antes de concluir las primeras diligencias, pudiendo ordenarse que no se ausenten las personas que hubieren sido habidas en el lugar del delito y cuyas declaraciones puedan ser útiles para el éxito de la investigación.

- 4º hacer constar el estado de las personas, cosas y lugares, mediante los exámenes, inspecciones, planos, fotografías y demás operaciones técnicas aconsejables;
- 5º recoger todas las pruebas y demás antecedentes, que tengan importancia en el caso;
- 6º proceder a la aprehensión de los presuntos culpables. Sin embargo, todo el que fuere detenido deberá ser puesto a la orden de la autoridad judicial competente, dentro del término perentorio de 24 horas. Si en el curso de su detención y mientras no esté a la orden de la autoridad judicial, se desvirtuaren en cualquier forma los indicios de su culpabilidad, será puesto de inmediato en libertad; *con este objeto todas las horas son hábiles. Será responsable de delito, conforme al artículo 190 del Código Penal, el funcionario que incumpliere con la obligación de poner al detenido a la orden de la autoridad judicial competente, en el término anteriormente establecido;*
- 7º disponer la incomunicación, por resolución escrita, de los presuntos culpables, para evitar que puedan ponerse de acuerdo con terceras personas que entorpezcan la investigación. Tal resolución se pondrá, de inmediato, en conocimiento de la autoridad competente. La incomunicación no podrá exceder de 48 horas sin orden del respectivo Juez y, en todo caso, deberá ajustarse estrictamente a los requisitos de ley. *Transcurrido ese lapso, si no hubiere sido prorrogado por orden judicial, no se le podrá impedir al detenido entrevistarse con su abogado defensor.* Los menores de 17 años sujetos a investigación no podrán ser incomunicados en ningún caso;
- 8º recibir declaración del imputado en la forma y con las garantías que establece la ley;
- 9º proceder a interrogar a todas las personas que pudieran aportar datos de interés a la investigación, practicando los reconocimientos, reconstrucciones, inspecciones y confrontaciones convenientes;
- 11º practicar peritaciones de toda naturaleza, solicitando la colaboración de *expertos en la materia*, cuando se requieran conocimientos científicos especiales, los cuales no podrán negar su cooperación. Asimismo, puede solicitar la asistencia de intérpretes, cuando fuere necesario, los que tampoco podrán negar su colaboración. Tales *expertos* e intérpretes prestarán juramento de cumplir bien y lealmente su encargo y de guardar secreto sobre la materia en que intervinieron;

12º proceder a los registros, allanamientos y requisas que fueren necesarios para la buena marcha de las investigaciones, con las formalidades que describe el Código Procesal Penal; y

13º solicitar la colaboración de otras autoridades, las que no podrán negarla. La policía administrativa actuará siempre que no pueda hacerlo inmediatamente *el Organismo de Investigación Judicial, pero desde que éste intervenga, dicha policía será su auxiliar.* En casos urgentes o cuando cumpla órdenes de autoridades judiciales, la policía administrativa tendrá las mismas atribuciones que las del Organismo Judicial.

Artículo 5º—Inmediatamente después que el Organismo tenga noticia de la comisión de un delito se trasladará, sin demora alguna, al lugar del suceso, y dará aviso a la autoridad judicial competente; recogerá los objetos, armas e instrumentos que hubieren servido o estuvieren preparados para la comisión del hecho y cualesquiera otros que puedan servir para la investigación; y realizará todas las demás diligencias procedentes que fueren necesarias para hacer efectivo su cometido.

Artículo 6º—Cuando en el curso de una investigación se expidiere orden de presentación a una persona que tenga conocimiento de hechos o circunstancias que en cualquier forma puedan ayudar a la investigación y fuere impostergradable su declaración para el éxito de la misma, se dispondrá su comparecencia en forma inmediata.

En igual forma se procederá si, habiéndosele otorgado un plazo para comparecer, no acatare a tiempo la orden, salvo justa causa.

Artículo 7º—Los miembros del Organismo no podrán abrir ni imponerse del contenido de la correspondencia que recojan para efectos de investigación, sin previa autorización del tribunal competente. En los casos urgentes podrán acudir a la autoridad judicial más cercana, la que autorizará la apertura y lectura, si lo creyere oportuno.

Artículo 8º—El Organismo practicará todas las investigaciones y diligencias que juzgue oportunas para la comprobación del delito o identificación del delincuente, observando las normas de la instrucción. Dentro del plazo de 8 días, contados desde el inicio de la investigación, deberán remitirse a la autoridad competente las actuaciones que hubiere realizado y se pondrán a su orden los objetos e instrumentos del delito y demás pruebas judiciales del caso; el tribunal podrá prorrogar prudencialmente el plazo cuando la investigación sea completa o existan obstáculos insalvables.

Una vez enviadas las actuaciones efectuadas por el Organismo, éste continuará como auxiliar de las respectivas autoridades hasta finalizar la instrucción pero no podrá sostener conflicto con ellas, cuyas disposiciones debe acatar.

Artículo 9º—El Organismo dejará constancia de las cosas, hechos o circunstancias de interés en la investigación, por medio de memorias, informes, diseños y cualesquiera otros medios científicos, tales como fotografías, fotocopias, cintas magnetofónicas, diagramas, planos, etc.

Los elementos de prueba así obtenidos deberán ser individualizados y asegurados, para efectos de garantizar la veracidad de lo que hacen constar, por medio de una razón que indique el lugar, día, hora y circunstancias en que se obtuvo firmada por el funcionario o funcionarios responsables de su obtención, y debidamente sellada. En casos especiales serán, además, asegurados con lacre.

Artículo 10º—Las diligencias que, según lo dicho en los artículos anteriores, practique el Organismo, formarán el encabezamiento del proceso o se acumularán a éste, si ya estuviere en curso; no necesitarán de ratificación sin perjuicio de que el juez ordene que se practiquen de nuevo cuando lo considere pertinente.

PONENCIA Nº 3

SE RECOMIENDA:

Que las ponencias aprobadas en su seno, y que se refieren a modificaciones de textos legales y proyectos de ley en trámite, se sometan a conocimiento de la Corte Suprema de Justicia, *en razón de la necesidad de coordinar toda la legislación que se busca promulgar en pro de la administración de la Justicia Penal.*

PONENCIA Nº 4

La Comisión de Derecho Judicial recomienda incorporar al proyecto de Ley Orgánica del Organismo de Investigación Judicial, las enmiendas y reformas que se puntualizan en la ponencia suscrita por los Licenciados Alvaro Ciro Vargas Bejarano y Marco Antonio Jiménez Madriz, la cual se adjunta.

INFORME DE LA SUBCOMISION ENCARGADA DEL ESTUDIO DE:

“Relación del Proyecto de la Policía Judicial con la Ley Orgánica del Poder Judicial y el Estatuto de Servicio Judicial”.

*Lics. Alvaro Ciro Vargas Bejarano
Marco Antonio Jiménez Madriz*

CAPITULO PRIMERO

El enfoque respecto de las leyes sustantivas: Ley Orgánica del Poder Judicial y Estatuto de Servicio Judicial, nos permite señalar los siguientes matices:

Artículo 12.—(L.O. del O.I.J.).-En su primer párrafo señala que “Los funcionarios y empleados del Organismo deberán ser mayores de edad...”

COMENTARIO:

El artículo 14 de la Ley Orgánica del Poder Judicial establece respecto de caso similar: “No pueden ser nombrados para desempeñar cargos o empleos judiciales, los sordos, los mudos, los ciegos y demás impedidos física o intelectualmente, LOS MENORES DE DIECIOCHO AÑOS y los que no sean costarricenses, los que estuvieren sufriendo...” El Estatuto de Servicio Judicial por su parte, establece en el artículo 18 en lo de interés: “Para ingresar al Servicio Judicial se requiere: a) Tener dieciocho años, o ser mayor de edad, si se tratare de funcionarios;...” Como se desprende de la transcripción

de esas disposiciones, ambas contienen requisitos concretos, pareciendo no ajustable a la realidad la diferencia que consigna el proyecto en análisis. Lo recomendable es que ese primer párrafo se lea así: "LOS FUNCIONARIOS Y EMPLEADOS DEL ORGANISMO DEBERAN SER NO MENORES DE DIECIOCHO AÑOS..."

El párrafo segundo del mismo artículo en análisis establece: "El Director, Subdirector y los Jefes Departamentales son de libre elección de la Corte; los demás funcionarios y empleados serán nombrados por la Corte dentro de una terna que proponga la Dirección General".

COMENTARIO:

Esa disposición resulta opuesta a la idea de no discriminación dentro del ramo laboral. Efectivamente, el Estatuto de Servicio Judicial, señala en el mismo artículo 18 que establece los requisitos para ingresar al Servicio Judicial: a)... b)... c) Llenar los requisitos que establezca el Manual de Clasificación para la clase de puesto de que se trate"... ch)... d)... e) Ser escogido de la terna enviada por el Departamento de Personal cuando proceda".

De lo anterior se infiere que si existe una regulación de tipo general para el ingreso a cualquiera de las dependencias del Poder Judicial, esa situación de privilegio o preferencia que aparece en el proyecto en examen, no tiene razón de ser. Puede aceptarse el que la Corte tenga libertad de acción para designar al Director y el Subdirector. Pero en lo tocante a los Jefes Departamentales y demás funcionarios y empleados, existen disposiciones concretas en el Estatuto que obligan a examen y demostrar el grado de idoneidad. El inciso d) del artículo supratranscrito del Estatuto, dice: "Demostrar idoneidad, sometándose a las pruebas, exámenes o concursos que esta ley disponga, o determine el Departamento de Personal". Precisamente por tratarse de que el Organismo es una sección especializada, no se ve razón para dejar sin prueba a quienes aspiren a ocupar un cargo, o que se deje al buen criterio de los jefes altos la imposición de ternas, o que la Corte Plena no cuente con elementos de juicio en la elección de los altos funcionarios. Precisamente una de las preocupaciones que tuvo con más intensidad el lote de empleados judiciales cuando se discutió el Proyecto de Estatuto de Servicio Judicial, fue el artículo 21 que dejaba una "facultad" de dar prioridad, puerta que ha permitido que mucho servidor judicial no alcance ascenso en algunas oportunidades. Resulta ocioso señalar que la especialización que un grupo de servidores judiciales ha ido a adquirir en el extranjero, es credencial meritoria y suficiente para que en la primera nominación se les dé preferencia. Pareciera que la redacción de ese artículo ha sido inspirada con base en esa primaria elección, sin embargo, debe tomarse en cuenta que en el futuro, ya en pleno vigor de su vida el Organismo, habrá vacantes que no pueden ni deben llenarse con liberalidad. Incluso,

esa "libre elección" de los supremos guidores, constituye un compromiso para los señores Magistrados de la Corte Plena. Existiendo la traba de la previa prueba y demostración de idoneidad, o la comprobación por atestado de los méritos, será más beneficiosa para el nuevo servicio. Por esa razón, recomendamos que se redacte ese párrafo en la siguiente forma: "El Director y el Subdirector serán escogidos por la Corte Plena de la terna que al efecto elabore la comisión especial de Magistrados que se integre conforme al artículo 73 del Estatuto de Servicio Judicial. Los Jefes Departamentales y demás funcionarios y empleados serán nombrados conforme al Capítulo VI del citado Estatuto". Finalmente cabe señalar en punto a este primer análisis, que siendo de aplicación general el Estatuto de Servicio Judicial, no puede dejarse sin efecto, para un departamento específico del Poder Judicial, el artículo 32 que a la letra dice: "Será nulo cualquier nombramiento que se haga en contra de esta ley; pero si el empleado o funcionario hubiere desempeñado el cargo o función, sus actuaciones que se ajusten a la ley serán válidas" (esto último, agregamos finalmente, debe ser la excepción).

Artículo 13.—(L.O. del O.I.J.).—Resulta curiosa la regulación de fianzas que contiene este artículo, en cuanto a los cargos de Director y Subdirector, por veinte mil y para Jefes de Delegación por diez mil colones, puesto que superan las que deben rendir otros funcionarios altos del ramo judicial, sin que se vea la razón de tal desproporción. El artículo 21 de la L. O. P. J. impone caución a los Magistrados, por diez mil colones; Jueces por cinco mil colones, etc. Siendo el Director del Organismo un funcionario en nivel jerárquico, inferior al de Magistrado, no se ve razón para que aquél deba caucionar en mayor grado que los segundos. Cierto es que el Organismo tendrá una función especializada, pero no debe olvidarse que igualmente tienen funciones especializadas los señores Magistrados, los Jueces, Alcaldes, etc. sin que por razón alguna, deba ponderarse sólo en privilegio de un departamento del Poder Judicial. Vale entonces revisar los montos de las fianzas y, en todo caso, lo más técnico es modificar la Ley Orgánica del Poder Judicial en su artículo 21, para incluir en él a los funcionarios nuevos y consignar en el artículo 13 del Proyecto del Organismo, que: "El Director, el Subdirector y los Jefes de Delegación, deberán rendir caución conforme al artículo 21 de la Ley Orgánica del Poder Judicial".

CAPITULO SEGUNDO

El Capítulo IV del Proyecto se refiere a la Dirección General y también contiene disposiciones de orden laboral que merecen análisis dentro de este estudio, porque vienen a destacar en forma clara,

que el proyecto en referencia, está creando un Departamento privilegiado dentro del Poder Judicial, lo que resulta desde todo punto de vista inconveniente, porque aparte de que resta autoridad a la Corte Plena —máxima entidad— le da fuerza como patrono, a una acción que debe merecer igual trato que las demás de la Corte Suprema de Justicia, con lo que, al no procederse así, se viene a crear una duplicidad de atribuciones que en cualquier momento en el futuro, será motivo de disensiones, interpretaciones y planteamientos judiciales en los Tribunales de Trabajo que es preferible evitar a tiempo.

El artículo 17 establece así: “son funciones de la Dirección General:... 7º) aplicar el régimen disciplinario, cuando le corresponda”.

COMENTARIO:

La citada disposición, que en apariencia no tiene novedad, resulta de mucha amplitud, porque no quiere señalar que el régimen disciplinario lo aplica la Dirección General cuando le corresponda “con arreglo a la Ley Orgánica del Poder Judicial” que es lo correcto, sino que deja con total independencia ese sistema de sanciones al buen criterio y oportunidad, sea, en forma independiente de la Corte Plena. El problema que podría presentarse el día de mañana con un empleado del Organismo es muy corriente: se le aplica suspensión de ocho días, el trabajador tiene derecho a recurrir esa sanción; sin embargo, como se verá posteriormente, está impedido de hacerlo, porque el mando supremo del Organismo, es absoluto en todas las sanciones, excepto en cuanto a “revocatoria del nombramiento”. Sea, que dentro del Poder Judicial existen dos entidades perfectamente definidas y poderosas que van a competir en la aplicación del régimen disciplinario, con idéntica categoría, no obstante que el uno es subalterno del otro. Resulta más sencillo y conveniente entonces, mantener dentro del nuevo departamento, la disposición que contiene el artículo 211 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, agregándole los puestos claves del nuevo Organismo y nos atrevemos a proponer una redacción así: “La Corte Plena, el Presidente de la Corte, las Salas de la Corte Suprema de Justicia, los Tribunales Superiores, la Dirección General del Organismo de Investigación Judicial, los Jueces, los Alcaldes y los Agentes Judiciales podrán corregir disciplinariamente:...” En esa forma, aquella disposición comentada supra, toma un verdadero carril y sentido, o bien, puede eliminarse del todo, porque ya queda respaldado en la Ley Orgánica.

El artículo 18 del mismo proyecto en análisis establece: “La Dirección General podrá CAMBIAR DISCRECIONALMENTE a todo el personal del Departamento de Investigaciones Criminales, excepción hecha de su Jefe. Igual facultad tendrá la Dirección General

en cuanto al personal de las Delegaciones. Tales cambios los pondrá en conocimiento de la Corte para lo que corresponda”.

COMENTARIO:

No se explica en ningún otro artículo del proyecto en análisis, en qué consiste esa expresión final: “para lo que corresponda”, pero se sobrentiende que es para que tome nota y con eso, queda avallada la actuación del Jefe supremo del Organismo. Aparte de ello, tampoco se explica por parte alguna, cuál es la razón de tan amplia facultad para variar la situación laboral de todos los trabajadores del Departamento de Investigación Criminal. Cabe destacar que, conforme al artículo 33 del Estatuto de Servicio Judicial, “para que un servidor judicial reciba la aprobación de esa ley deberá cumplir satisfactoriamente un período de prueba de tres meses que se contará a partir de la fecha en que se haga cargo de su puesto”. Ahora bien, la anterior disposición sirve para dos cosas: darle estabilidad en su condición de servidor judicial a quien supera el período de prueba y segundo, garantizarle una ubicación en determinado puesto, porque demostró idoneidad, para desempeñarlo, aparte de que en concurso o examen oportuno dio la valoración práctica de su saber. Si a lo que se refiere el artículo en mención es a una permuta, al decir: “cambiar discrecionalmente de adscripción”, entonces encontramos otra traba legal contenida en el artículo 39 del mismo Estatuto de Servicio Judicial, cuando da como necesario requisito, en todo caso de permuta: “anuencia de los interesados”. No debe escapar el hecho de que técnicamente y dentro de la doctrina y jurisprudencia laboral, un cambio de posición indica un “jus variandi” y son tantos los bemoles que alrededor de ese concepto circundan, que es riesgoso y antitécnico, poner en manos de un jefe, la facultad de disponer a su arbitrio si cambia o no un subalterno. Para una mejor ilustración cabe señalar que, aun en el evento de un ascenso, debe mediar el asentimiento del favorecido, pues si no estuviere de acuerdo en tal, podría incluso llegarse al rompimiento del contrato con responsabilidad patronal. Los valores que encierra un contrato de trabajo resultan a veces difíciles de descifrar y no es recomendable que un lego en la materia laboral, cuente con amplios poderes —dados aun por ley— para variar los contratos de trabajo, porque en perjuicio de derechos consolidados, no cabe la modificación unilateral. Es pues conveniente, dentro del plano de la recomendación, eliminar el artículo en comentario, o bien consignar una redacción diferente como podría ser: “Cuando un trabajador no demuestre capacidad para el cargo que está ocupando, la Dirección General podrá solicitar sea cambiado a otro cargo más acorde con sus conocimientos, de conformidad con las regulaciones establecidas en el artículo 42 del Estatuto de Servicio Judicial”. Así se armoniza el interés de los trabajadores, la eficacia del servicio, la condición de mando de la Dirección General y la máxima autoridad de la Corte Suprema.

El capítulo XIII que se refiere al Régimen Disciplinario, tampoco ha podido escapar a este estudio. Veamos al efecto: el artículo 49 del proyecto (L.O. del O.I.J.) establece que: "Los servidores del Organismo quedan sometidos al régimen disciplinario que se establece en los artículos siguientes, de acuerdo con los respectivos reglamentos:" (sic).

COMENTARIO:

En realidad no existe reglamento al respecto, porque el único que podía existir sobre administración de personal, fue absorbido por el Estatuto de Servicio Judicial. La redacción del artículo en comentario vuelve a dar el alertilla sobre la duplicidad de funciones de orden disciplinario que puede llegar a regir dentro del seno del Poder Judicial. Es obvio que la existencia injustificada de dos regímenes de sanciones, dentro de un mismo Poder del Estado, es nociva y va contra toda regla de lógica. No parece prudente dentro de un régimen homogéneo, como es la función judicial, que en dos departamentos técnicos que deben laborar en forma estrecha, junta, con constante dependencia, exista un sistema discriminatorio: de ventaja o perjuicio, pero discriminatorio en fin. No es la condición de especializado lo que pueda dar base suficiente para justificar la doble función sancionadora, como ya se había señalado en otro capítulo de este análisis. El artículo en comentario es abusivo contra el sistema unitario de administración de personal. Lo anterior no quiere señalar que deba restarse el derecho de sancionar al Organismo en referencia, sino que esa atribución debe estar en el mismo nivel y proporción que se concede a los demás jefes de oficina. No debe olvidarse que dentro de este mismo estudio se hizo sugerencia para modificar el artículo 211 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

El artículo 50 del Proyecto en estudio señala en su texto lo siguiente: "Las sanciones disciplinarias imponibles a los servidores DEL ORGANISMO, serán las siguientes: 1º) apercibimientos; 2º) reprobación; 3º) suspensión hasta por un mes; 4º) descenso en el escalafón respectivo; y 5º) revocatoria del nombramiento..."

COMENTARIO:

Si como se ha venido señalando, la Ley Orgánica del Poder Judicial contiene normas de índole general para regir en todo el Poder Judicial, la existencia del artículo 50 transcrito en parte, sigue constituyendo una duplicidad. Las sanciones contenidas en los tres primeros incisos se localizan en el artículo 219 de la Ley Orgánica.

Lo novedoso en el análisis es su inciso 4º que dice: "descenso en el escalafón respectivo". Cabe señalar que esa forma de sancionar, sólo es dable cuando el empleado se pone en posición de ser despedido por incurrir en falta grave al sistema disciplinario, porque si la infracción o deficiencia es en el desempeño del cargo, no cabe siquiera esa medida de benevolencia, porque el descenso a nadie le devuelve capacidad. En realidad podría señalarse que el sistema del descenso como sanción, es novedoso en nuestro medio de naturaleza civilista y pareciera más propio de un régimen militar. No creemos que la expresión "Policía Judicial" tan usado para referirse al Organismo en mención, haya sido influencia suficiente para pretender crear mentalidades de tipo militar. Si se piensa introducir el descenso como correctivo, debe reglamentarse, pero no dejarse al exclusivo criterio de un jefe supremo que, como ya se ha visto en otros detalles generales de este estudio, se le han querido adjudicar poderes hasta por encima de la Corte Plena.

—0—

PONENCIA N° 5

CONSIDERANDO:

1) Que el Congreso Jurídico Nacional celebrado en agosto de 1970 aprobó la recomendación de crear un Instituto de Ciencias Penales en Costa Rica, nombrándose para tal efecto una comisión que hasta el momento no ha cumplido sus funciones.

Dicha ponencia aparece publicada en la página 131 de la Revista del Colegio de Abogados N° 19 del mes de marzo de 1971.

2) Que con el desarrollo socioeconómico de nuestro país han surgido serios problemas en la prevención del delito y en el tratamiento del delincuente que no han sido abordados en forma técnica en el ámbito de países avanzados, despertándose activamente una inquietud con la promulgación de Códigos y Leyes Penales que no han sido debidamente estructurados y homologados porque no existen los organismos ni Institutos adecuados que cumplan esa función.

3) Que un Instituto de Ciencias Penales, que debe ser ubicado dentro de la Universidad de Costa Rica podría ser una de las soluciones más importantes para estudiar y adecuar esas leyes y organismos dentro de los sistemas modernos y técnicos que la época exige.

4) Que un Centro, Departamento o Instituto de Ciencias Penales que abarque el estudio sistemático y metódico del Derecho Penal, Procesal Penal, Criminología, Ciencias Penitenciarias, Crimina-

lística, Policía Judicial, Ciencias Penitenciarias o Penología, además de otras Ciencias afines, resulta conveniente establecerlo, para que en el campo de la investigación y la enseñanza pueda brindar su colaboración a los organismos establecidos y a los que se proyecten, pudiendo establecer contactos internacionales similares y ser la Sede de Seminarios y Congresos Nacionales e internacionales sobre estas disciplinas.

POR TANTO

El Congreso Jurídico Nacional 1973 RECOMIENDA: "que se encargue a la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica la integración de una Comisión especializada para que se aboque al estudio de este organismo y presente un proyecto de creación dentro de un plazo prudencial".

CAMBIO JURIDICO Y CONCEPTO

DE TRANSFORMACION (*)

Prof. Juan José Sobrado Chaves

(*) Este ensayo se publicó en el volumen colectivo "Estructuralismo y derecho". Antonio Hernández Gil y otros. (Madrid: Alianza Editorial, 1973).

1. Construcción jurídica y estructura

Parece conveniente hacer algunas reflexiones en torno a las ideas que sobre la transformación del lenguaje plantea el lingüista danés Hjelmslev⁽¹⁾ y las analogías que su esquema ofrece con los cambios en el seno de una normativa jurídica. Sabemos que Hjelmslev ha elaborado una terminología rigurosa que ha aportado a su lingüística un rigor científico hasta ahora en el resto de las ciencias sociales desconocido. Pero estos criterios formales son ampliables a las ciencias sociales en general y por esta razón puede interesar confrontarlos desde un punto de vista jurídico. Es preciso antes hacer una observación: una comparación de elementos que a primera vista presenten formaciones parecidas o produzcan efectos con las mismas apariencias puede no conducir a nada; basta con que las apariencias no correspondan con una identidad de relaciones en algún nivel. Pero, aun con eso, puede resultar suficiente para comenzar el tema, pues se trata, en todo caso, de construcciones a partir de una estructura.

Construcción y estructura son términos que no se identifican, al menos en el sentido con que utilizan el segundo la lingüística y la antropología estructural, aunque el proyecto de una construcción presuponga lo que comúnmente se entiende por estructura, so pena de que lo construido no pase de ser amontonamiento sin orden y sentido. El sentido lo da la finalidad que satisface la construcción; y el orden, la disposición de sus elementos —generalmente con criterios de economía— para alcanzar aquélla.

Así, por ejemplo, las construcciones vivientes de la naturaleza están basadas en el principio —de orden— de la simetría bilateral, y se conforman y agrupan sus funciones internas según las finalidades —regla de sentido— que expresa la vida de cada ser. La analogía no es arbitraria: una construcción material humana por un lado —por ejemplo, un edificio—, o por otro, una construcción psicológico-material, una lengua, combinación de sonidos, grafismos y conceptos. En ambas es posible encontrar orden y sentido, expresión esquemática o conceptual: lo que se entiende por estructura en el lenguaje usual.

Hablamos de estructura en un primer nivel, aparente, de la construcción. La estructura, en el sentido del estructuralismo lingüís-

tico o antropológico, versa, por el contrario, sobre las capas subyacentes y es un puro juego de relaciones exactamente definidas que recaen sobre otros niveles: el de los significantes, en el lingüístico; el de oposiciones en los elementos de las creencias y costumbres, en el antropológico.

En el caso del derecho, es evidente la presencia de una construcción en los ordenamientos normativos, porque las reglas que expresan la normación se agrupan con criterios de economía y claridad, en conjuntos ordenados de conceptos que se interrelacionan, al extremo de que, en muchos casos de interpretación jurídica, la ley más importante a aplicar no es la de la norma A o la de la norma B, sino la implícita que, por razones lógicas o de sistema, regula la relación de esas normas entre sí.

Hay sentido porque el conjunto normativo y sus partes tienen unos determinados objetivos; y hay orden porque existe diferenciación de campos, catalogación conceptual, zonas de actuación, etc... A nivel de normas, éstas se interrelacionan para formar, ya sea instituciones jurídicas, o, a una escala más simple, una normación de complejos de conducta no susceptibles de expresarse en una norma única.

La presencia de un sistema de normas relacionadas y unificadas a nivel general por un destino común supone que entre ellas se darán interacciones, implicaciones, condicionamientos y funciones. Esto es obvio y se desprende del concepto mismo de sistema como ordenación de relaciones. Para saltar de esa primera consideración de la construcción jurídica, que determina una estructura en el sentido usual, ya sea como configuración del sistema total, o como descripción relacional de campos de ordenación, instituciones, complejos de conducta o normas aisladamente consideradas, a una consideración propiamente estructural, haría falta llegar a elementos primigenios y proceder a su examen para ver si es posible encontrar en ellos estructuras que sean susceptibles de expresarse en forma unívoca, en términos de puras relaciones. De encontrar alguna, sería posible crear a partir de ella un entramado relacional, una rejilla —como dice Lévi-Strauss a propósito de los modelos con que analiza las costumbres y creencias de los pueblos primitivos—, que, aplicado a ordenamiento jurídico, revele esa estructura interna y permita su manejo según términos exactos.

Se entiende, pues, por derecho el sistema normativo y sus reglas; y precisamente por ser sistema y no un simple apilamiento de normas por materias, se investiga la posibilidad de aplicarle criterios de análisis estructural que permitirían —de encontrar cabida, y entre otras cosas, por ser una ordenación de disposiciones sistemáticas— manejar con carácter científico un ordenamiento de la ordenación.

Quedan planteadas otras preguntas, solamente esbozadas, tales como si el derecho forma una totalidad cerrada, dentro de la cual y según sus reglas deben regirse las unidades sistemáticas inferiores.

En todo caso, el estructuralismo presenta, sobre las consideraciones logicistas o matematizantes que también pretenden dar al estu-

dio del derecho un grado mayor de exactitud y de rigor, la ventaja de que su método —al contrario del de éstas— no tiende, con base y desde las mismas normas, a funcionar por vía deductiva de lo más general a lo particular. Tal procedimiento topará siempre con el problema de los valores de los que las normas son expresión: los cuales pertenecen a procesos psicológicos de un nivel no formalizable e imposible de alcanzar more geométrico.

Un análisis estructural del derecho más bien tendería a integrar todo el complejo de relaciones que no es, como la práctica de la interpretación jurídica lo demuestra, de orden puramente lineal y deductivo. En cualquier análisis jurídico hay entrecruces complejos de no más de diversos niveles, condicionamientos, interacciones y retroacciones. Por otra parte, dada la esencial condición sincrónica del sistema sobre el cual se haya de aplicar el método estructural, habría que evitar de alguna manera el constante *in fieri* de normas particulares que supone la aplicación del derecho a los casos concretos. Tal aplicación se sitúa en la dimensión de la diacronía, que es también el plano apropiado para el tratamiento exacto del momento valorativo de la norma.

Por sistema, aparentemente, deberíamos aceptar el cuerpo de mandatos abstractos contenidos en un estado de derecho determinado. Se vislumbran dos vertientes sobre las que el método de análisis estructural podría tener aplicación jurídica: una, la búsqueda del cuadro normativo que afecta a una situación y al establecimiento de las interrelaciones; la otra, la expresión —en términos precisos y operables como criterios exactos— del análisis de las líneas que internamente subyazan a la construcción jurídica.

Lo primero resulta del carácter de totalidad solidaria con que el estructuralismo considera sus objetos, donde las partes lo son en función del todo y éste en función de las partes. Una exposición estructural de un sistema normativo, o de uno de los subsistemas que lo integran, permitiría, conociendo el exacto tejido relacional, encontrar el cuadro aplicable a una situación.

Un examen de las condiciones de posibilidad de estas ideas es algo que excede los límites de este trabajo, que se limitará, como se dijo al principio, al investigar la analogía señalada por Hjelmslev y a hacer algunas breves incursiones especulativas.

2. La transformación lingüística

Con el *Curso de Lingüística General* de Ferdinand de Saussure (que sin haber incluso empleado el término estructura dio génesis a la visión estructuralista de los fenómenos sociales y al método de análisis fundado en el presupuesto de la correspondiente estructura, en la forma en que se definen estos conceptos por la actual lingüística estructural) quedó establecida una oposición irreductible que posteriormente se ha demostrado no serlo tanto: diacronía y sincronía.

Según Saussure, la estructura sólo se da en lo sincrónico: las relaciones que definen los términos aparecen en un plano horizontal con relación a la simultaneidad. Todas las relaciones son simultáneas y su conjunto configura un estado de la lengua del que es una expresión la estructura.

Este plano es perpendicular al del tiempo, que es un escenario a lo largo del cual viaja esa estructura lingüística y en el cual ocurren cambios que modifican la estructura, pero que obedecen a mecanismos que no forman propiamente parte de la estructura aislada por Saussure.

La manifestación de esos cambios está en los usos lingüísticos variables, que modifican por convención generalizada las leyes de la lengua, que son a su vez nódulos articulares de la estructura y descripción de la manifestación externa de sus efectos.

En tanto no ocurran estos cambios, la estructura permanece sin alteraciones por el transcurso del tiempo.

Pero Saussure también negó que en el sentido del eje de los tiempos (dicronía) hubiese un orden en los elementos de cambio que supusiese a su vez una estructura; la estructura es para él, y en este sentido ahistórica, porque su ordenación no está relacionada casualmente con el paso del tiempo, aunque en el tiempo surjan eventualmente los azares que supongan su cambio. En consecuencia, la relación en Saussure se establece entre evento y cambio, pero no entre tiempo y cambio.

Los mecanismos que impongan los cambios de estructura pertenecen más bien al lenguaje, entendiendo por tal aquellos mecanismos cerebrales que, mediante interacción con el medio, nos permiten hablar y elaborar una lengua.

El lenguaje sería esa capacidad o don; la lengua, una forma concreta en que esa capacidad se instrumenta para permitir la comunicación humana, y el habla, la forma particular en que las posibilidades de combinación de una lengua determinada, según resulta de sus leyes, son utilizadas por el hablante. Estas serán las categorías analíticas de la lingüística que se utilizarán aquí.

Dentro del esquema, pues, de Saussure, la estructura corresponde al ordenamiento subyacente a un estado determinado de lengua.

Una ley de la lengua, a nivel fonético, por ejemplo, no es más que la expresión de una determinada regularidad observada en el sistema que tiene esa lengua para producir o para combinar los sonidos. Un cambio en esa regularidad y su sustitución por otra determina un cambio en el sistema y estado fónico de esa lengua; pero si a su vez ese cambio de regularidades presenta en el tiempo una pauta capaz de expresarse en términos exactos como un puro juego de relaciones, se podría afirmar que se está en presencia de una *estructura diacrónica*. Teóricamente no habría ningún problema para sostenerlo: "Está claro que si todo *estado de lengua* se presenta como un sistema, la evolución de una lengua consiste en el paso a sistemas sucesivos, y no se puede comprender ningún cambio particular si no

se reemplaza en el sistema en que interviene"... (2) "La lingüística se escindió así en dos ramas: una lingüística diacrónica o evolutiva y una lingüística sincrónica o estática. Por otra parte, la distinción entre sincronía y diacronía representa, sobre todo, una conquista de método, que impulsó la idea fecunda de que todo estado de lengua podría ser estudiado como un sistema coherente y completo. Pero, de hecho, todo lenguaje está, en todo momento de su historia, en evolución; su sistema sincrónico presenta un conjunto de rasgos heredados de estados anteriores y la atracción de nuevos desarrollos; el equilibrio de un sistema es siempre precario. Aquí ambos puntos de vista, sincrónico y diacrónico, se unen aclarándose mutuamente".

(2)

La distinción entre lingüística-diacrónica como estudio de esos cambios, que es el estudio filológico clásico, y lingüística-diacrónica-estructural estribaría en la posibilidad de enunciar leyes para el cambio con las características dichas: bastaría para ello que se observasen fenómenos fonéticos que se desarrollen en la dimensión del tiempo y presenten regularidades estructurales susceptibles de describirse conceptualmente como leyes de la lengua.

Como puede apreciarse, entre el cambio que determinaría una ley diacrónica de índole estructural, y el que determinaría un cambio de estado, quedan como elementos diferenciadores los conceptos de pauta y término que afectan al primero, y el carácter estático que singulariza al segundo.

Las siguientes equivalencias expresan esta situación: cambio sujeto a término según una pauta=ley diacrónica estructural. Cambio no afectado por término, ya sea simple o sujeto a condición con elementos simultáneos=estado.

Hay un tercer concepto que implica la idea de un cambio, pero en un sentido diferente, ya que no afecta a la estructura. Se trata del concepto de *transformación*, que será empleado por Hjelmslev y que después aparecerá con el mismo sentido en Lévi-Strauss.

En rigor, no todo cambio en una regularidad supone un cambio en la estructura: hay niveles de estructura y niveles de cambio y márgenes de elasticidad para el cambio dentro de los cuales aún no hay cambios de estructura, por lo menos de la global o de las más generales.

Así, dice Hjelmslev: (4) "A causa del interés exclusivo de la lingüística (pre-saussuriana) concedía al uso lingüístico a expensas de la estructura, se tendió fácilmente a exagerar la importancia de este descubrimiento; pues es evidente que mientras la estructura es relativamente estable (aunque se pueda transformar en el curso del tiempo, a menudo permanece constante durante largos periodos), el uso es, por el contrario, cambiante; palabras y otros signos nacen y envejecen sin cesar, la pronunciación y la significación varían de un lugar al otro y cambian de década en década; un análisis más penetrante descubre un desgaste continuo".

La transformación es el paso de un sistema lingüístico a otro, correlacionando estructuras idénticas, que, por presentar apariencias o incluso formas distintas, ofrecen al análisis no provisto del modelo estructural común la impresión de una transformación de la propia estructura.

"El gran descubrimiento que hizo en el siglo XIX la lingüística genética y que dejaría su impronta en la mayor parte de la lingüística de este siglo es el de que la lengua se transforma. Los diferentes miembros de una familia lingüística se han de considerar como transformaciones diferentes de un punto de partida común: la lengua original".

"Una ciencia⁽⁵⁾ (la lingüística evolutiva presaussuriana), que no vea en el lenguaje sino signos, su pronunciación y sus significaciones y que por lo demás, había obtenido sus mayores triunfos en los descubrimientos relativos a la transformación de las lenguas, debía, por tanto, casi fatalmente, ser conducida a abandonar la noción de estado lingüístico".

"Sin embargo, este punto de vista exclusivista debía tropezar, tarde o temprano, con dificultades y la teoría misma de las familias lingüísticas, y por tanto, de la transformación del lenguaje, debía conducir, en sus últimas consecuencias, a una nueva comprensión, más profunda, del estado lingüístico. Pues la lengua original, que no se ha introducido en la ciencia más que como un conjunto de fórmulas destinadas a designar las funciones de los elementos, es, en sí misma, un estado lingüístico y, lo que es más, un estado lingüístico del que no se posee otro dato que la estructura. Aun cuando se quisiera llegar hasta negar a nuestras fórmulas indoeuropeas toda relación con una realidad situada más allá de las funciones de los propios elementos, es innegable que estas fórmulas, comparadas como lo hemos hecho más arriba, en la página 35, constituyen algo que recuerda globalmente al sistema de expresión de una lengua, a un sistema de elementos de la expresión. Sin duda, cada una de nuestras fórmulas, que son los elementos de la lengua original, no se define en sí misma, sino por el hecho de representar una cierta función de elementos que une las lenguas emparentadas genéticamente".⁽⁶⁾

"Característica de ella (de la posición de Saussure), por una parte, es el considerar las fórmulas comunes como un sistema y sacar de ello todas las consecuencias, y por otra, no conferirles otra realidad que ésta; por consiguiente, no considerarlas como sonidos prehistóricos, con una pronunciación determinada, que se irían transformando gradualmente hasta dar los sonidos de las diversas lenguas indoeuropeas".

"Esta manera de ver debía conducir necesariamente a progresos prácticos en lo que concierne a la explicación misma de los fenómenos indoeuropeos. Precisamente porque Saussure considera las fórmulas comunes como un sistema y, además, como un sistema liberado de determinaciones fonéticas concretas, en una palabra, como

una estructura pura, se arriesga en esta obra a aplicar a la propia lengua original indoeuropea en sí misma, a pesar de ser el reducto de las teorías sobre la transformación del lenguaje, los métodos que con el tiempo servirían de ejemplo para el análisis de todo estado lingüístico y de modelo para todo el que quiera analizar una estructura lingüística. Saussure coloca ante sí este sistema considerado en sí mismo y plantea la pregunta: ¿cómo es posible analizarlo de forma que se obtenga la explicación más simple y más elegante? Dicho de otro modo: ¿cómo reducir al mínimo el número de fórmulas o de elementos necesarios para dar cuenta de todo este mecanismo?".⁽⁷⁾

La afirmado más atrás de que la idea de cambio en el concepto de transformación comentado no afecta a la estructura, debe entenderse desde el punto de vista genético en que se pretende enunciar similitudes estructurales entre lenguas con un origen común: la transformación es la operación que permite pasar de una lengua a la otra, identificando la estructura no aparente según el modelo relacional que es común por el parentesco. Dice Hjelmslev: "El parentesco genético es una función que une a las lenguas: consiste en el hecho de que cada elemento de expresión de una lengua está ligado por una función a un elemento de expresión de otra, y hemos visto que la función de cada elemento está condicionada por su contorno y por la posición que ocupa en la palabra".⁽⁸⁾

Interpretando las alternancias y las oposiciones vocálicas del indoeuropeo, según modelos relacionales generales, algunos lingüistas pudieron partir del análisis interno de la estructura de aquél para demostrar parentescos aún ignorados. Así, por ejemplo, "Herman Moller pudo confirmar su teoría refiriéndose al camino-semítico: la piedra angular de la demostración de Herman Moller, del parentesco genético entre el indoeuropeo y el camino-semítico es, en efecto, que el camino-semítico posee consonantes particulares que corresponden a los diferentes coeficientes indoeuropeos. Estas confirmaciones, obtenidas considerando funciones de elementos desconocidos hasta entonces, son sin duda muy interesantes, especialmente por mostrar que el análisis interno de una estructura lingüística como la de la lengua original indoeuropea está lleno de realidad".⁽⁹⁾

Desde esta perspectiva particular, las transformaciones que sufrieron en el sistema vocálico las lenguas derivadas, si bien supusieron para su sistema y en escala inferior un cambio de estructura, para la visión general genética es posible articular una estructura común que observan, y que es posible localizar por "transformación" (en su específico sentido de operación) de un sistema a otro mediante "la función que une las lenguas".

Esta doble visión del término "transformación", como operación para señalar una invariancia y como modificación del arreglo de un sistema en función de diferentes niveles de estructura (conservación de una y modificación de otra), queda reflejada en la distinción que para finalizar el capítulo apunta Hjelmslev⁽¹⁰⁾ entre

transformación del uso ("es decir, de los cambios de pronunciación —las leyes fonéticas en el sentido estricto del término— de la significación y de los signos") y las transformaciones de la estructura.

"Suponemos que la estructura sigue sus propias leyes y que una transformación estructural no se debe a tendencias propias de la comunidad lingüística, sino a disposiciones del sistema en vías de transformación".

Es decir, hay cambios que en la perspectiva correspondiente ocasionan una modificación de la estructura, y hay otros, de uso, que no.

3. Estado de la lengua y estado jurídico

El último concepto analítico que para el caso interesa del autor comentado es el "estado".

Como dice el propio Hjelmslev,⁽¹¹⁾ "lo mejor para verlo es quizá considerar las transformaciones (las modificaciones diacrónicas) en sí mismas. Si en una lengua se encuentra que "p" en inicial de palabra se cambia en "f", pero que en otras posiciones se conserva como "j" (este ejemplo, ficticio, se ha escogido por su simplicidad), significa que en la historia de la lengua hay un período en que toda "p" inicial de palabra se transformaba mecánicamente en "f"; se puede hablar aquí verdaderamente de una ley fonética, comparable a cualquier otra ley en vigencia en una sociedad, por ejemplo, a una ley jurídica: durante todo el período que va del momento en que se abolió, la ley estuvo en vigencia y entrañó la conversión de la "p" inicial en una "f" en todas las palabras de las que se servía la comunidad lingüística, bien palabras heredadas de los antepasados, tomadas en préstamo o signos de nueva formación (por esta razón los préstamos pueden diferir de las palabras heredadas: se tomaron en un momento en que la ley no estaba en vigencia)".

"¿Pero una ley fonética así es, propiamente hablando, una ley de transformación o una ley estática? Si en una sociedad existe la ley de que todo joven debe a tal edad y en tales condiciones ser soldado, esto, ¿autoriza a decir a los historiadores que todos los jóvenes de esta sociedad fueron soldados? Se puede decir, indudablemente, pero la causa de esta transformación se encuentra en un estado. Mientras dure el estado, mientras la ley esté en vigencia, sería impropio hablar de transformación; de lo que se puede hablar es de una conversión mecánica de un elemento en otro en unas condiciones dadas. Mientras dure la ley, toda "p" inicial de palabra se convierte mecánicamente en una "f"; es una ley de conversión del mismo tipo que la que rige para el ajedrez: los peones que lleguen a la otra banda del tablero adquieren el valor de una reina. Esta transformación se produce o puede producirse cada vez que se juegue al ajedrez, sea mañana o el año próximo; no es una transformación, es un estado".

He de confesar que no aprecio la utilidad de esta última distinción, porque parece claro que una ley que ocasiona un estado presupone necesariamente una ley de estructura de la cual o es un modo o un accesorio en algún sentido. Así, por ejemplo, en el ejemplo fonético, la existencia tanto de "p" como de "f" como elementos de significación; en el caso jurídico, una norma previa, expresa o implícita que establezca el suministro de servicios de defensa como obligación a cargo de los integrantes de la comunidad política. También, por ejemplo, en el caso de la conversión de valores de una moneda de un sistema monetario al de otro, la paridad de una a la otra puede ser una ley de estado, pero toda la operación presupone necesariamente dos sistemas en que existe un elemento abstracto de valor como instrumento para el cambio de bienes, lo que sería el antecedente de una estructura: no habría paridad posible con un sistema económico basado en el trueque como mecanismo de cambio. Al igual en el ajedrez, donde previamente debe existir tanto la relación reina como la relación peón, definidas ambas mediante leyes de la estructura del juego.

Sin embargo, para el caso de una eventual clasificación del sistema jurídico por lo menos en un esquema preestructural, esta distinción podría contribuir a separar las normas puramente instrumentales o de modo, de las propiamente configuradoras del sistema.

No es simplemente una casualidad que tanto la ley jurídica como la ley fonética o lingüística en general compartan la misma calificación de ley. En ambos casos se trata de formas determinadas para la conducta humana: comportamientos aceptados e impuestos por la voluntad exterior de la comunidad política en un caso; regularidades fijadas por aceptación no consciente de tipo general, mediante el intercambio interindividual en la comunidad lingüística, en otro.

En un caso el deber ser proviene de la imperatividad externa que se impone a las voluntades; en el otro, de las necesidades internas de la ordenación acordada en la forma descrita, recayendo ambas con carácter de regulación en un campo determinado de relaciones sociales: situaciones, derechos, obligaciones y su comercio, las unas; el sistema de los sonidos necesarios para la comunicación, las otras. Los dos campos normativos resultan indispensables para la vida en sociedad, y con mayor razón el de la lingüística por referirse al mecanismo de comunicación que funda lo social.

Si bien la existencia de la voluntad social objetivada que impone coactivamente la norma es la nota diferencial de lo jurídico, tanto frente a lo lingüístico como frente a las regulaciones de la moral y de los demás usos y costumbres sociales, en el caso de lo lingüístico tal respaldo coactivo es superfluo, innecesario, porque la inobservancia misma de la norma impide el valor de comunicación que posibilita.

En relación con su carga de *forzosidad* (a efectos de comunicación con el grupo), las normas lingüísticas están más cercanas a

las jurídicas que las morales y las sociales, aunque instrumentan valores más alejados.

Tanto las lingüísticas como las jurídicas son creaciones culturales dotadas del sentido y de las modalidades que el juego de fuerzas y tendencias de una comunidad les imprime; en cuanto a las lingüísticas por lo menos a nivel de la lengua.

Como procesos dinámicos y de opción, que son tanto la formación de un sistema lingüístico como uno jurídico, cabe referirles de algún modo para explicar su diversidad al juego de fuerzas y tendencias sociales. Una lengua en cierto sentido es una resultante, porque las fuerzas en juego apuntarán en una dirección de equilibrio (y de opción o decisión) entre varias alternativas posibles. Los puntos de elección los deciden las variantes estructurales que individualizan las lenguas; en ellos habrá una elección, un acuerdo a través de los mecanismos del uso aceptado y, finalmente, una imposición de las reglas de la lengua, so pena de incomunicación.

En resumen: A) la lengua establece un sistema codificado de señales para la comunicación; el derecho, un sistema de normas para el deslinde de las situaciones, derechos y obligaciones en el *status* y en el tráfico de bienes, y B) la construcción para el uso del sistema de señales es automática y resulta de la elementalidad de la necesidad de comunicación que satisface y de la importancia de cada miembro o aun de grupos de miembros para crear e imponer estructuras lingüísticas.

Claro que el sistema lingüístico y sus leyes es un puro instrumento para la obtención del valor a que responde la comunicación, y las normas jurídicas, por lo menos la mayor parte de ellas, son en sí mismas la realización de un valor. Por otra parte, consideradas en sistema, algunas serían propiamente de la estructura y otras responderán más bien a estados del sistema.

Por eso, las observaciones sobre analogías y diferencias sólo valen en tanto se consideran en sus características como puras normas, y teniendo en cuenta la diferencia entre leyes de estructura y de estados del sistema.

Para un ulterior avance comparativo habría que aislar en un sistema de derecho las normas que sean puro instrumento del sistema y las que propiamente realizan valores, y, entre estas últimas, las que sean de estructura y las que sean de estado. Pero de estructura en el sentido específico con que usa este término la lingüística estructural.

4. La noción de transformación en antropología

La lingüística estructural, o sea aquella que utiliza como explicación de los fenómenos lingüísticos y como método de análisis la teoría estructuralista, puede ser brevemente resumida en la siguiente definición que recoge J. B. Fages⁽¹²⁾ del diccionario *Petit*

Laurouse, "precioso testigo de los usos": "Teoría lingüística que considera el lenguaje como un conjunto estructurado en que las relaciones definen los términos".

La lingüística, con la aplicación de la teoría estructural, ha conseguido, por fin, por lo menos al nivel fonológico, el viejo sueño de las ciencias humanas: alcanzar el nivel de exactitud y de generalidad que con anterioridad había sido coto reservado a las ciencias matemáticas y naturales, y el ideal imposible de las denominadas ciencias del espíritu (históricas, sociales y humanas). Inmersas en una realidad altamente compleja y condicionadas por elementos foráneos introducidos por los actos producto de la valoración y de la voluntad humanas; las ciencias del espíritu están en contacto directo con el objeto del conocimiento. Rasgos que las oponen a las ciencias naturales, y que las limitan en sentido estricto a ser ciencias en estado de inestable equilibrio, o de lo particular, con detrimento ya sea de su condición de ciencia o del rigor científico de sus resultados.

Refiriéndose a este problema, Claude Lévi-Strauss, quien ha logrado aplicar con éxito a ciertos campos de la antropología el método estructural, ha dicho: "Tratemos, en primer lugar, de definir de un modo preciso la diferencia de principio que lleva implícito el uso del término 'ciencia' en ambos casos. Nadie pone en duda que las ciencias exactas y naturales sean efectivamente ciencias. No todo lo que se hace en su nombre ofrece sin duda idéntica calidad; hay grandes sabios y sabios mediocres. Pero la connotación común a todas las actividades que se realizan bajo la égida de las ciencias exactas y naturales no puede ser puesta en cuestión. Para expresarnos en el lenguaje de los lógicos, podríamos decir que en el caso de las ciencias exactas y naturales su definición en 'comprehensión' se confunde con su definición en 'extensión'. Los caracteres que hacen que una ciencia merezca el nombre de tal se vinculan también, en general, al conjunto de actividades concretas cuyo inventario cubre empíricamente el ámbito de las ciencias exactas y naturales.

"Pero cuando pasemos a las ciencias sociales y humanas, las definiciones en extensión y en comprehensión dejan de coincidir. El término 'ciencia' ya no es sino un nombre ficticio que designa un gran número de actividades perfectamente heteróclitas, y de las cuales sólo un pequeño número ofrece un carácter científico (por poco que se quiera definir la noción de ciencia de un modo constante). De hecho, muchos especialistas en las investigaciones arbitrariamente agrupadas bajo el rubro de ciencias sociales y humanas serían los primeros en repudiar toda pretensión de estar haciendo obra científica, al menos en el mismo sentido y en el mismo espíritu que la hacen sus colegas especialistas en ciencias exactas y naturales".⁽¹³⁾

Recuérdese que en el sentido estricto de "ciencia" sólo es tal la que explica los fenómenos de una realidad observable, mediante leyes y teorías susceptibles de comprobación y con carácter de validez temporal y espacial generales; no lo es, en este sentido al menos,

que es el de las ciencias físicas, la descripción ordenada de los fenómenos particulares, ni de las técnicas que permitan operar con ellos, ni tampoco una explicación condicionada a variables o a unos parámetros eventuales, dentro del conjunto de fenómenos a explicar.

El definir los términos por sus relaciones dentro de un todo permite, como es evidente, prescindir de cualquier tipo de consideraciones ajenas a la teoría misma. De la misma manera que en un juego como el ajedrez, la reina es el conjunto de operaciones que se pueden hacer con la pieza de ese nombre, y nada más que eso, los elementos que la lingüística estructural determina en los fenómenos de la lengua existen solamente en función de sus relaciones. Se ha hecho con ello una radical cirugía de las consideraciones sociológicas, psicológicas, históricas, etc., que para la lingüística presaussuriana suponían otros tantos condicionamientos y con ello la particularización y la pérdida de generalidad de la teoría.

La lingüística estructural considera así que el lenguaje se vale de una codificación de signos correspondientes a los elementos de sonido, para construir las unidades a las que dota de significación con conceptos. Combina estas unidades linealmente para construir el discurso en el que van cayendo las significaciones correspondientes según los contenidos semánticos asociados por uso a aquellas unidades que reciben la significación. A nivel sintáctico, las categorías gramaticales antiguas antes asociadas a grupos de palabras, pasan a ser funciones abstractas; tanto las unidades fónicas como las funciones sintácticas se definen relacionamente en la forma dicha.

Lo extraordinario es que esta teoría haya podido montar explicaciones científicas sobre fenómenos en apariencia tan arbitrarios y caóticos como los de las lenguas y no haya quedado como una contribución más al catálogo de los juegos. Ha sido, en este sentido, un juego que acertó a contener en sus relaciones el modelo de las relaciones subyacentes al fenómeno lingüístico.

En rasgos generales, las condiciones de aplicación de una teoría estructural a un campo determinado de fenómenos culturales serían, a deducir del caso lingüístico, las siguientes:

A) la determinación de los elementos o unidades últimas que sean los bloques de construcción de las partes secundarias y de la totalidad:

B) la definición de estos elementos en función exclusiva de sus relaciones.

Que, en un fenómeno cultural como el lenguaje, haya sido posible encontrar elementos y reglas del "juego", es un dato que apunta hacia una meta más ambiciosa aún: la posibilidad de que el pensamiento humano produzca sus creaciones conforme a una o a ciertas estructuras que impregnen o subyazcan en alguna forma a los fenómenos culturales.

Desde Aristóteles se sabe que el razonamiento coherente cumple con ciertos esquemas formales que son las reglas de la lógica: verbigracia, no puede haber coherencia si en el discurso no se ob-

serva el principio de contradicción (en su sentido ontológico: una cosa no puede ser y no ser a un mismo tiempo y bajo un mismo respecto); ni se puede verificar una deducción silogística cuando la conclusión no esté contenida en las premisas o cuando la premisa menor cubre un campo más general que el de la mayor, etc.

Pero estas reglas lógicas son las reglas del discurso del pensamiento para obtener resultados inteligibles; son la condición de posibilidad del pensamiento considerado como aparato de inteligencia, y como tales integran un conjunto de formas abstractas susceptibles de relacionar muy diversos contenidos conceptuales, ya que la verdad lógica es puramente formal.

No es a estas leyes del pensamiento a las que se hace referencia, que en todo caso no integran *strictu sensu* la teoría estructural, si bien constituyen su presupuesto foráneo, sino más bien a las hipotéticas reglas conforme a las cuales la mente humana ordenaría y montaría en estructura a nivel inconsciente los productos de su creación.

Al menos en el campo de los fenómenos que estudia la etnología es esta intuición el presupuesto de los trabajos de Lévi-Strauss y ha sido la motivación para la aplicación del método estructural a los mismos; como dice el autor: "Si, como creemos nosotros, la actividad inconsciente del espíritu consiste en imponer formas a un contenido, y si esas formas son fundamentalmente las mismas para todos los espíritus, antiguos y modernos, primitivos y civilizados—como muestra claramente el estudio de la función simbólica tal como se expresa en el lenguaje—, entonces es necesario y suficiente alcanzar la estructura inconsciente, subyacente a cada institución o a cada costumbre para obtener un principio de interpretación válido para otras instituciones y otras costumbres, a condición, naturalmente, de llevar más lejos el análisis".⁽¹⁴⁾

Pese a la similitud de las palabras que se emplean para describir el carácter de puras formas susceptibles de llenarse con diversos contenidos, propias de los procesos lógicos, las ideas a expresar son diferentes, como lo aclara Lévi-Strauss en otro pasaje: (ya puede apreciarse la diferencia que supone el "imponer formas", lo que implica un modelado sobre un material plástico, con el "llenarse de diferentes contenidos" porque aquí los contenidos mismos no reciben una forma, sino que ésta se aplica a las relaciones entre parcelas de contenidos para formar un determinado esquema formal; sólo en este sentido las construcciones lógicas son formales).

Se defiende aquí de la acusación de formalismo enderezada contra sus análisis etnológicos: "la forma se define por oposición a un contenido que es exterior; pero la estructura no tiene contenido: es el contenido mismo, aprehendido en una organización lógica concebida como propiedad de lo real".⁽¹⁵⁾

La imposición de formas de que parte Lévi-Strauss supone una ordenación activa a nivel inconsciente que la mente efectúa al

elaborar esos pensamientos objetivados que son los productos culturales.

Este planteamiento recuerda, al nivel de la génesis, las condiciones de posibilidad cognoscitiva establecidas por la filosofía kantiana dependientes de las características intrínsecas del aparato del conocimiento.

Según E. Leach, antropólogo de la escuela inglesa, para Lévi-Strauss "la preocupación básica es nada menos que la estructura del espíritu humano, entendiendo por 'estructura' no una articulación que pueda observarse directamente, sino más bien una ordenación lógica, un conjunto de ecuaciones matemáticas de las que se puede demostrar que son funcionalmente equivalentes, como en un modelo al fenómeno en cuestión".⁽¹⁶⁾ A fin de evitar confusiones, téngase en cuenta que en el contexto citado "ordenación lógica" se utiliza en un sentido más amplio que el estricto señalado antes: es lógica, porque cumple con las leyes de la lógica y además es una cierta forma de ser coherente.

La lógica funciona además deductivamente, por vía lineal. El análisis estructural implica una especialidad, una tercera dimensión que proviene de la red de relaciones, producto de la mera funcionalidad de sus elementos definidos por sus relaciones, por lo que tienen de diferente o no respecto de los otros; interrelación que por sus propias características no puede ser sólo lineal.

El complejo mundo de lo cultural, lleno de retroacciones, correcciones, jamás podrá ser explicado por deducciones lineales a partir de un grupo de axiomas primeros, como sería la vía de una explicación estrictamente logicista.

Esta pretensión de buscar modelos funcionalmente equivalentes se funda en la aceptación previa de ese mismo orden funcional en los productos culturales. Los modelos lo son de ese orden relacional que presenta la realidad y en virtud, precisamente, de guardar con ella equivalencias isomórficas. Como dice el mismo Leach, "parece postular (Levi-Strauss) que la estructura y funcionamiento del cerebro humano son semejantes a los de un ordenador de un tipo muy complicado. Es propio de este ordenador seleccionar las informaciones que le proporcionan los órganos de los sentidos conforme al programa preestablecido. El resultado de este proceso de selección es presentar a la conciencia individual la impresión de un mundo ordenado".⁽¹⁷⁾

Este presupuesto metodológico se explica en función de la pretensión de cientificidad que se busca en la antropología. Aceptándolo como hipótesis de trabajo y no más que eso, porque no existe por ahora como verdad científica, tiene un sentido la búsqueda de relaciones estructurales en el variadísimo mundo de lo cultural, adonde las regularidades en la apariencia observables —que en el esquema de Lévi-Strauss caen dentro del campo de la etnografía— sólo se encuentran en pequeños feudos que escapan a las normas generales, sujetos a todo tipo de influencias y adonde cada definición es siempre

un precario equilibrio conseguido sobre conjuntos de relaciones en continua tensión.

5. Función y categoría

En consecuencia, con esta asunción metodológica, a la variedad debe subyacer un orden que es posible encontrar. Este orden es, generalmente, menos aparente en tanto el nivel de complejidad sea mayor.

No se confunde este orden tampoco con la función o finalidad del todo ordenado; si entendemos por función el fin adecuado a la naturaleza de un todo, es posible que el conocimiento de la función no entrañe el del sistema. Por el contrario, se puede conocer el sistema, entendido como la configuración de un conjunto ordenado de creaciones culturales, e ignorarse la función que desempeñan las partes desde ese nivel de ordenación.

Pero en la lingüística estructural se conoce el sistema de una lengua en la *función* que desempeñan sus elementos. El concepto de función es ahora distinto y casi algebraico. Como dice George Mounin.⁽¹⁸⁾ "Hay estructuras porque hay elección en la colocación de las unidades. ¿Cuál es el criterio de esta elección? Es la función, noción capital en lingüística estructural"... y, más adelante (página 14), "es una idea fundamental que las unidades lingüísticas se definen por su función de comunicación en el enunciado antes que por su forma o por su sustancia, o incluso por su distribución". Cita Mounin ahí el siguiente ejemplo con la palabra francesa *beaucoup*: en las frases "*beaucoup de gens l'admirent*" y en "*il souffrait beaucoup*" se trata de la misma sustancia fonética, la misma forma fonológica, la misma forma gramatical (palabra invariable) y de la misma forma histórica, pero son dos unidades diferentes. Y, por su función, la primera está mucho más emparentada con los pronombres indefinidos o con los numerales, que con los adverbios.

El estructuralismo lingüístico nace de la observación de este hecho y de la posibilidad de determinar en forma precisa el campo de las diferentes funciones que cumplen las unidades del sistema unido a su definición en forma puramente relacional, en los diferentes niveles que presenta una lengua. En otras palabras, si en la lengua hay una correspondencia entre ciertos signos (acústicos en su forma hablada; figuras impresas en la escrita), y los conceptos que es posible elaborar por la catalogación mental de los objetos de la realidad, o de las abstracciones que se pueden crear a partir de sus propiedades (correr, blanco, alto), o de las diferentes relaciones que es posible distinguir entre los objetos (cerca, lejos, arriba, etcétera), o entre las abstracciones (verbo, adjetivo, adverbio, preposición, etc.), entonces la gramática tradicional, con todas sus excepciones que le restan precisión, sólo se justifica por la reificación que se hizo de los conceptos en esta primera etapa de catalogación y distinción de cometidos.

El nombre, el pronombre, el verbo, el adverbio, el adjetivo y demás categorías gramaticales se extrajeron por abstracción de sig-

nificados que correspondían a cosas o personas, universales, acciones, modos de ser o de actuar, cualidades, etc. Pero estas categorías gramaticales se elaboraron sobre una concepción de primer nivel que suponía no sólo una fragmentación de la realidad en la forma descrita, sino también del sistema de la lengua en que los conceptos del primer nivel operaban. Fue una abstracción sobre piezas de un sistema desmontado.

Así, por ejemplo, si aislamos los términos “casa”, “blancura”, “Pedro”, “caballo”, podemos determinar que designan cosas o personas concretas o abstractas, y a ello le damos el término de “nombre”, pero desde la perspectiva exclusiva de los conceptos que le dan sustento.

Generalizando este procedimiento, la gramática tradicional refica a continuación esa categoría y las demás obtenidas por la misma vía. Pretende después analizar con ellas los procesos sintácticos de la lengua. Pero en los procesos el sistema no se da fragmentado y los conceptos no están aislados unos de otros. El resultado tan conocido es que cada concepto escapa a su etiqueta habitual y desempeña con la mayor facilidad las de otros, como acontece en el caso ya citado del *beaucoup*.

Las piezas (conceptos) que separadas presentan todas en común la categoría de nombre, no siempre desempeñan en la oración una función uniforme y muchas veces aparecen en función de nombre conceptos habitualmente bastante alejados de él.

Hay, en consecuencia, una clara disociación entre categoría y función, que la gramática tradicional presenta entremezcladas, apelando indistintamente a una y a otra. Esta es la fuente de las múltiples excepciones que se ve forzada a admitir, ya que sus categorías son unas veces tales y otras simples papeles que en la oración pueden ser desempeñados por conceptos que aislados pertenecen a otra categoría.

Por ejemplo: “correr” es habitualmente un verbo que expresa una acción de traslación en el espacio (generalmente como autopropulsión intensa), pero en la frase “el correr de la pluma”, el mismo concepto actúa como nombre.

Este y otros muchos casos más, fáciles de observar en las múltiples excepciones que a la hora de expresar la función en la oración dan las gramáticas tradicionales para los conceptos agrupados en sus categorías, evidencian una clara disociación entre categoría y función, que se explica con base en el proceso de génesis de las categorías, por un lado, y por otro, en la función de la “función” como elemento de la dinámica del sistema.

Ha habido una encrucijada no advertida —posteriormente olvidada— que impide la cientificidad del aparato de la gramática tradicional como instrumento explicativo de los fenómenos de la lengua.

No significa esto que la gramática tradicional no sea lógica; por supuesto que lo es, y es más, hay una afinidad estrecha entre las categorías gramaticales y las categorías lógicas. Pero su lógica está montada sobre un primer momento analítico, partitivo, en que el sis-

tema no existía como tal sistema, lo que explica que, al aplicar el instrumental a los conceptos ya montados en sistema y a expresiones diversas de procesos del sistema, la regularidad inicial que permitió establecer las categorías falla.

El método estructural en la lingüística supone un cambio de mira del análisis, desde la categoría a la función, partiendo de que la lengua es un sistema y de que hay que analizarla, por consiguiente, como tal, y a sus fenómenos como procesos de un sistema.

Esta es la enseñanza que se desprende de la disociación entre categoría y función.

Desde este punto de partida, el conjunto de funciones que a la manera de un enrejillado epistemológico coloca el análisis estructural sobre una lengua —revelando, como en una radiografía, la ley interna de construcción que preside la variedad— forma la estructura propiamente dicha en la cual todo es función y por serlo es capaz de definirse en términos exclusivos de sus relaciones, y en donde lo cambiante recae solamente en las palabras que pueden ser el contenido de la función.

6. De la ciencia física a la jurídica

El planteamiento implícito de Lévi-Strauss presupone el conocimiento por vía estructural de las reglas generales de la ordenación, precisamente porque por esa vía forzosa han sido creados los productos de la actividad cultural del hombre.

Esta es una explicación de los ordenamientos y estructuras que ha sido posible señalar subyaciendo productos de la actividad humana, tales como las lenguas, los sistemas de parentesco, la actividad mítica de los actuales primitivos y el panteón de dioses de los pueblos indoeuropeos. (19)

Estos avances de las ciencias humanas y sociales son prueba de que, inconscientemente, ha actuado un principio de orden en la forma de una estructura que permite, en algunos casos, un tratamiento riguroso —dentro de su orden de relaciones— de los aspectos a que la estructura se refiere.

Es conveniente puntualizar esto último, porque el poder señalar una estructura no significa más que eso. Aun en la lingüística, escenario de los más resonantes éxitos del método estructural, el conocimiento encontrado ni es total ni se reparte por igual en sus diversos niveles; así, por ejemplo, mientras que en el fonológico se ha avanzado considerablemente, en el de la semántica no se ha pasado de hipótesis y aun se duda de que se pueda algún día determinar las estructuras que conducen la asignación de significados. (20)

Sin embargo, la hipótesis de Lévi-Strauss es altamente sugestiva, porque recibe muchos soportes indiciarios, tanto de la teoría del conocimiento de otras ciencias, como de los principios en que se basa el pensamiento artificial de las modernas máquinas computadoras, pero sobre todo, porque intenta explicar estos fenómenos de

orden con la brevedad y eficacia propias de las grandes leyes de la naturaleza, aunque se refiera más bien a operadores entre naturaleza y cultura, como se verá más adelante. Respecto de los productos culturales, por tratarse de resultados socialmente determinados de la propia mente que conoce, se confundirían dentro de esta hipótesis, aunque en sentido inverso, proceso de elaboración y proceso de conocimiento, y se podría afirmar de ellos que tienen de algún modo una vertiente estructural.

Provocado por las limitaciones de la mente humana al conocer su mundo exterior, ya se ha afirmado el carácter estructural que tiene el conocimiento logrado por la ciencia física. No precisamente por cuanto su objeto de conocimiento haya sido creado o conformado por el sujeto que conoce, sino por la imposibilidad de observar en esa realidad otra cosa que fenómenos sobre los cuales se pueden predicar regularidades y elaborar teorías explicativas en la forma de estructuras relacionales, y no, como pareciera más deseable, su naturaleza íntima o sus esencias.

Es en la vía de la percepción donde se imponen las estructuras como objeto del conocimiento científico, dado que de la naturaleza íntima de los objetos estudiados por la física no conocemos más que esas manifestaciones fenoménicas sobre las cuales nuestro aparato de percepción nos brinda información.

Arturo Rosenblueth⁽²²⁾ sintetiza esta corriente de la filosofía de la ciencia física, en la que militan autores tan poco sospechosos de metafísica como Sir Arthur Eddington, Bertrand Russell y H. Weyl, en la forma que sigue:

“Proceso del conocimiento: procesos materiales actividad selectiva de algunos receptores mensajes aferentes codificados sucesos neuronales y mensajes correlacionados. Es evidente que, si se acepta esta cadena causal, nuestro conocimiento de los procesos materiales dependerá de las propiedades de nuestros receptores y sistemas nerviosos; en otras palabras, el universo material que construimos, inferimos o postulamos, estará subordinado a estas propiedades y limitado por ellas”... “Se ha dicho a menudo que lo único que podemos conocer del universo material es su estructura (Eddington: *The Philosophy of the Physical Science*, Ann Arbor, University of Michigan Press; Bertrand Russell, *Human Knowledge, its Scopes and Limits.*, 1948, New York, Simon and Schuster; H. Weyl, 1949, *Philosophy of Mathematics and Natural Science*, Princeton University Press). Estoy totalmente de acuerdo con esta afirmación, y pienso que esta limitación se debe principalmente al hecho de que, en cuanto llegan los mensajes que recibimos del exterior a las fibras sensoriales aferentes, dichos mensajes están cifrados en un código que no tiene nada en común con los objetos o sucesos originales, salvo su estructura”.

Para convencerse de estas afirmaciones, basta a mi juicio con hojear un tratado de física y observar las leyes que allí se expresan como propiedades de la naturaleza: por ejemplo, en la dinámica, los conceptos de masa, fuerza, aceleración, son puras interrelaciones que por su circularidad y su carácter de estructuras sobre fenóme-

nos, defraudarán a quienes esperan encontrar en ellas una descripción de lo que es este aspecto de la materia; en las teorías de la gravitación, de la termodinámica y las leyes del núcleo atómico, encontrará igualmente que versan sobre regularidades comprobables de los respectivos fenómenos: sus fórmulas contienen únicamente propiedades relacionadas de la percepción que de esa realidad se tiene, y no el conocimiento del “en sí” de la naturaleza física.

En este sentido, como lo expresa Eddington en el libro citado, la física es una ciencia subjetiva, aunque por supuesto no por ello esté amenazada de dejar de ser ciencia, porque es en la comprobación, uniformidad y generalidad, en todos los casos y para todos los observadores, donde reside la esencia del conocimiento científico.

También en este sentido, a pesar de ser en definitiva subjetivo el conocimiento físico, la uniformidad para todos los observadores, la comprobación que todos pueden verificar de una misma ley, indican unas ciertas constantes estructurales en el cerebro humano.⁽²²⁾

Aunque no sea más que a título de presunción gratuita, no resulta entonces del todo disparatado creer que pueda existir una estructura en productos objetivados del pensamiento humano como son las instituciones sociales que estudia Lévi-Strauss, y para el caso que aquí nos ocupa, en la actividad del pensamiento en tanto hace normas jurídicas.

Pero habría una modalidad diferente según se trate de aspectos puramente instrumentales o que tengan un valor por sí mismos.

Como señala Jean Piaget,⁽²³⁾ “las relaciones entre lo sincrónico y lo diacrónico no pueden menos de ser distintas en lingüística de lo que son en otros dominios en los cuales la estructura no es la de los medios de expresión, sino de la de los propios significados (por oposición a los significantes), es decir, de realidades que implican en sí mismas su valor y su poder normativo. Como lo propio de una norma en particular es ser obligatoria, es decir, conservar y hacer conservar su valor por esa obligación, su equilibrio actual depende de su historia, ya que el carácter distintivo de ese desarrollo consiste precisamente en ser dirigido hacia tal equilibrio, en tanto que la historia de una palabra puede ser la de una serie de cambios de significaciones sin otra relación entre sí que la necesidad de responder a las exigencias de expresividad de los sistemas sincrónicos sucesivos de los cuales dicha palabra forma parte. Las estructuras normativas y las convencionales ocupan, pues, dos posiciones radicalmente opuestas en cuanto a las relaciones de lo sincrónico y lo diacrónico. En lo que se refiere a las estructuras de valores, como en economía, ocupan una posición intermedia, vinculada a lo diacrónico en cuanto al desarrollo de los medios de producción y, sobre todo, a lo sincrónico en cuanto a la interacción misma de los valores”.

7. El problema del valor jurídico

Para referirnos a la hipotética estructura de un ordenamiento jurídico, habría previamente que hacer con claridad la distinción en-

tre lo puramente instrumental (aunque no se da la oposición significativa-significativa, en el sentido lingüístico, sí la de instrumentalidad-norma directa de conducta, como en los conceptos puramente técnicos que forman parte de la norma, o en normas completas puramente instrumentales) y lo que es el mandato, y entre las relaciones entre instrumentos y las relaciones entre valores.

En el primer caso (lo puramente instrumental) cabría el nivel de la morfología general de las normas para “responder a las exigencias de expresividad (mandato valorativo) de los sistemas sincrónicos sucesivos” de mandatos, a los que, en cualquiera de sus formas, se reduce en definitiva un sistema normativo. Posteriormente, los subniveles de las estructuras que pudiera presentar el utillaje técnico que instrumenta el ordenamiento impuesto a las conductas.

En el segundo caso (intención de ordenar en un determinado sentido), para conservar intacto el modelo de estructura sincrónica, habría que asumir bajo la multiplicidad intencional que los órganos encargados de promulgar la normatividad persiguen conformar la sociedad a escalas complejas de valores, el mecanismo oculto del pensamiento. Es decir, las características señaladas como propias de una estructura, la sintaxis latente de lo jurídico.

Esta multiplicidad intencional, muchas veces circunstancial o producto de necesidades de la sociedad, otras ocultando simples intereses de quienes las promulgan, o incluso sus arbitrariedades, arrastra *ad introitum* formidables dificultades para la búsqueda de un esquema relacional que plantee en términos de totalidad y de funciones relacionales la actividad jurídica.⁽²⁴⁾

Sería algo así como querer definir en dicha forma estructural, tanto el edificio de un conjunto residencial, como los usos a que se destinan las habitaciones y las actividades de sus habitantes.

Por lo menos desde este punto de vista la dificultad se puede considerar insuperable. Habría que encontrar otro ángulo de mira donde se separen en niveles los diferentes tipos de conceptos, de manera que recaiga la vista en aquellos ahora separados por la mezcla, en el que pudiese eventualmente haber la relación estructural.

En el caso contrario habría que montar un complejo sistema de estructuras, tanto sincrónicas como diacrónicas, que de entrada toparían con el problema de la formidable irreductibilidad del momento valorativo en el derecho. Esto para el caso de que la dificultad citada anteriormente se quiera superar.

Aquel otro punto de mira debería, pues, empezar por aislar el momento valorativo, que es el más espinoso problema que se presenta a la consideración estructural de la actividad jurídica.

No sería, por otra parte, una idea nueva: “en Savigny y en la pandectística el sistema era obra exclusiva de la ciencia”.⁽²⁵⁾ “En el *Sistema del derecho romano actual*, de Savigny, aparece la palabra ‘sistema’ como designación de una obra que no tiene por objeto una investigación exclusivamente histórica del derecho romano, aunque tampoco la descarta, pues lo que pretende es, al mismo tiempo, depurar aquel derecho —desvelando críticamente muchos errores de

interpretación— y acoplarlo a las necesidades de los tiempos nuevos. En el prólogo —amplio y justificativo— aparece por primera vez la expresión ‘sistema’ con referencia a las dos actividades humanas de que es susceptible el derecho. Una es la actividad consistente en “ocuparse del conjunto del sistema científico, la cual comprende la ciencia, los libros, la enseñanza”, y otra, ‘hacer aplicación de las reglas a los acontecimientos de la vida’. Alude aquí Savigny a la distinción entre ciencia o teoría y técnica o práctica. Concibe la ciencia como sistema. Pero tanta importancia concede siempre a la unidad, que sólo considera admisible la distinción ‘si no se pierde de vista la unidad primitiva, si el teórico conserva y cultiva la inteligencia de la práctica y el práctico la inteligencia de la teoría’.⁽²⁶⁾

En su vertiente de sistema, el método de Savigny estudia las correlaciones, la construcción que implican las normas positivas, lo que supone para ese momento constructivo dejar como un *prius* externo la valoración y trabajar con las valoraciones “congeladas” en la forma de mandatos para los tipos abstractos, forma de expresión obligada en los ordenamientos regidos por el principio general de la igualdad ante la ley. El que ese conjunto de normas sea el “modelo” para las conductas y para las interacciones sociales jurídicamente pertinentes (su imposición activa implica también una valoración) debe ser también abstraído en el momento de la construcción. Este opera sólo sobre los mandatos en cuanto normas para determinar su sistema.

También, por supuesto, la posterior jurisprudencia de los conceptos y más recientemente Kelsen, han pretendido y en mayor grado la desconexión de ese momento valorativo, y además con la idea de convertir las operaciones teóricas que resultan del sistema en el mecanismo mismo de la aplicación del derecho a la práctica.

Esto último es ya una seducción por el sistema, una mitificación del instrumento, que además de escapar a las pretensiones puramente epistemológicas del método estructural y de basarse en cuanto forma de operación en cadenas de deducciones contrarias a las multidireccionales interrelaciones de un sistema de estructuras, niega la realidad misma del derecho como aplicación, que no desconoce la intencionalidad, la buena fe y otros valores generales del ordenamiento como presupuestos, incluso implícitos, de la aplicación de las normas.

Desconexión del momento valorativo como método de conocimiento y de construcción no significa, como se puede ver en la concepción de Savigny, negación de los orígenes y fines predominantemente axiológicos del derecho. Y no digo exclusivamente, porque, como es evidente, muchas normas tienen su origen en las limitaciones naturales de la conducta humana y no propiamente en valores.

Pero el que, la actividad racional, al normar jurídicamente la conducta conforme a valores (o si es del caso, antivalores) y a la naturaleza de las cosas, siga ciertas pautas, determine ciertas estructuras conceptuales (en el sentido usual del término “estructura”), utilice ciertos conceptos puramente instrumentales, de los cuales los más generales son el de relación jurídica y el de actos y negocios jurídicos,

abre un interesante campo —ya explorado en el aspecto de construcción propiamente dicha por la pandectística y sus derivaciones— para un estudio sincrónico de esas regularidades y conceptos instrumentales en un sistema, con miras a intentar definirlos por sus solas relaciones. Si esto se alcanza, en ese momento habría un conocimiento estructural de *un nivel* en un ordenamiento jurídico; por supuesto, no de lo jurídico y menos del derecho. Como dice el tratadista español que más se ha ocupado de los problemas de método y de la aplicación del método estructural: “Si científicamente es separable el contenido de la forma, en la realidad humana el derecho no se percibe, ni emanando de nosotros, ni totalmente desligado del contenido”. (27)

Pero esto nos sugiere, de alguna manera, la idea de una lengua como estructura expresiva, producto o desarrollo particular a su vez de las ignotas estructuras del lenguaje, y marco también dentro del cual, observando sus reglas, pero con elasticidad de acción, el habla o uso de la lengua combina en formas más particularizadas esas reglas que a ese nivel son generales.

Hay una cierta similitud externa entre el derecho, en cuanto totalidad valorativa, normativa y aplicativa, y el lenguaje; entre un ordenamiento en tanto conjunto de normas y sistema (abstracciones valorativas e instrumentación y construcción) y un sistema de lengua; y, finalmente, entre el derecho en cuanto aplicación del modelo abstracto a los casos particulares, y el habla en tanto construcción circunstancial.

Aunque, claro, no se debe perder de vista, como ya se ha señalado antes, el carácter puramente instrumental del sistema de la lengua, en contraposición al sistema jurídico, que es mixto porque al lado de las nociones puramente instrumentales están los fines o contenidos propiamente dichos: los mandatos según tipos abstractos.

Así, por ejemplo, con la estructura fonética y léxica del idioma español podría crearse una lengua completamente incomprensible para el hispanohablante con sólo variar la asignación semántica de unas palabras a las otras, o, con el mismo resultado, escribirse una cadena semántica propia del idioma español con los idiogramas chinos. En ambos casos habría un cambio del código utilizado para asignar significados a los significantes, con la conservación total de las estructuras fonéticas y léxicas, permisible porque el sistema de transmisión es un puro instrumento al servicio de la comunicación de los conceptos.

La instrumentación en el derecho no sería del orden de los significantes, sino de un grupo de los significados con respecto del otro, porque el lenguaje es un presupuesto del derecho al igual que de las demás instituciones sociales: con base en él se transmiten significados de muy diversos órdenes que forman a su vez grupos y sistemas; el del derecho es uno más, correspondiente a un sistema de “distribución de poderes y deberes dirigidos a fijar el puesto de la persona en la sociedad; otorga potestades y prerrogativas a unos a expensas de otros, generalmente de manera recíproca”, (28) que se caracteriza porque le resulta indispensable imponerse mediante la coacción ejercida por un centro de voluntad exterior políticamente determinado.

Conceptos tales como derecho subjetivo, deber, relación jurídica, prescripción, propiedad, garantía, término, condición, expresan puras categorías que como mandatos nada significan en tanto no instrumenten una conducta impuesta a una determinada abstracción del sujeto, en una forma, modo y sentido determinados.

El primer paso para el aislamiento del momento valorativo podría ser la consideración del proceso de formación de las normas como perteneciente a un plano similar al del lenguaje, montado en el eje de la diacronía —que en realidad es un simple escenario donde, en el caso de la lingüística, actúan los mecanismos del lenguaje, y en el del derecho, los de los valores—, por lo que sería objeto de análisis un determinado estado sincrónico de ordenamiento jurídico. Seguidamente, en este conjunto de contenidos que presenta las características de construcción y de sistema ya conocidas por la ciencia jurídica, se efectuaría la separación de los puramente instrumentales. Sobre estos últimos se crearían los modelos (en el sentido del estructuralismo antropológico) funcionales, los cuales, aplicados a modo de “enrejillado epistemológico” de Lévi-Strauss que se verá más adelante, darían (probablemente) luz sobre esa todavía hipotética estructura funcional.

Quedaría fuera también, al igual que el habla en la lingüística, el momento de aplicación de las normas, que entraña una reconstrucción del momento valorativo. Desde el tradicional ángulo sistemático, se intentaría concretar en el grupo de significados instrumentales las funciones según criterios estructuralistas.

El otro grupo de conceptos, los instrumentados y no los instrumentales, que suponen, como se dijo, una congelación en abstracto de un momento valorativo, habría que dejarlos de momento fuera de ese análisis estructural. Como Piaget dice (véase cita N° 23), lo propio de una norma es conservar y hacer conservar su valor por ser obligatoria y, por tanto, su equilibrio depende de su historia, puesto que el carácter distintivo de ese desarrollo consiste en ser dirigido hacia tal equilibrio. Acaso se acerquen a las estructuras económicas citadas por Piaget, las cuales por comprender interacciones sincrónicas de valores, tienen un carácter mixto: sincrónicas y diacrónicas. El derecho vivo en un determinado momento es el que corresponde a la interacción de los valores que realmente tienen vigencia en un determinado estado social, aunque las normas caídas en desuso estén formalmente promulgadas y sean obligatorias.

Al igual que el valor de un producto no depende tanto de su historia como de las condiciones de mercado, la extensión, por ejemplo del concepto de propiedad o de responsabilidad extracontractual (en cuanto a su radio de acción, no en cuanto a su concepto abstracto (en que quizá sea instrumental), depende de la interacción de los valores de un estado de derecho determinado.

Queda otra aproximación al problema desde el ángulo utilizado por Lévi-Strauss en su aplicación del método estructuralista a los hechos etnológicos.

Para Lévi-Strauss, la etnografía es la ciencia descriptiva de las costumbres, creencias y hábitos de los pueblos primitivos, y la etnología, la ciencia explicativa de estos fenómenos. Inspirándose en parte en Durkheim, para quien sólo en una "sociológica" se encuentra la explicación de los fenómenos sociales, y adaptando de la fonología estructural el método de análisis estructural, encuentra una organización lógica en los fenómenos etnográficos. Esta organización se hace patente mediante el modelo relacional que, montado sobre cortes y contrastes del contenido de la información etnográfica, revela la estructura subyacente, es decir, la "sociológica" del fenómeno o el "logos" que permite pasar de la etnografía a la etnología.

La aplicación de ese modelo relacional a diversos fenómenos, por ejemplo, varios mitos, grupos de sistemas de parentesco, etc..., le ha permitido agrupar en un mismo conjunto aquellos que responden a la misma estructura por tener un conjunto de oposiciones en posición isomórfica, aunque los contenidos mismos de la oposición sean diversos (por ejemplo, visuales, blanco-rojo; auditivos, ruido-silencio). El pase de un elemento de un grupo a otro con las mismas igualdades relacionales, lo denomina transformación, que no implica, como se puede ver, transformación de la estructura, sino integridad de la misma y transformación accidental de los elementos del contenido sobre los cuales aquélla se monta.

La estructura así determinada viene a ser una armazón abstracta de "significantes" montada sobre esas marcas determinadas por las oposiciones. Pero significantes con relación a significados del nivel aparente, y, por el contrario, estructura pura con relación al nivel subyacente: la información que resulta de la comprobación de la comunidad de estructuras entre elementos de un grupo de transformación, resulta del sentido hacia el que esa comunidad se orienta. Es, como dice Piaget en la cita comentada, "una organización de los significados" (del nivel aparente, hay que añadir).

8. Etnología y derecho

El punto de partida de Lévi-Strauss es el de la distinción entre estructura y realidad (o más bien hechos de la realidad). La distinción no implica una separación de esencia, aserto congruente con su afirmación de que la estructura es "organización lógica aprehendida como una propiedad de lo real". Distingue por ello entre "estructura social" y "relaciones sociales"; la estructura se refiere al conocimiento que se descubre o se elabora (problema filosófico para el caso indiferente) sobre las relaciones sociales que son el objeto del análisis.

"La noción de estructura social no se refiere a la realidad empírica, sino a los modelos contruidos conforme a ella. Aparece así la diferencia entre dos nociones, a tal punto vecinas que con frecuencia se las ha confundido: me refiero a la de estructura social y a la de relaciones sociales. Las relaciones sociales son la materia prima empleada para la construcción de los modelos que ponen de ma-

nifiesto la estructura social misma. En ningún caso podría ésta ser reducida al conjunto de las relaciones sociales observables en una sociedad dada."... "Los modelos conscientes —llamados generalmente normas— están entre los más pobres, en razón de su función, que es más la de perpetuar las creencias y los usos que la de exponer sus resortes. El análisis estructural se enfrenta así con una situación paradójica muy bien conocida por el lingüista: cuanto más neta es la estructura aparente, tanto más difícil resulta aprehender la estructura profunda, a causa de los modelos conscientes y deformados que se interponen como obstáculo entre el observador y el sujeto". En cambio, los modelos inconscientes dan cuenta de fenómenos que hasta ahora no han sido relacionados en sistema, lo que facilita el trabajo del etnólogo. (29)

Para ello monta las partes de la estructura subyacente sobre pares de oposiciones obtenidos por observación de la estructura aparente. Estas construcciones pasan a ser unidades de significación que alcanzan a revelar su significado al formar un sistema mediante la estructura relacional de los "modelos contruidos conforme a la realidad empírica".

Los elementos así vistos como unidades de significación pueden ser reglas de parentesco, prohibiciones endogámicas o exogámicas de matrimonio, explicaciones míticas, conceptualizaciones totémicas, prohibiciones relacionadas con el animal totémico (por ejemplo: no comer su carne). Se puede notar cómo esas relaciones sociales que son la materia prima para las estructuras establecidas conforme a modelos son, o se conectan o presentan como aspecto suyos, normativas, reglas de comportamiento, asimilables a normas morales, religiosas e incluso jurídicas, ya que basta para eso que aquéllas estén dotadas de coerción por la autoridad social.

En todo caso, las normas morales y religiosas comparten con las jurídicas, en la teoría general del derecho, el ser eso: normas o reglas de comportamiento. Su diferencia es cualitativa; pero en un rango secundario, no esencial, que no altera su configuración general como normas; atañe sólo al modo de garantizar su eficacia, no a su pretensión de regular la conducta humana.

Claro que en las jurídicas hay además una proyección hacia la conducta propiamente social, o por lo menos individual, pero este matiz se mantiene con las llamadas normas del trato social, también asimilables a las morales y religiosas. La analogía a estos efectos (es decir, en tanto normas) se mantiene y refuerza.

Queda, pues, en pie que la antropología estructural ha aplicado el método estructural a grupos de elementos análogos a lo que constituye la unidad de expresión del derecho: la norma.

Las estructuras así formadas con base en la realidad empírica normativa cumplen, como se dijo, una función comunicante de información. ¿Qué información? La del sentido preciso y ordenado que subyace a las relaciones sociales que forman esa realidad empírica. En este sentido, el propio Lévi-Strauss ha emitido opinión sobre

el tipo de información contenido en las posibles estructuras jurídicas, que desde su posición de antropólogo observa como datos reveladores de la organización social.

Partiendo de que el lenguaje es el hecho cultural por excelencia y que es además el instrumento general de comunicación, dice: "ya que el lenguaje es la más perfecta de todas las manifestaciones de orden cultural que forman, de alguna manera, sistemas, y si queremos comprender lo que son el arte, la religión, el derecho y quizá inclusive la cocina o las reglas de cortesía, habría que concebirlos como códigos formados por la articulación de signos, conforme al modelo de la comunicación lingüística".⁽³⁰⁾

Esta visión no resulta muy alentadora desde el punto de vista del análisis jurídico, porque conduciría a conocer lo que es el derecho como expresión cultural, no en sí mismo como sistema normativo, que es lo que puede interesarle a la ciencia del derecho.

Esta posición por el lado del método es congruente con la sistemática que ha seguido Lévi-Strauss para adaptar el método estructural de la lingüística al análisis de los hechos antropológicos, que en grandes líneas es, como se dijo, una reinterpretación de los datos etnográficos como formas significantes de un mensaje que trasciende lo aparente, conforme al orden de una estructura.

El significado se produce por una flexión del pensamiento sobre los productos objetivados de su propia actividad —que en el caso de lo jurídico lo sería en tanto rectora de las conductas humanas en sociedad—. Como resultado se torna aparente el sentido unitario que subyace a la correspondiente parcela de lo cultural; resultado que Lévi-Strauss asume en principio en virtud de su hipótesis general acerca de que lo cultural se produce a través de los canales de un pensamiento estructuralmente ordenado.

Para encontrar la estructura subyacente es necesario tomar distancia y empobrecer la realidad mediante la abstracción, tomando en cuenta que —como dice Lévi-Strauss, y este sería el caso del derecho— "cuanto más se acumulan nuestros conocimientos, tanto más se oscurece el esquema de conjunto, porque las dimensiones se multiplican y porque el acrecentamiento de los ejes de referencia más allá de un determinado umbral, paraliza los métodos intuitivos: no se llega a imaginar un sistema, una vez que su representación exige un continuo de más de tres o cuatro dimensiones".⁽³¹⁾

Por otra parte, es extraordinariamente interesante la función mediadora que desempeña en el método de Lévi-Strauss el modelo mismo, como un operador entre naturaleza y cultura, y no como en Durkheim y Malinowski, confinado exclusivamente en una de las realidades y reducido únicamente a lo aparente del totem o del sistema mítico: "la naturaleza no es contradictoria en sí misma, puede serlo solamente en los términos de la actividad humana particular que se inscribe en ella; y las propiedades del medio adquieren significaciones diferentes según la forma histórica y técnica que cobra tal o cual género de actividad. Por otra parte, y aun promovida a este nivel

humano, que es el único que puede conferirles inteligibilidad, las relaciones del hombre con el medio natural desempeñan el papel de objetos de pensamiento: el hombre las percibe pasivamente, las tritura después de haberlas reducido a conceptos, para desprender de ellas un sistema que nunca está predeterminado: suponiendo que la situación sea la misma, se presta siempre a varias sistematizaciones posibles. El error de Manharot y de la escuela naturalista fue creer que los fenómenos son lo que los mitos tratan de explicar: siendo que, más bien, son aquello por medio de lo cual los mitos tratan de explicar realidades que no son de orden natural, sino lógico".⁽³²⁾

La estructura se dispone sobre oposiciones o diferencias del contenido de primer nivel; esto supone un vuelco radical a la consideración antropológica anterior orientada a la búsqueda de semejanzas entre los elementos de la cultura como criterio de análisis. Y esto es así, porque se considera la estructura —para emplear el símil musical que ejemplifica Lévi-Strauss— como un tema, del cual constituyen variaciones los distintos grupos de fenómenos en apariencia distintos. El tema propiamente dicho constituye la ley general y el paso de un grupo al otro para encontrar el tema subyacente a las variaciones, es la transformación.

En palabras de Lévi-Strauss: "Ahora bien, lo que importa, tanto en el plano de la reflexión intelectual como en el plano práctico, es la evidencia de las separaciones mucho más que su contenido; forman, una vez que existen, un sistema utilizable, a la manera de un enrejillado que se aplica, para descifrarlo, sobre un texto al que su inteligibilidad primera da la apariencia de un flujo indistinto, y en el cual el enrejillado permite introducir cortes y contrastes, es decir, las condiciones formales de un mensaje significante".⁽³³⁾

Pero es un tema de índole especial: silencioso, porque la música aparente toca el son de la realidad exterior; es un tema de segundo grado, montado, casi se podría decir, en las discordancias de la oposición. Encontrado ese código y ordenadas las diferencias para traer a luz la estructura, se encuentra el enfoque unitario de la diversidad.

Este ha sido el caso, por ejemplo, de los mitos de las tribus primitivas, que por su diversidad se presentan exteriormente como el producto de una actividad fabuladora sin control, en la que trabajosamente, sobre realidad tan refractaria al orden, la antropología no estructuralista se limitaba a un tratamiento científico de orden descriptivo.

El sistema de Lévi-Strauss ha permitido no obstante introducir en ese caos, orden, significación precisa y tratamiento científico de orden explicativo.

¿Cuáles han sido los pasos? Una versión, abreviada y clara, es la de Jean Cuisenier:⁽³⁴⁾

"Si consideramos estos últimos materiales, los mitos, la primera gestión del análisis, la primera dificultad será fijar esta configura-

ción particular de elementos de los cuales está formado cada mito, a través de la diversidad de versiones que sobre el mismo se poseen. Cada versión, en efecto, hay que comprenderla como un singular arreglo de mitemas 'grandes unidades de significación', análogas a 'frases', que agrupan a los semantemas como los semantemas agrupan a los morfemas y los morfemas a los fonemas. Guiado sólo por las reglas generales del análisis estructural 'economía de aplicación, unidad de solución; posibilidad de restituir el conjunto a partir de un fragmento y de prever los desarrollos posteriores basándonos en los datos actuales', el etnólogo va, por consiguiente, a establecer el texto de cada mito descubriendo las correlaciones existentes entre separaciones diferenciales, y aplicando al conjunto de versiones cierto número de operaciones lógicas, al término de las cuales se debe poder desglosar la 'ley estructural del mito considerado'.

Para Jean Pouillon el método estructural comporta dos pasos y el establecimiento de las reglas de transformación.⁽³⁵⁾

El paso inicial consiste en reconocer que es posible "confrontar conjuntos diferentes, en virtud de sus diferencias (que se trata entonces de ordenar) y no a pesar de ellas". Así, por ejemplo, el lingüista ordena oposiciones en vez de agrupar parecidos, lo mismo en la relación sintagmática que en la relación paradigmática, y en todos los niveles de la lengua (fonológico, sintáctico, semántico).

"En cuanto al etnólogo, al interesarse más en las diferencias entre las sociedades que en sus rasgos comunes, trata de dar una explicación de las primeras que no las absorbe de nuevo en beneficio de las segundas".

Pero estas diferencias son la vía y el instrumento para encontrar a continuación semejanzas. "El método consiste, pues, primeramente, en reconocer entre los conjuntos organizados, que se comparan precisamente para verificar la hipótesis, diferencias que no sean simples otredades, sino que indiquen la relación común según la cual se definen".

En el segundo paso, a la idea de relación se unen la de ordenación y la noción de transformación y la ley que la determina, que pasa a darle un contenido exacto a la semejanza resultante de la estructura de las oposiciones, y que es el factor que explica las variantes según las reglas precisas de transformación.

Consiste en segundo lugar en ordenarlos en el eje (o en los ejes semántico así precisado, de tal suerte que los conjuntos considerados aparezcan como variantes entre sí y el conjunto de estos conjuntos como el producto de una arte combinatoria"... "Las variables que explican las diferencias no se refieren a más invariable que a su regla de variabilidad; la estructura es esencialmente la sintaxis de las transformaciones que permiten pasar de una variante a otra, y es esta sintaxis la que informa sobre su número limitado, sobre la explotación restringida de las posibilidades teóricas".⁽³⁶⁾

Es preciso tener en cuenta las modalidades que el sistema del lenguaje imprime al análisis estructural lingüístico, respecto de otras creaciones del espíritu humano.

A estos efectos, Jean Piaget, partiendo del carácter arbitrario del signo lingüístico, distingue entre estructuras del significante (caso lingüístico, salvo en su nivel semántico) y las estructuras de los propios significados (en el caso de las normas, de realidades que implican en sí mismas su valor y su poder normativo). Sin embargo, la diferencia no parece ser tan tajante como lo es al parecer para Piaget, ya que, como se vio anteriormente en los otros dominios culturales aludidos, también existen significantes —los elementos— de la estructura aparente sobre los cuales el enrejillado del modelo permite ver la estructura. No es en realidad la estructura directa de los significados conscientes, sino la de los significantes, lo que la mediación del modelo permite ver. La operación estructural consistirá entonces en descubrir significados en un segundo nivel, cuya ordenación señalará el sentido.

Queda en todo caso el matiz diferencial de que la lingüística, salvo en el nivel semántico, trabaja con signos puros, en tanto que en los otros estructuralismos se trabaja con elementos mixtos: a un nivel significados, en otro signo.

Tal sería también el caso del derecho, en cualquiera de los dos esquemas de aproximación sugeridos: el primero mediante la ordenación lingüística y el carácter exclusivamente instrumental del lenguaje, y el segundo a través del método que Lévi-Strauss aplica a las realidades etnográficas.

Paul Ricoeur⁽³⁷⁾ determina más concretamente los pasos de un análisis estructural en la lengua, tratando de demostrar que "el tipo de inteligibilidad que se expresa en los estructuralismos triunfa en todos los casos donde se puede:

- a) trabajar sobre un corpus ya constituido, detenido, cerrado, y en este sentido, muerto;
- b) establecer inventarios de elementos y de unidades;
- c) colocar estos elementos o unidades en las relaciones de oposición binaria;
- d) establecer una álgebra o una combinación de esos elementos y de esas parejas de oposición".

Confirma lo anterior el siguiente texto de Lévi-Strauss: "Dicho de otra manera, los sistemas de denominación y de clasificación, comúnmente llamados totémicos, sacan su valor operatorio de su carácter formal: son códigos capaces de transmitir mensajes traducibles en los términos de otros códigos y de expresar en su propio sistema los mensajes recibidos por el canal de códigos diferentes".⁽³⁸⁾

En todos los casos el modelo lo es en el sentido estricto de estructura que guarda una isomorfía con otra estructura, cuyas relaciones a efectos operatorios se han —por así decirlo— fotografiado.

teado correctamente, así como al haber establecido una red de analogías entre el sistema jurídico y el fonético, paso previo, en definitiva, para cualquier intento de aplicar al derecho una metodología estructural.

9. Conclusiones

En conclusión, el término "transformación" tiene dos sentidos en Hjelmslev. El primero, que se refiere, como se dijo, a la transformación de lo exterior para hacer aparente la estructura común del grupo de transformaciones, coincide con el sentido con que es utilizado el término en la obra de Lévi-Strauss. El segundo se refiere a los cambios en las leyes que establecen o reflejan la estructura (si ambos términos son equivalentes, o si el reflejo es de las leyes propiamente estructurales, es algo que no queda claro en el texto). Esto último, aun con el matiz que impone el "reflejan", en todo caso se diferencia de las leyes que determinan un "estado", porque establecen una regularidad autónoma y estática que no afecta a la estructura, como en el ejemplo citado por Hjelmslev del cambio de la "p" en "f" al principio de palabra, y que tendría su análogo en la ley que establece el servicio militar a una determinada edad: en tal lengua habría un simple cambio en la morfología de esos morfemas sin repercusiones en el sistema; y en el sistema jurídico donde tal disposición se estableciera, habría una simple modalidad de cumplimiento de la norma —que sí determina una característica del sistema— que establece como prestación obligatoria del ciudadano al Estado el servicio militar, de la cual sería un desarrollo.

Conforme a este planteamiento, cabrían tres tipos de leyes, con alcances y a niveles diferentes.

En el campo jurídico, por ser el derecho regulación de un sector de las relaciones sociales, con conexiones en todo el resto del sistema social, la eliminación, por ejemplo, de la obligación de prestar el servicio militar, repercutiría también en el sistema social.

El sistema de transformaciones, del que es la llave la ley de transformación (en el primer sentido), supone una totalidad, sin perjuicio de que a su vez, como estructura, pueda entrar como subestructura dentro de una totalidad mayor, pero habrá una delimitación de fronteras y un cierre que no necesariamente es absoluto, porque pueden existir variantes aún no conocidas, que acrecienten el grupo con posterioridad. Como dice Piaget⁽⁴¹⁾ en cuanto a lo primero (estructuras formadas por subestructuras), en tal caso no hay anexión, sino confederación, por cuanto no quedan eliminados los componentes como tales estructuras. El problema inmediato para continuar homologando el derecho al lenguaje (con fines puramente heurísticos, como se dijo), es que habría que realizar previamente una distribución de las normas en los tres apartados señalados, porque obviamente todas no serían leyes de la estructura (ni en el sentido genérico ni en el

Las leyes de transformación son en Lévi-Strauss, como se ha dicho, las leyes de la estructura; permiten, por el solo juego de las relaciones, encontrar la unidad de estructura en las variantes del mismo "tema", mediante la transformación.

Tal uso coincide, como se ve, con el sentido con que emplea Hjelmslev el término "transformación" cuando se refiere a las estructuras generales comunes a las lenguas indoeuropeas, que se conservan como legado de la lengua original, y que es posible encontrar en las lenguas derivadas mediante transformación aplicando el correspondiente esquema estructural.

Sin embargo, Hjelmslev, sin especificarlo expresamente, pasa, en el mismo capítulo que motiva este trabajo,⁽³⁹⁾ a emplear el mismo término en un sentido distinto, es decir, como transformación de la estructura, cuando contrapone ley de transformación a ley que determina un estado.⁽⁴⁰⁾

Es obvio que "transformación" como mero término siempre significa lo mismo: modificación, cambio. Pero en el primer caso su campo de acción se extiende a la apariencia, que es la que cambia, persistiendo no obstante su unidad estructural con respecto del grupo de transformaciones de que forman parte, en tanto que en el segundo se extiende a la estructura misma; por eso Hjelmslev puede contraponer transformación a estado, es decir, el mero cambio estático de unos elementos de la estructura, sin repercusión en el conjunto.

Si nos trasladamos ahora del campo fonético al jurídico cabe establecer la analogía. Así, únicamente la modificación de ciertas normas claves de un sistema jurídico determina un cambio de estructura (utilizo el sentido usual del término); no producirían este efecto cambios relativos al modo o a meros conceptos instrumentales, que se analogarían más bien a cambios de "estado", en la versión hjelmsleviana.

Pero entonces asalta una duda cuya resolución puede ser quizá esencial: ¿son todas las leyes que no determinan un estado en un nivel de la lengua leyes de la estructura, o no corresponderán algunas a la descripción de los efectos de otras que sean las propiamente estructurales? Y, en un sistema jurídico, ¿cuáles serían las propiamente estructurales en el sentido específico del término, y qué diferencias guardarían con las que, en el sentido de la construcción visible, determinan las grandes corrientes del sistema?

Y las propiamente estructurales (sentido específico), ¿pertenecen al campo de los conceptos instrumentales o al de los valores "congelados"? Y estos últimos, en los que obviamente deben encontrarse las líneas maestras de la construcción visible, y a partir de los cuales sería muy difícil establecer estructuras puramente sincrónicas, ¿qué relación guardarían con el nivel de las estructuras instrumentales, en el caso de que las haya?

Las respuestas a estas preguntas escapan a las dimensiones de este trabajo, cuyo mérito se reduce a la pretensión de haberlas plan-

específico) ya que unas son normas de las normas, y hay otras —de diversa importancia— que están ínsitas en el agregado.

Pero utilizando como hipótesis de trabajo las analogías más exteriores, la división que se esboza, y, en el caso que se dirá, la construcción de un modelo de la estructura (en el sentido usual del término) de un sistema jurídico, se pueden esbozar algunos esquemas provisorios. Asimismo, partiendo de la esencia misma de la construcción del derecho, que supone la imposición —en diversos grados y modos— de conductas a personas, que como sujetos autónomos de voluntad pueden comprender y ser responsables, se puede elaborar un modelo relacional que señale en forma unívoca los tres diferentes modos que tienen las normas para configurarse. Habrá que tener en cuenta que las normas son mandatos entre centros de voluntad. Tal modelo debe cumplir con eficacia la función puramente artesanal de separar los tres tipos normativos, permitiendo así reagrupar un ordenamiento con facilidad bajo otro criterio de ordenación, construyendo un enrejillado para su mera aplicación. A tal fin importa establecer las siguientes consideraciones y sugerencias:

1. El eje de la diacronía es un mero escenario en el que actúan los mecanismos que establecen tanto el sistema de las lenguas como los valores que determinan la ordenación de las conductas. Congelando un estado de lengua o un estado de un ordenamiento jurídico, se obtiene un momento sincrónico en el que se pueden estudiar las correlaciones que formen un sistema, bajo la óptica de sus meras funciones, para de tal forma alcanzar un mecanismo que se explique por sí mismo. Tal cosa se ha logrado en la lingüística; no así en el derecho; pero como método de aplicación estructural, sería esa una de las más prometedoras vías a seguir.

Seguir este método para el análisis de un sistema jurídico supondría dejar como algo exterior tanto la génesis de la norma como su aplicación al caso concreto, que suponen ambos una actuación del momento valorativo.

2. En este primer paso realizado en un sistema jurídico, se estudiaría primero la estructura en el sentido usual, con el objeto de tener una imagen global de las interrelaciones del conjunto. Esto llevaría a elaborar un modelo gráfico del conjunto así formado, en donde se agruparían las normas por niveles, en orden de condicionante a condicionado, con indicación de las retroacciones y correlaciones posibles. * Sería algo así como un tejido neuronal dispuesto en capas concéntricas, como las de una cebolla. Como un tejido neuronal, porque, en primer lugar, habría unos centros de concentración de normas que serían las instituciones del sistema jurídico y porque,

* Uno de los trabajos que se ofrecen en este volumen desarrolla esta sugerencia. Véase infra: *Aplicación del análisis estructural al Derecho*, A. Mesa Mengíbar.

en segundo lugar, al igual que en el cerebro, por la vía de las conexiones multidireccionales posibles entre los diversos centros y las diversas capas, según la multiplicidad de relaciones en que pueden orientarse las sinapsis entre las células, habría un complejo multidireccional, según niveles, y de orden tridimensional (en los planos de las relaciones) en cierta forma análoga al de las conexiones cerebrales.

Esta presentación permitiría superar las desventajas que presenta el modelo piramidal y bidimensional, exclusivamente descendente y deductivo more geométrico, que ofrece el modelo de Hans Kelsen.

3ª Esta primera claridad en la ordenación podría conducir a apreciar con mayor nitidez el conjunto de las oposiciones de los elementos sobre los cuales pudiera eventualmente montarse el hipotético sistema estructural que se busca (sentido específico del término).

4ª Como una primera aproximación, al igual que en la lingüística, en que las estructuras encontradas lo son de la parte puramente instrumental —los significantes—, podría pensarse que esas estructuras jurídicas se encuentren en las normas, o sea en la parte puramente instrumental del derecho. Para ello habría que separar las normas en apartados que contengan respectivamente las normas que supongan momentos valorativos, y las que sean pura instrumentación y desarrollo conceptual de éstas. Asimismo, podría ser útil dividir las primeras en aquellas que sean claves de la estructura aparente y las que sólo determinen estados o modos.

5ª Aplicando la idea de Lévi-Strauss, podría considerarse el modelo sincrónico expuesto en la segunda conclusión, como un operador entre el mundo de los valores y el de la facticidad, al igual que el sistema mítico es un operador entre naturaleza y cultura y el sistema de la lengua lo es entre los mecanismos del lenguaje y el mundo de los conceptos, y lanzarse así a la búsqueda de las propiedades y características propias del operador, explicables sólo dentro de su conjunto de relaciones, con abstracción de todo el proceso diacrónico de la valoración.

6ª Tomando en cuenta que las normas, en último término, siempre se pueden reducir a mandatos señalados a las conductas de centros de voluntad dominados por un centro de voluntad imperante y coercitivo producto de la misma sociedad, y generalmente políticamente determinado, y que las posibilidades de determinar la conducta siempre siguen el esquema triádico que a continuación se describe; se puede hacer un modelo definible por sus solas relaciones que permita separar en cualquier conjunto normativo las tres diferentes funciones a que responden cada una de esas tres posibilidades únicas.

En efecto, o bien la norma señala tanto el contenido de la conducta como la obligatoriedad de la misma por el mero hecho de

estar situado dentro de sus presupuestos, sin que previamente se haya accedido a ellos por un acto directo de voluntad del dominado y sin posibilidad de que también por un acto de voluntad pueda renunciar a la ubicación en tal posición; o bien la norma señala el contenido de la conducta, pero para llegar a la situación que es su presupuesto de aplicación establece un acto previo de voluntad por parte del sujeto dominado; o bien la norma señala sólo un marco para el contenido de la conducta y deja tanto la concreción particular como la puesta en posición de sus presupuestos a la voluntad de los centros dominados.

El primer caso sería el de las normas de orden público en cualquiera de sus modalidades, abarcando todas aquellas situaciones necesarias, por la naturaleza de las cosas o por la necesidad de subsistencia del ordenamiento; el segundo, el de los tipos de actuaciones que canalizan la actividad permisible a la conducta, que operan también mediante la técnica jurídica del acto no imperativo; así, por ejemplo, el régimen de la propiedad o el de la hipoteca, que se debe cumplir, pero que sólo coarta a la voluntad si previamente, mediante actos de voluntad, se llega a la condición de propietario o de acreedor o deudor en una relación hipotecaria; y finalmente, el tercero, que sería el caso de las ordenaciones generales para actividades también del orden de lo permisible, donde funciona la técnica jurídica conocida como negocio jurídico y donde la voluntad no sólo quiere hacer actuar la norma, sino que involucra también unos determinados efectos. Sería éste el caso de los testamentos y de los contratos.

Este esquema tendría un valor puramente artesanal, de clasificación según esta perspectiva, pero su aplicación práctica sobre un ordenamiento podría conducir a un punto de mira desde el cual se aprecien nuevas relaciones que la complejidad inmediata del sistema mueva a la intuición del observador.

NOTAS

- (1) Obras traducidas al castellano: *El lenguaje*, 1968; *Prolegómenos a una teoría del lenguaje*, 1971, ambas de la Editorial Gredos, Madrid.
- (2) *La lingüística*, Jean Perrot. Colección "¿Qué sé?", Barcelona, p. 109.
- (3) Ob. cit., p. 99.
- (4) *El lenguaje*. Editorial Gredos, Madrid, 1968, p. 153.
- (5) Hjelmslev, ob. cit., pp. 153-154.
- (6) Hjelmslev, ob. cit., pp. 153-154.

- (7) Ob. cit., pp. 155-156.
- (8) Ob. cit., p. 39.
- (9) Ob. cit., pp. 159-160.
- (10) Ob. cit., p. 164.
- (11) Ob. cit., p. 161.
- (12) *Para comprender el estructuralismo*, Editorial Galerna, Buenos Aires, 1969, p. 11.
- (13) *Aproximación al estructuralismo*, Editorial Galerna, Buenos Aires, 1970, p. 58.
- (14) *Antropología estructural*, Eudeba, Buenos Aires, p. 34.
- (15) Citado por Jean Pouillon, *Problemas del estructuralismo*, Siglo XXI, Méjico, 1969, p. 15.
- (16) *Lévi-Strauss, antropólogo y filósofo*, Editorial Anagrama, Cuadernos 1970, Barcelona, p. 8.
- (17) Ob. cit., p. 32.
- (18) *Claves para la lingüística*, Editorial Anagrama, Barcelona, 1971, p. 72.
- (19) *Los dioses de los indoeuropeos*, Seix Barral, Barcelona, 1970.
- (20) A. J. Greimas, *Semántica estructural*, Editorial Gredos, Madrid, 1972.
- (21) *Mente y cerebro*, Siglo XXI, Méjico, 1970, p. 72.
- (22) Un desarrollo de esta línea argumental en Eddington, ob. cit., traducción española: *La filosofía de la ciencia física*, Editorial Losada, Buenos Aires, 1968.
- (23) *El estructuralismo*, Editorial Proteo, 1969, Buenos Aires, pp. 69 y 70.
- (24) Antonio Hernández Gil, *Metodología de la ciencia del derecho*, tomo 2º, páginas 444 y ss.
- (25) Antonio Hernández Gil, ob. cit., p. 436.
- (26) Antonio Hernández Gil, ob. cit., p. 373.
- (27) Antonio Hernández Gil, ob. cit., p. 461.
- (28) Antonio Hernández Gil, ob. cit., p. 249.
- (29) L. S., citado por Serge Thion: *Aproximación al estructuralismo*, Editorial Galerna, Buenos Aires, 1970, p. 12.
- (30) *Arte, lenguaje, etnología. Conversaciones con Lévi-Strauss*, Siglo XXI, 1969, p. 134.
- (31) *El pensamiento salvaje* FCE; Méjico, 1964, p. 133.
- (32) Ob. cit., p. 142.
- (33) Id., p. 115.
- (34) Artículo publicado en L'Esprit, 1967; traducción española: "El estructuralismo de la palabra, de la idea y de los instrumentos", *Revista Pensamiento Crítico*, La Habana, Nos. 18-19, 1968, p. 19.
- (35) "Un ensayo de definición", en *Problemas del estructuralismo*, Editorial Siglo XXI, 3ª edición, 1969, Méjico, pp. 7 y ss.
- (36) Ob. cit., p. 12.
- (37) *Pensamiento crítico*, N° cit., p. 33.
- (38) *El pensamiento salvaje*, ob. cit., p. 99.
- (39) Ob. cit., último capítulo.
- (40) Ob. cit., pp. 161 y 162.
- (41) Ob. cit., p. 17.

89-118

COMENTARIOS AL CODIGO DE FAMILIA

Prof. Eladio Vargas Fernández

Durante los años 1968 y 1969 la Asamblea Legislativa organizó una Comisión integrada por varios Diputados y por algunas personas que nos hemos interesado en el estudio del Derecho de familia, con el objeto de que elaborara un ante-proyecto de Código de Familia, que actualice esa importante rama del derecho patrio y que constituya a la vez un adecuado instrumento jurídico que ayude a resolver los numerosos y cada día más complicados y apremiantes problemas que afronta la familia en los tiempos que corren. La Comisión elaboró el anteproyecto que le fue encomendado y lo entregó al Directorio de la Asamblea Legislativa en el mes de mayo de 1970, quedando desde entonces sometido a estudio de ese alto Poder.

Como tuve el honor de trabajar en la confección de dicho anteproyecto al lado de distinguidas personas interesadas en tan importante labor, y como ya el referido anteproyecto se ha convertido en ley de la República, cuya vigencia se ha señalado para el 5 de agosto del corriente año, me parece conveniente hacer algunas observaciones relacionadas con ese Código, el cual acogió en parte la labor realizada por la referida Comisión, pero también desestimó otra parte e introdujo cambios e innovaciones que resulta de interés analizar.

Antes de hacer cualquier comentario acerca de las disposiciones que contiene el Código de Familia parece recomendable hacer algunas consideraciones previas sobre el Derecho de Familia y de la conveniencia de contar con un cuerpo de leyes que contenga todo lo relacionado con esa importante rama del Derecho.

Desde la promulgación del Código Civil en el año 1888 el derecho de familia costarricense formó parte de ese Código, en cuyo Libro Primero está la mayor parte de las disposiciones sobre esta materia. Existen, además, otras leyes promulgadas con posterioridad al Código Civil, las cuales contienen también importantes preceptos acerca del de Derecho de Familia, pero lo fundamental de éste se encuentra en el Código Civil.

El Derecho de Familia ha venido adquiriendo en las últimas décadas una gran importancia debido sin duda alguna a que la finalidad que persigue es proteger esa milenaria y estrecha agrupación

humana que recibe el nombre de familia, la cual tiene su origen en el vínculo de la sangre que tan hondamente liga a unos seres humanos con otros. Es probable que ninguna de las agrupaciones humanas que tutelan el derecho tenga tanta importancia como el núcleo familiar, si se toma en cuenta que éste ha sido considerado como la piedra angular de la sociedad humana, pues aparte de su función primaria de perpetuar la especie, ejerce, entre otras, una función educativa ya que en el seno de la familia se cultivan hábitos, sentimientos y principios que ayudan a forjar la personalidad del hombre, así como una función asistencial consistente en dar a sus miembros protección alimenticia, interpretada ésta con toda la amplitud que le otorga su acepción jurídica, y que comprende, no sólo las sustancias nutritivas, sino todas las prestaciones necesarias para el normal desenvolvimiento del ser humano, tales como habitación, vestuario, educación tratándose de menores, y protección amplia en caso de enfermedad o de desvalimiento por motivo de ancianidad. Si sólo tomáramos en cuenta estas trascendentales funciones desempeñadas por el núcleo familiar comprenderemos fácilmente por qué reviste tanta importancia para la sociedad una adecuada legislación que proteja a sus miembros.

Cobra mayor relevancia tal legislación si se considera que en los tiempos actuales debe enfrentar el grave problema de la desintegración de la familia, fenómeno este que los juristas contemporáneos señalan con verdadera alarma, en vista de la deplorable secuela de males que comporta y que incluye entre otros la creciente criminalidad juvenil. "Entre los terribles males que en la época moderna afligen a la humanidad, —ha escrito el destacado penalista Eugenio Cuello Calon—, uno de los más graves es, sin duda, la disgregación, la creciente decadencia de la familia"; y agrega "Los sociólogos, los juristas, moralistas, reiteradamente, con angustiosa voz de alarma, denuncian el peligro y las trágicas consecuencias del hundimiento del hogar familiar, entre otras la miseria, la prostitución, la criminalidad...".

Con el Derecho de Familia ha ocurrido en los últimos tiempos un fenómeno parecido al que ocurrió con el Derecho del Trabajo. Durante mucho tiempo los juristas consideraron que todo lo relacionado con el trabajo humano podía abarcarse en unos pocos artículos del Código Civil bajo el rubro de contrato de arrendamiento de servicios, tal como estuvo en la legislación costarricense hasta el año de 1943 en que se promulgó el Código de Trabajo.

En épocas anteriores se consideraba el trabajo del hombre como una mercancía, que al igual que todos los bienes muebles o inmuebles, podían regirse por disposiciones del derecho privado, similares a las que rigen la compraventa, el arrendamiento o cualquier otro contrato similar. Tal criterio fue abandonado tomando en cuenta que el trabajo del hombre es un bien de más elevada jerarquía que necesita nuevos y distintos instrumentos jurídicos que lo aprecien en su verdadero valor; y fue así como se desprendieron del viejo Código Civil unos cuantos infolios para dar nacimiento a una nueva legisla-

ción que reemplazara el antiguo concepto materialista del trabajo por otro más acorde con la dignidad humana.

Con el Derecho de Familia se ha dado una situación similar. Los brillantes juristas que elaboraron nuestro Código Civil, siguiendo las ideas entonces prevaletentes, contemplaron todo lo relacionado con el Derecho de Familia, como antes se dijo, en el Libro Primero de ese cuerpo de leyes, quedando desde luego tan importante materia sujeta casi totalmente a las prescripciones del derecho privado, en donde impera la voluntad de las partes. Pero actualmente ese criterio ha sido abandonado. Así como los juristas que crearon el Derecho de Trabajo rechazaron la idea de que la relación que liga al patrón con el obrero era similar a la que liga al comprador con el vendedor, y reclamaron y obtuvieron una concepción nueva y diferente para el vínculo obrero-patronal, así los juristas contemporáneos que elaboran el Derecho de Familia reclaman también una concepción nueva y distinta para la relación jurídica que liga al marido con la esposa, al padre con el hijo, al tutor con el pupilo, y a todas las demás personas que integran el núcleo familiar. Requieren también un nuevo concepto instituciones como el matrimonio, la adopción, la patria potestad, la tutela, etc., pues ninguna de éstas puede ser enfocada con el mismo criterio con que se enfocan las diversas instituciones del derecho privado. En estas últimas, la ley tutela fundamentalmente intereses particulares, en las últimas intereses sociales (no públicos) como son todos los intereses morales y aun materiales en la más antigua e importante de todas las agrupaciones humanas: la familia.

II

Parece de indudable interés que sean algunos distinguidos juristas de reconocido prestigio internacional los que nos ofrezcan un concepto claro y preciso del Derecho de Familia, así como de su gran importancia.

Pero antes de transcribir sus autorizadas opiniones al respecto justo es decir que el derecho costarricense ya había dictado normas de esta importante rama del Derecho, antes de que fuera promulgado el Código de Familia. En efecto: La Constitución Política de 1871 adicionada por ley número 24 de 2 de julio de 1943, dispuso en su artículo 51 que el Estado debe procurar el mayor bienestar de los costarricenses, protegiendo de modo especial a la familia, base de la nación, y asegurando amparo a la madre y al niño.

Posteriormente, la Constitución del 7 de noviembre de 1949, que actualmente nos rige, estableció varias normas de gran trascen-

dencia que produjeron un cambio profundo en nuestro Derecho de Familia y que vino a colocarlo en una posición muy avanzada y plausible desde todo punto de vista.

Por ser pocas y breves esas normas, vale la pena reproducirlas. Son las siguientes:

“Artículo 51.—La familia, como elemento natural y fundamento de la sociedad, tiene derecho a la protección especial del Estado. Igualmente tendrán derecho a esa protección la madre, el niño, el anciano y el enfermo desvalido”.

“Artículo 52.—El matrimonio es la base esencial de la familia y descansa en la igualdad de derechos de los cónyuges”.

“Artículo 53.—Los padres tienen con sus hijos habidos fuera del matrimonio las mismas obligaciones que con los nacidos en él. Toda persona tiene derecho a saber quiénes son sus padres, conforme a la ley”.

“Artículo 55.—Se prohíbe toda calificación personal sobre la naturaleza de la filiación”.

Fue tan hondo el cambio que determinaron estas pocas disposiciones constitucionales, que posteriormente hubo de promulgarse la Ley número 1443 de 21 de mayo de 1952, con el único objeto de reformar 48 artículos del Código Civil para armonizarlos con los referidos preceptos constitucionales.

Leamos ahora la autorizada opinión de algunos juristas que como dije al principio, nos ofrecen un concepto claro y preciso de esta importante rama del derecho, así como de su gran importancia.

El Prof. Julien Bonnecase define el Derecho de Familia en el sentido amplio del término así: “Por Derecho de Familia entendemos el conjunto de reglas de derecho, de orden personal y patrimonial, cuyo objeto exclusivo, principal, accesorio o indirecto es presidir la organización, vida y disolución de la familia”. Y agrega lo siguiente “Durante siglos la familia se ha revelado como una realidad orgánica, constituida por la unión íntima y jerarquizada, de un grupo extenso de personas, y también como una comunidad de los bienes pertenecientes a ella; dotada de una vida específica de alcance colectivo, en la cual se absorbía más o menos totalmente la actividad particular de los individuos así reunidos. En otros términos, la familia constituía, bajo esta forma, una fusión de personas y de bienes, absorbiéndose en un todo, reglas de orden personal y patrimonial”. Luego expresa que aun cuando ha evolucionado el antiguo concepto de la familia: “La familia es, aun actualmente, no un conjunto de personas y voluntades individuales agrupadas arbitrariamente, sino un dato de la naturaleza, que se impone y traduce en un organismo especial de contornos precisos, animado de una vida colectiva propia, de la cual participan, necesariamente, tanto nuestra condición física y patrimonial, como nuestra existencia moral”. (La Filosofía del Código de Napoleón Aplicada al Derecho de Familia. Páginas 33 - 34 y 35. Traducción al cas-

tellano del Lic. José María Cajica. 1945. Editorial José María Cajica Jr. Puebla, México).

El Prof. Antonio Cicu, dice: “Dada la estructura de las relaciones del derecho de familia, radicalmente diversa, como se ha visto, de la de las relaciones de derecho privado, incluir en el derecho privado el derecho de familia, como se hace generalmente, está en pugna con los más elementales criterios de sistematización científica. Esencialmente diverso es, efectivamente, el objeto de la tutela jurídica en uno y otro campo: en el derecho privado se regulan conflictos de intereses, principalmente sobre la base de la voluntad y de la responsabilidad de los particulares interesados, mientras que en el derecho de familia se garantiza el interés superior frente a los intereses de los individuos. Con todo esto no queremos afirmar que el derecho de familia deba incluirse en el derecho público. La familia no es ente público, no porque no esté sujeta, como los entes públicos, a la vigilancia y a la tutela del Estado (no se ha garantizado todavía a la familia, frente al Estado, una libertad y una autonomía de la misma naturaleza que la privada), sino porque los intereses que debe cuidar no son, como los entes públicos, intereses de la generalidad, por lo cual no está organizada como éstos. Por tanto al derecho de familia se le podría asignar un lugar independiente en la distinción entre derecho público y derecho privado; es decir, que la bipartición podría ser sustituida por una tripartición que respondiera a los caracteres particulares que socialmente asume el agregado familiar frente al agregado político”. (La Filiación. Traducida del italiano por Fausto Jiménez Arnau y José Santacruz Teijeiro. Biblioteca de la “Revista de Derecho Privado”. Madrid. 1930).

El Prof. Francesco Messineo expresa: “Es innegable que el derecho familiar ocupa una posición absolutamente propia en la órbita del derecho privado, —el cual es predominantemente de naturaleza patrimonial—, porque las normas de que resulta, son imperativas o coactivas (denominadas de orden público)...

La índole peculiar del derecho de la familia se demuestra también por la circunstancia de que, por lo general, el ejercicio del derecho o del poder, por parte del sujeto investido de él, no está preordenado a la satisfacción de un interés del sujeto mismo, sino a la exigencia de que se satisfagan ciertos intereses generales...” (Manual de Derecho Civil y Comercial, tomo III, página 31. Editorial argentina Ejea. Traducción de la octava edición italiana por Santiago Sentis Meléndez).

El Prof. Rafael Rojina Villegas, dice: “Las características del derecho de familia permiten diferenciar esta rama de todo el derecho civil patrimonial, mercantil, obrero o agrario. En estas últimas manifestaciones existe el dato común de que el ordenamiento jurídico regula todo lo relacionado con intereses patrimoniales... De lo expuesto se desprende que existe como característica común en todas las citadas ramas del derecho la organización jurídica del patrimonio y la regulación, por lo tanto, de los derechos susceptibles de valorización

económica. En cambio, en el derecho de familia la nota principal se refiere a la regulación de los vínculos no patrimoniales que se crean por el parentesco, el matrimonio y la incapacidad de ciertos sujetos. Sólo de manera secundaria el derecho de familia regula relaciones patrimoniales tanto en lo que se refiere al régimen de los bienes en el matrimonio, como en lo que atañe a la administración de los intereses de los que están sujetos a patria potestad o tutela”.

III

Antes de iniciar estos comentarios a algunos de los primeros cien artículos del Código de Familia me permito manifestar que tendrán un carácter exclusivamente interrogativo o aclaratorio, ya que no me ha sido posible obtener copia de las actas del plenario de la Asamblea Legislativa o de su Comisión de Asuntos Jurídicos, en donde seguramente constan las razones que hubo para hacer cambios de tanta importancia como los que me propongo señalar, pues es indudable que deben haberse producido extensos debates de gran interés cuando fue aprobado el referido Código, los cuales constituyen sin duda alguna la mejor y más satisfactoria respuesta a las dudas o preguntas que me permitiré formular.

Me limitaré a exponer el criterio de los diez miembros que integramos la Comisión Especial encargada de elaborar el anteproyecto que le sirvió de base a la Asamblea Legislativa para aprobar el actual Código de Familia. Tal criterio como es obvio, consta en el propio articulado de dicho anteproyecto y en las actas de las 163 sesiones que efectuó la Comisión Especial desde el mes de diciembre de 1968 en que inició sus labores hasta el mes de abril de 1970 en que las terminó haciendo entrega de su anteproyecto al Directorio de la Asamblea Legislativa. Debo agregar, en cuanto a las actas de la Comisión Especial, que lamentablemente en éstas no se pudo siempre consignar con la exactitud requerida todo cuanto ahí se dijo debido a desperfectos frecuentes en la máquina grabadora que recogió los debates que se produjeron.

Hechas las consideraciones anteriores, comenzaré con el artículo 10. El Proyecto que elaboró la Comisión Especial, que adelante designaré simplemente el Proyecto, para economizar espacio, modificó la doctrina del artículo 49 del Código Civil, el cual dispone que: “Los esposales no producen efecto alguno Civil”, adicionándolo con el siguiente párrafo: “Sin embargo, si con ocasión del incumplimiento de la promesa matrimonial se causaren daños o perjuicios, el responsable está obligado a repararlos”. El Código de Familia suprimió este último párrafo, el cual se conforma con la doctrina que al respecto susten-

tan otros Códigos y diversos tratadistas. Romper un compromiso de cualquier clase sin razón que lo justifique, es un acto de irresponsabilidad que debe ser sancionado en alguna forma, así sea de la manera leve como lo dispuso la Comisión Especial, esto es, obligando al incumplidor a pagar los daños y perjuicios causados, que es lo menos que se puede exigir.

Ya desde el año 1933, cuando el eminente jurista y recordado Prof. don Alberto Brenes Córdoba escribía su Tratado de las Personas, hacía ver que era admisible, en principio, que la parte que hubiera sufrido pérdidas por gastos hechos en razón del concertado matrimonio, pudiera exigir el reintegro de ellos y recordaba que en ese sentido contenían disposiciones expresas el Código Civil suizo y el español (véase la página 119 de dicho Tratado).

Actualmente el artículo 81 del Código Civil italiano y el 143 del Código Civil mexicano para el Distrito y Territorios Federales, mantienen igual criterio.

El tratadista argentino Alberto G. Spota, en el tomo II, del Volumen I de su Tratado de Derecho Civil, expresa que también hay disposiciones similares en el derecho alemán y en el inglés. (Véase página 351, número 47).

Los reputados civilistas franceses Planiol y Ripert en su conocida obra Tratado Práctico de Derecho Civil francés expresan que la jurisprudencia francesa reconoce derecho de indemnización en estos casos, cuando haya culpa del demandado, perjuicio del demandante y relación de causa a efecto entre la culpa y el perjuicio (véase tomo II, número 85, página 70).

Creo que es innecesario hacer mayor acopio de citas en defensa del criterio de la Comisión Especial porque las ya hechas son suficientes, dada la elevada jerarquía intelectual de sus autores. El artículo 11 lo redactó el Proyecto así:

“El matrimonio es la base esencial de la familia y se fundamenta en la igualdad de derechos de los cónyuges. Es perpetuo y tiene por objeto la procreación y el mutuo auxilio”.

El Código de Familia lo modificó en la siguiente forma:

“El matrimonio es la base esencial de la familia y tiene por objeto la vida en común, la cooperación y el mutuo auxilio”.

Como podrá advertirse, se eliminó en primer término el importantísimo concepto de que dentro del matrimonio existe igualdad de derechos de los cónyuges, el cual tiene origen en el artículo 52 de la Constitución Política. No se podrá aducir en defensa de ese criterio que por figurar el concepto eliminado dentro de la Constitución Política, era innecesario repetirlo, porque tratándose de otras disposiciones también de origen constitucional, como son las de los artículos 53 - 54 y 55 de la Constitución Política, se repitieron en los artículos 3 - 4 y 5 del Código de Familia.

En segundo término se eliminó el concepto de que uno de los fines esenciales del matrimonio es la procreación, y se le sustituyó por el de cooperación.

El fin no sólo esencial del matrimonio, sino originario y más importante es precisamente el de la procreación, y es del todo inaceptable que se le reemplace por el de cooperación, el cual es propio de cualquier otra relación jurídica de tipo empresarial, laboral o mercantil.

Es tan de general aceptación el criterio del Proyecto que resulta innecesario hacer acopio de opiniones sobre el punto sobradamente conocidas de todos los que estudian esta materia. Sin embargo, me voy a permitir hacer la transcripción de las dos siguientes autorizadas opiniones:

“El matrimonio es una asociación entre los dos esposos, con obligaciones recíprocas. Pero su objeto esencial es la creación de la familia”. (Planiol y Ripert. Ob. citada. Tomo II. Número 70. Pág. 59).

Por su parte el Prof. Calogero Gangi, de la Universidad de Milán, en su obra Derecho Matrimonial, de la Editorial Aguilar, página 8, número 6, dice:

“Si se quiere considerar solamente el fin esencial del matrimonio, a saber, aquel que no puede faltar nunca en ningún caso, entonces se debe decir que es la unión legal del hombre y de la mujer para constituir una familia legítima...”

La inusitada eliminación de ese fin esencial del matrimonio, obligó a los autores del Código de Familia a crear en el inciso 6 del artículo 14 un nuevo impedimento que comprende a personas que siendo del mismo sexo, pretendan unirse en matrimonio. Este nuevo impedimento estaría sobrando si se hubiera mantenido como fin esencial del matrimonio la procreación, ya que ésta es imposible entre personas de un mismo sexo.

Por otra parte, la doctrina al referirse al matrimonio entre personas de un mismo sexo, que según los señores Planiol y Ripert nunca se ha presentado en la jurisprudencia francesa, manifiestan que podría considerársele como uno de los poquísimos casos en que se admite el matrimonio inexistente, pero en ningún caso lo incluyen o catalogan como un impedimento al matrimonio. (Ob. citada, números 255 y 258. Páginas 197 y 199).

IV

En el artículo 15, inciso 5, se crea un nuevo impedimento al matrimonio según el cual es anulable el matrimonio “cuando fuere celebrado ante funcionario incompetente”. La celebración de un acto jurídico de cualquier naturaleza ante un funcionario incompetente, es motivo de nulidad. Esto es así tanto tratándose de actos jurídicos

como el matrimonio, como en materia procedimental, en donde priva el principio de que toda actuación ante un Tribunal carente de competencia, es nula. Puede entonces decirse que el Código de Familia confunde un motivo de nulidad, con un impedimento al matrimonio, debido seguramente a que ambas situaciones jurídicas tienen un rasgo común consistente en que su inobservancia conduce a la ineficacia del acto jurídico de que se trate, sin que esto quiera decir en modo alguno que se trate de situaciones iguales.

La celebración de un matrimonio anulable como los previstos en el artículo 15 del Código de Familia, es un acto que además de ser nulo, aparece tipificado como una transgresión punible prevista por el artículo 180 del Código Penal.

Los impedimentos al matrimonio los define el Diccionario de Derecho Privado de la Editorial Labor, Tomo I, página 2192 así: “Son aquellas circunstancias existentes en el consentimiento, o en la persona o personas de los contrayentes, que se opongan a la celebración válida del matrimonio...”. El jurista chileno Alfredo Barros Errázuriz, en su Curso de Derecho Civil, Volumen IV, página 33, dice: “Es capaz de contraer matrimonio toda persona que la ley no declara incapaz. Las incapacidades para el matrimonio toman el nombre especial de impedimentos...”. Es decir, que los impedimentos al matrimonio se refieren a la persona o personas de los contrayentes, y la incompetencia al funcionario que lo celebra.

El Código Civil de 1888, aún vigente en esta materia, con su característica sistematización científica, trata tales temas en la forma que corresponde, esto es, en capítulos separados (véase en el Título IV, el Capítulo II, artículos 55 - 56 y 57 relativos a impedimentos, y en el Título IX del mismo capítulo el artículo 96, relativo a la nulidad por incompetencia del funcionario). Este notorio error en que incurre el Código de Familia, lo lleva a cometer otro de mayor importancia que es indispensable comentar. Me refiero a lo dispuesto por el artículo 64 de ese Código, correspondiente al 57 presentado por la Comisión redactora del Proyecto. Para mayor claridad del asunto vale la pena reproducir ambos artículos. El 57 del Proyecto dice:

“La nulidad del matrimonio legalmente imposible puede declararse aún de oficio. En el mismo caso se halla la nulidad que proviene de no haberse celebrado el matrimonio ante el funcionario debidamente autorizado por la ley para celebrarlo y el de la nulidad por haberse realizado sin la presencia de dos testigos idóneos”.

El artículo 64 del Código de Familia dice:

“La nulidad prevista en el artículo 14 puede declararse aún de oficio”.

Como podrá advertirse comparando ambas disposiciones, la reforma que se le introdujo al artículo 57 del Proyecto, consistió simplemente en mutilarlo, excepto en su primera fase. Es de suponer que esta lamentable mutilación se acordó porque ya se había dicho

en el inciso 5 del artículo 15, que era anulable el matrimonio celebrado ante un funcionario incompetente, y que con eso bastaba.

El autor o autores de esta reforma, si así puede llamarse, olvidaron que la celebración del matrimonio ante el funcionario debidamente autorizado por la ley, es un elemento consustancial e importantísimo de ese trascendente acto jurídico, motivo por el cual la doctrina lo considera absolutamente nulo cuando se celebra ante un funcionario incompetente, y que hasta ha llegado a considerársele como inexistente. El Código de Familia, en cambio, al declararlo anulable, permite su revalidación, como permite revalidar todos los restantes matrimonios a que se refiere el artículo 15; y más aún, deja la acción de nulidad únicamente en manos de los esposos, según lo dispone el artículo 65, inciso e). De esta manera si un guardia de Asistencia Rural, por ejemplo, o cualquier otro funcionario similar, celebra un matrimonio, y los esposos, de común acuerdo, no piden su nulidad, queda revalidado.

El principio de que es absolutamente nulo e irrevalidable el matrimonio efectuado ante un funcionario incompetente, es importantísimo. Debe mantenerse de modo inflexible, ya que su inobservancia sembraría el caos en esta materia tan importante.

Recurriendo de nuevo a los juristas de reconocido prestigio en esta materia, me permito reproducir algunas de sus autorizadas opiniones: "El matrimonio celebrado ante quien no es oficial público,—no tratándose del funcionario de hecho, o del funcionario usurpador—, carece de validez y no tiene efectos civiles, no obstante la buena fe de los contrayentes (artículo 14 de la Ley de Matrimonio Civil). La nulidad absoluta surge por violarse la ley imperativa, y para quienes consideran que la intervención del oficial público importa un requisito de forma sustancial, la nulidad absoluta también se desprende del artículo 1044, in fine... Se hallan previstas en la ley con esa sanción de nulidad absoluta, por lo tanto, las tres hipótesis clásicas de la pretendida inexistencia jurídica en materia de celebración del matrimonio: identidad de sexo, falta de celebración ante el oficial público y ausencia total de consentimiento..." (Spota. Ob. citada. Número 119. Páginas 708 y 709).

"La mejor clasificación de los elementos constitutivos del matrimonio es la efectuada desde el punto de vista de su sanción. Desde este punto de vista se distinguen: las condiciones requeridas so pena de inexistencia, de nulidad absoluta o de nulidad relativa. I. Las primeras son: 1º Diferencia de sexo; 2º El consentimiento de los futuros esposos; 3º La celebración del matrimonio ante el oficial del estado civil... Si de la diferencia de sexo pasamos a las otras condiciones de existencia, ninguna dificultad encontraremos en lo que se refiere a la celebración del matrimonio por un oficial del estado civil. Siendo clasificado el matrimonio entre los actos jurídicos solemnes ninguna existencia tiene sin la intervención de este último..." (Bonnecase. Ob. citada. Páginas 517 y 520, números 460 y 462. Tomo I).

Don Luis Fernández Clerigo en su obra *El Derecho de Familia en la Legislación Comparada*, páginas 96 y 97, refiriéndose a la nulidad del matrimonio, dice:

"Conviene, sin embargo recordar, que las nulidades absolutas revisten caracteres especiales, que no cabe desconocer y que las hacen perfectamente distintas de las meras anulabilidades. Así, vemos que esas nulidades absolutas no permiten confirmación ni subsanación y que la acción que originan está en cierto modo asimilada a las de carácter público..."

Los señores Colin y Capitant, reputados tratadistas franceses, en su obra *Curso Elemental de Derecho Civil*, Tomo I, página 394, señalan las cuatro nulidades absolutas del matrimonio a saber: Impubertad, bigamia, incesto, falta de publicidad o incompetencia. Refiriéndose a esta última expresan:

"En principio como es sabido, las nulidades absolutas, ya se hagan valer bajo forma de acción, ya se opongan bajo forma de excepción, pueden ser invocadas por toda persona interesada. En la materia que nos ocupa encontraremos aplicación de este principio... Todo matrimonio nulo, de nulidad absoluta, puede ser atacado, dice el artículo ciento ochenta y cuatro, ya por los esposos mismos, ya por todos los que en él tienen interés, ya por el Ministerio Público..." (Pág. 368).

Resumiendo todo lo anteriormente expuesto, se puede decir que el Código de Familia confunde un impedimento al matrimonio, con la incompetencia del funcionario autorizado para celebrarlo; y que si tal error se limitara sólo a esa confusión, no tendría tanta importancia el asunto. Lo grave es que al incluir tal clase de matrimonio en el artículo 15, los hizo revalidables, cuando la doctrina rechaza categóricamente ese concepto, ya que lo considera absolutamente nulo o irrevalidable, y hasta lo ha calificado de inexistente, en donde se admite la teoría de los actos jurídicos inexistentes. Igualmente grave es que se haya eliminado toda la teoría sobre la nulidad absoluta sobre esta clase de matrimonios, contenido en el artículo 96 del Código Civil y mantenida por el artículo 57 del Proyecto, con una importante reforma que se comentará en el artículo siguiente.

V

El artículo 96 del Código Civil, cuyo texto desde luego mantuvo el proyecto, bajo el número 57, plantea el serio problema de decretar la nulidad absoluta del matrimonio por incompetencia del funcionario que lo celebra sin referirse a las distintas clases de in-

competencia que pueden producirla, comprendiendo, consecuentemente, todos los posibles casos de incompetencia sin hacer distinciones de ninguna especie, de acuerdo con el principio de que no se puede distinguir donde la ley no distingue. Según este criterio son igualmente nulos los matrimonios celebrados, por ejemplo, por un Gobernador que actúa fuera de su jurisdicción territorial, o cuando actuando dentro de ésta, ninguno de los contrayentes reside en ella, y el que celebra un funcionario que no tiene atribuciones legales para celebrar matrimonios. Los tres casos indicados son ciertamente de incompetencia, pero es indudable que tienen distinta gravedad. No es lo mismo que un Gobernador, —funcionario con capacidad legal para efectuar una boda—, actúe fuera de su jurisdicción territorial, o que celebre una boda dentro de ésta sin que ninguno de los contrayentes resida en su jurisdicción, que el caso figurado en el comentario anterior, de que un guardia de Asistencia Rural celebre una boda. La doctrina parece inclinarse por decretar la nulidad absoluta, o la inexistencia del matrimonio en su caso, —medida extremadamente grave—, sólo en el caso del funcionario que carece de atribuciones legales para celebrar matrimonios, mantener su validez en los otros dos casos. La reforma introducida por el Proyecto al artículo 96 del Código Civil se inspiró en esas ideas según lo expresan los siguientes expositores:

“La incompetencia del funcionario que celebra la boda puede serlo por razón de la persona (*ratione personae*), cuando ninguno de los esposos tiene en el lugar señalado por la ley, su domicilio real o una residencia suficiente para poder celebrarlo ahí; también puede ser incompetente por razón del lugar (*ratione loci*), cuando dicho funcionario se traslada fuera de su jurisdicción para efectuar el matrimonio, y finalmente, la incompetencia también puede ser por razón de funciones, esto es, cuando el funcionario carece de atribuciones legales para efectuar la boda. Aun cuando en todos estos casos se está en presencia de un funcionario incompetente, y la incompetencia no es susceptible de distinciones, ya que el funcionario es competente o no lo es, debe apreciarse la mayor o menor gravedad de la incompetencia, siendo posible que se declare la nulidad únicamente en caso de incompetencia por razón de funciones, y no en los otros casos, siempre que la celebración de la boda ante el funcionario incompetente no sea el resultado de mala fe de las partes, pues si hubiera mala fe la nulidad procedería en los tres casos. (Planiol y Ripert, tomo y ob. citada, números 274-275-276-277)”.

Como podrá advertirse, de todo lo anteriormente expuesto resulta claro que la caprichosa mutilación que el Código de la Familia hizo del artículo 57 del Proyecto correspondiente al 64 de ese Código, no sólo cometió el error de eliminar la nulidad absoluta para toda clase de matrimonios, aun de los funcionarios carentes de

atribuciones legales para efectuarlos, sino que los hizo revalidables, contrariando así lo recomendado por la doctrina, que los considera de manera categórica absolutamente nulos e irrevalidables. Y finalmente, también comete el error de eliminar una plausible reforma sobre esta materia que introdujo el artículo 57 del Proyecto, al artículo 96 del Código Civil, recomendada por la doctrina tal como la expresa la autorizada opinión de los señores Planiol y Ripert anteriormente transcrita.

VI

En el artículo 16, inciso 1º, se incurre en una incongruencia en relación con lo dispuesto por el artículo 21. En efecto: expresa el referido inciso que es prohibido el matrimonio del menor de dieciocho años, sin el consentimiento previo y expreso de quien ejerza sobre él la patria potestad, salvo lo estipulado en el inciso a) del artículo 21; pero resulta que en este último artículo también se autoriza el matrimonio del menor, con prescindencia del consentimiento de quienes ejerzan sobre él la patria potestad en una nueva situación: “cuando el consentimiento se niegue y sea necesario para evitar que el menor sufra los perjuicios que podrá derivar de los delitos cuya pena o acción se extinguen con el matrimonio”. En consecuencia, para guardar la debida relación entre ambos artículos, debió decirse en el artículo 16 que es prohibido el matrimonio del menor de dieciocho años, sin el consentimiento previo y expreso de quien ejerza sobre él la patria potestad o la tutela “salvo lo dispuesto en el artículo 21”, o en su lugar “salvo lo dispuesto en los incisos a) y b) del artículo 21 de este Código”.

El Proyecto en su artículo 21 autoriza al Patronato Nacional de la Infancia para dispensar el consentimiento de los padres en los casos ahí figurados “previa información específica y por medio de resolución debidamente razonada”; y también, en el artículo 22 se otorga igual facultad a esta institución, cuando el tutor niegue el consentimiento sin aducir motivos razonables.

El Código elimina la intervención del Patronato Nacional de la Infancia en ambos casos, como en otras situaciones que adelante serán objeto de examen, sustituyéndola por una “información sumárisima” del Tribunal, sin precisar el trámite de tal información.

La comisión que hizo el Proyecto creyó que la institución que está más vinculada con los problemas del Derecho de Familia, y que mayor experiencia tiene en esta materia, es actualmente, el Patronato Nacional de la Infancia. Por ese motivo en los casos mencionados, y en muchos otros de parecida o mayor importancia, le dio la

más amplia intervención posible. No obstante, los autores de las reformas comentadas, inexplicablemente, la eliminan para confiar esas delicadas funciones a los Juzgados o Alcaldías Civiles, tan recargados de trabajos sobre materias muy distintas al Derecho de Familia. La comisión que hizo el Proyecto tuvo el criterio de que mientras no se establezcan en el país, los Tribunales de Familia, que fue una de sus aspiraciones no logradas, los problemas familiares deben contar con una mayor participación del Patronato Nacional de la Infancia, del cual, bien puede decirse que es hoy la única institución especializada en el tratamiento de esa clase de problemas y que es el único laboratorio, —valga la expresión—, sobre Derecho de Familia que hay en el país.

En el artículo 24 se agrega un requisito innecesario y extraño: exigirle al notario conservar en su protocolo de referencias una copia del acta de la celebración del matrimonio que ya consta en su protocolo general. Es innecesario porque el artículo 31 obliga al notario a entregarle copia firmada de la misma acta a los contrayentes y porque, además, este mismo artículo en su párrafo final, también obliga al funcionario que celebra la boda, a enviar, dentro de los ocho días siguientes a la celebración del matrimonio, otra copia de dicha acta con los documentos adicionales, al Registro Civil. Por otra parte, el artículo 57 de la Ley Orgánica del Registro Civil impone igual obligación, la cual debe cumplirse dentro del mes siguiente a la celebración de la boda, siendo punible, de acuerdo con el Código Penal, el retraso en el envío de la referida copia (véase el inciso 2 del artículo 381 de ese cuerpo de leyes).

Es extraño el requisito porque si el acta del matrimonio consta en el protocolo general del notario, además ya los contrayentes tienen copia de la misma (debió ordenarse una certificación) y también el acta debe ser inscrita en el Registro Civil, ¿cuál es el objeto de agregar una copia más en el protocolo de referencias del notario? En el artículo 25 se reduce la publicación de edictos previos a la celebración del matrimonio, de dos a uno, lo cual no parece conveniente, pues la publicidad previa en esta clase de actos jurídicos tiene mucha importancia.

Finalmente ese mismo artículo le impone a los contrayentes la obligación de indicar los nombres de los hijos procreados por ellos antes de la boda, lo cual es inaceptable, ya que nadie puede ser obligado a legitimar un hijo, por ser este acto, lo mismo que el reconocimiento, de naturaleza absolutamente voluntaria o facultativa. Si el padre o los padres se niegan injustificadamente a legitimar o reconocer a un hijo, éste tiene el derecho de recurrir a los Tribunales y obtener, mediante el ejercicio de la acción, hoy llamada de investigación de paternidad, la declaratoria correspondiente a su favor. El Proyecto elaborado por la Comisión no obliga a los padres a hacer la legitimación, simplemente los autoriza a hacerla si ellos quieren legitimar al hijo o hijos procreados antes del matrimonio.

Finalmente, en este mismo artículo 24 se eliminó la sanción específica contra los notarios que celebran bodas sin cumplir con las formalidades que establece el Código de Familia. Tal sanción, que trae el Proyecto, consistente en la suspensión durante un año del ejercicio de sus funciones, tiene el propósito de proscribir una pésima práctica bastante generalizada, consistente en celebrar los llamados "matrimonios por contrato" que es una verdadera burla a la institución del matrimonio.

Es verdad que el Código de Familia sometió a los notarios a la sanción establecida por el Código Penal. Pero esta sanción, que es bastante leve por cierto, se explica por la escasa preparación que hasta hoy se les ha exigido a los funcionarios autorizados para celebrar matrimonios, pero tratándose de notarios que por obligación deben ser abogados también, la sanción penal debe tener, además, otra de carácter civil de mayor severidad porque en ellos resulta inexcusable el desconocimiento de la ley en estos casos.

En el artículo 27 se dispone que "si se probare impedimento legal a juicio del celebrante éste suspenderá la celebración del matrimonio hasta tanto sea dispensado legalmente el impedimento".

Contiene este artículo el error de autorizar al funcionario que celebra la boda para que ante él se pruebe la existencia de un impedimento legal. Esta atribución es inconveniente si se recuerda que de la demostración de si existe o no un impedimento legal, depende la celebración de la boda, y supone el conocimiento de toda la teoría de los impedimentos dirimentes y prohibitivos, motivo por el cual el Código de Procedimientos Civiles contiene una detallada tramitación al respecto ordenando, entre otros requisitos, que el punto se resuelva mediante una sentencia apelable en ambos efectos, previa la correspondiente apertura a pruebas (véase artículo 718 del Código de Procedimientos Civiles).

Debe tenerse presente que de conformidad con lo que dispone el Código de Familia están autorizados para celebrar matrimonios, los Guardias de Asistencia Rural, los Gobernadores y los Notarios, aparte de los Jueces y Alcaldes Civiles.

Creemos que los referidos funcionarios administrativos, por la naturaleza de sus funciones, carecen de los conocimientos necesarios para hacer un pronunciamiento como el que se requiere; y en cuanto a los notarios, porque éstos carecen de jurisdicción para hacerlo.

Por otra parte, si ya el impedimento legal está demostrado a juicio del celebrante de la boda y éste tiene competencia para hacer el pronunciamiento respectivo, carece de sentido suspender el matrimonio, pues lo único que debería disponerse en ese supuesto, es que la boda no puede llevarse a cabo.

Debo aclarar finalmente en relación con este punto que el Proyecto en su artículo 27, dispuso mantener lo mismo que al respecto establece el artículo 63 del Código Civil, que dice así: "Si se denunciare impedimento legal se suspenderá la celebración del ma-

trimonio, mientras no sea dispensado el impedimento o no sea declarada por sentencia firme la improcedencia o falsedad de la denuncia”.

La única variante que introdujo el Proyecto fue eliminar la sanción que obliga al autor de la denuncia de un impedimento al matrimonio, a pagar daños y perjuicios, cuando la denuncia fuere declarada maliciosa, pero en ningún momento dispuso quitarle a los jueces civiles la importante atribución de resolver un asunto tan delicado, como es el de declarar si existe un impedimento para la celebración de un matrimonio mediante una sentencia, de la cual depende, si no se da en forma adecuada la invalidez del matrimonio, con todas sus lamentables consecuencias.

VII

El artículo 28 del Código al señalar o indicar los requisitos que se necesitan para contraer matrimonio, dice en el inciso 2º que deben presentarse los documentos que demuestren haberse obtenido el correspondiente consentimiento, cuando se trate de personas que lo necesiten. La reforma, en relación con el Proyecto se limitó a cambiar la palabra “permiso” por “consentimiento” y aparentemente tal modificación carece de importancia, pero si se tiene presente que el consentimiento, en el matrimonio, como en todos los actos jurídicos es la esencia misma del acto, se advertirá que el cambio implica error, pues el consentimiento para celebrar el matrimonio sólo pueden darlos contrayentes, tal como expresamente lo dispone el artículo 13 del Código de Familia. Si lo que se quería era eliminar la palabra “permiso” se la pudo sustituir por autorización o cualquier otra similar, pero de ninguna manera por consentimiento, ya que los padres, ni los tutores pueden consentir en la celebración de una boda.

En el inciso 3 del mismo artículo 28, se suprimió la posibilidad, establecida por el Proyecto, de demostrar la edad de los contrayentes en defecto de acta del Registro Civil por medio de “cualquier otra prueba que demuestre competencia por razón de edad”. Se estableció esta posibilidad, —o mejor dicho se mantuvo porque así lo dispone el artículo 64 del Código Civil—, en vista de que por defectos de sobra conocidos, existe gran deficiencia en la inscripción de las actas de nacimiento, así como de casi todas las demás actas inscribibles en esa importante institución, especialmente las procedentes de lugares lejanos. Además, la prueba supletoria para todas las actas del Registro Civil, está aceptada por la doctrina y por la propia Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Elecciones y del Registro Civil, tal como lo dispone el artículo 46 que textualmente dice

“No hallándose registrados los actos referentes al estado civil o no estándolo en debida forma, se admitirá cualquier especie de prueba conforme lo disponga la ley”.

El conocido jurista argentino Alfredo Orgaz en su obra *Personas Individuales*, dice al respecto en la página 107, número 17: “La prueba del nacimiento de las personas con las circunstancias accesorias que lo califican, se hace exclusivamente por la Partida del Registro Civil o de los libros parroquiales, en su caso, como se ha dicho. Ni otros documentos, ni la prueba de testigos, así sean fehacientes en el más alto grado, pueden excusar la prueba legal establecida. Esta afirmación es absoluta, desde luego, en su plano lógico; pero cuando la partida no existe o no está en debida forma, por cualquier motivo, es claro que la ley tiene que aceptar otros medios de prueba para justificar un hecho, que, como el nacimiento, constituye la raíz y el fundamento del estado civil de las personas. Esta otra prueba admitida accesoriamente y sólo en defecto de aquella es la llamada supletoria del nacimiento. Para que esta prueba sea admisible, por tanto, es necesario que se acredite previamente la condición que la hace procedente, esto es, la inexistencia o imperfección de la partida...”.

Este mismo artículo 28 del Código de Familia, que corresponde al 30 del Proyecto, elimina el certificado médico prenupcial, que se trató de implantar. Concedora la Comisión que hizo el Proyecto de las dificultades que su establecimiento implica, creyó conveniente implantarlo en forma flexible y gratuita, disponiendo lo siguiente:

“Este requisito podrá dispensarse por Decreto del Poder Ejecutivo en aquellos lugares en donde sea imposible obtenerlo”. (Inciso 5 del art. 28 del Proyecto).

También agregó lo que sigue en el artículo 29:

“Los laboratorios y médicos oficiales están obligados a practicar los exámenes que sean necesarios para la expedición del certificado médico prenupcial gratuitamente, y sólo el extendido por ellos tendrá valor”.

Esto también lo suprimió el Código de Familia.

El certificado prenupcial es un avance importante que debe restablecerse y aún mejorarse en cuanto a la forma como lo propuso el Proyecto, pero jamás eliminarlo.

Lo establece el Código Civil Mexicano para el Distrito y Territorios Federales, en el artículo 97 inciso 4, el cual obliga a los contrayentes a presentar, entre otros documentos “un certificado suscrito por un médico titulado que asegure, bajo protesta de decir verdad, que los pretendientes, no padecen sífilis, tuberculosis, ni enfermedad alguna crónica e incurable que sea, además, contagiosa y hereditaria”. La legislación argentina también estableció la obligatoriedad del Certificado médico prenupcial.

En el artículo 31 se sustituye la expresión "testigos idóneos", aplicables a los de asistencia de la celebración del matrimonio por "testigos mayores de edad". El cambio de esta expresión tiene mucha importancia porque un testigo puede ser mayor de edad, pero carecer de idoneidad, como ocurre en los dementes, los ciegos, los sordo-mudos y otras personas igualmente incapacitadas ya sea por motivos de enfermedad como los indicados, como por otros motivos tales como el de haber sido condenados por perjurio o delitos similares, o por parentesco cercano de los contrayentes, con el funcionario que celebra la boda, o con los futuros esposos. Como en este caso los testigos desempeñan una función similar a la de los testigos instrumentales, suele entenderse como testigo idóneo para el caso, aquel a quien no comprendan las incapacidades señaladas por el artículo 734 del Código Civil. Tiene tal importancia el punto, que el artículo 96 del Código Civil considera absolutamente nulo el matrimonio celebrado sin la presencia de dos testigos idóneos, y permite que la declaratoria respectiva pueda hacerse aún de oficio.

El artículo 32 del Código de Familia varía en forma muy inconveniente el artículo 33 del Proyecto, que corresponde al 69 del Código Civil, en el cual se introdujo una modificación considerada recomendable. Se trata de lo siguiente: El Código Civil dispone hoy que por justa causa puede dispensarse la publicación de uno o de los dos edictos ordenados por el artículo 61; y agrega que tal dispensa se otorgará mediante el pago de una suma de dinero que no excederá de doscientos cincuenta colones, ni será inferior a cincuenta, debiendo hacerse la solicitud de la dispensa a la autoridad superior de la provincia o comarca. No obstante, la realidad es que en la mayoría de los casos nadie alega siquiera, ni menos prueba, la justa causa para obtener tal dispensa; y que las partes se limitan a acompañar a la documentación respectiva, la constancia de haber pagado la suma de doscientos cincuenta colones, y el matrimonio se celebra.

Como ya se dijo antes, la publicación de los edictos es muy importante y, en consecuencia, su dispensa también lo es, debiendo por lo mismo, como lo dispone el artículo 69, otorgarse únicamente cuando se demuestre una causa justa.

El cambio que introdujo el Proyecto al artículo 69 consistió en suprimir lo relativo al pago de una suma de dinero para obtener la dispensa, obligando al funcionario que celebra la boda a dictar una resolución motivada otorgando la dispensa, si la considera procedente por haberse demostrado en forma satisfactoria la causa alegada. De esta manera se quiso eliminar la pésima práctica tan extendida de prescindirse de la publicación de edictos sin siquiera mencionar y menos demostrar, una justa causa que justifique tal proceder.

— El Código de Familia echó por tierra todo lo anterior, disponiendo, en cambio, que el funcionario ante quien se tramiten las diligencias previas al matrimonio, podrá bajo su responsabilidad hacer la dispensa, si de los documentos que se le presentan resulta que los contrayentes no tienen impedimento para contraer matrimonio. Pero

resulta que los documentos que exige el artículo 28 para contraer matrimonio, consisten en la declaración de dos testigos sobre libertad de estado de los contrayentes, autorización para celebrar la boda en caso de menores, certificación del acta de nacimiento y de libertad de estado, expedidas por el Registro Civil y tratándose de la mujer, fecha de la disolución del anterior matrimonio.

Ahora cabe preguntar, ¿cómo es posible esperar que en tan escasa y simple documentación consten los impedimentos precisamente más graves para la celebración del matrimonio, a fin de que el funcionario pueda otorgar la dispensa de la publicación de los edictos? En esos pocos documentos no puede constar, por ejemplo, si los contrayentes son ascendientes y descendientes por afinidad, si se trata del autor o cómplice del homicidio de uno de los cónyuges y el excónyuge sobreviviente, si se trata de un caso de error, violencia o miedo grave, etc. La publicación de edictos tiende precisamente a instar a los interesados que conozcan la existencia de tales impedimentos, y otros que también señala la ley, a ponerlos en conocimiento del funcionario que celebra la boda a fin de que suspenda su celebración si se presentan y espere que los Tribunales competentes resuelvan si el impedimento es procedente o no. Por ese motivo precisamente es que la dispensa de la publicación de edictos, tiene mucha importancia, y sólo debe otorgarse cuando se prueba su justa causa, pues cuando no se publican edictos, se está prescindiendo del medio más importante de que dispone el funcionario para saber si existen o no impedimentos para llevar a cabo el matrimonio; y por tal motivo es que los artículos 711 y 712 del Código de Procedimientos Civiles instan y obligan a formular oposiciones a la celebración de matrimonios cuando existen impedimentos para su celebración.

VIII

En el artículo 37 se incurre en el grave error de permitir que las capitulaciones matrimoniales se celebren durante la existencia del matrimonio, y no con anterioridad a éste, lo cual es contrario a la teoría más generalizada acerca de esta clase de convenios. El motivo que se aduce para disponer que dichas capitulaciones se lleven a cabo antes de la boda, es el de que solamente en esta oportunidad ambos cónyuges disponen de absoluta libertad para acordar lo que a bien tengan. Después de efectuado el matrimonio, un cónyuge, generalmente el varón, le impone el criterio a la esposa, y el convenio deja ya de ser el reflejo fiel de la voluntad de las partes, como debe serlo toda clase de actos jurídicos.

Calogero Gangi en su citada obra Derecho Matrimonial dice al respecto:

“El tercer principio fundamental, finalmente, también acogido por el Código precedente, es que las convenciones matrimoniales estipuladas antes de la celebración del matrimonio no pueden ser mudadas después de la celebración. Este principio está expresamente establecido en el artículo 162, párrafo 2º, que reproduce, salvo una ligera modificación de forma, el artículo 1385 del Código anterior. Ahora bien, esto supuesto, ¿cómo se explica y cómo debe entenderse este principio, que es precisamente el principio de la inmutabilidad de las convenciones durante el matrimonio? Las razones que sirven de base a este principio y que lo han hecho surgir son la necesidad de evitar que durante el matrimonio uno de los cónyuges abuse del afecto y de la confianza del otro para cambiar o deshacer las convenciones que han sido libremente pactadas antes de la celebración del matrimonio, y esto con eventual daño del otro cónyuge o de toda la familia...” (Página 289 y 290).

En el artículo 38 se le quita al contrayente la facultad de suscribir las capitulaciones asistido por la persona cuyo permiso sea necesario para celebrar el matrimonio; y se continúa expulsando al Patronato Nacional de la Infancia de la intervención que le señala el Proyecto, sustituyéndolo por el Tribunal.

En el artículo 39 se hace lo mismo con el Patronato Nacional de la Infancia. El Proyecto exigía que para autorizar el cambio, el Patronato debía actuar “en resguardo de los intereses familiares” y esta frase, que es muy importante, fue suprimida. Se trataba, con la inclusión de esa frase, de que si había cambio de alguna naturaleza en las capitulaciones, no se contemplara ya solamente el interés de los cónyuges, sino de todo el grupo familiar.

El artículo 40 del Código que corresponde al párrafo primero del artículo 39 del Proyecto se copió equivocadamente, pues en este punto se mantuvo la redacción del artículo 76 del Código Civil. Consecuentemente hizo bien el Código de Familia en corregir dicho error del Proyecto, reproduciendo, como era, el verdadero criterio de la Comisión redactora, el citado artículo 76, el cual dispone que “Si no hubiere capitulaciones matrimoniales, cada cónyuge queda dueño y dispone libremente de los bienes que tenía al contraer matrimonio, y de los que adquiriera durante él por cualquier título y de los frutos de unos y otros”.

Pero en este artículo el Proyecto introdujo, en su párrafo segundo, una de las reformas de mayor trascendencia, la cual fue eliminada del todo, posiblemente por ser muy controversial.

Para no alargar mucho estos comentarios, me limitaré a resumirla en el menor número posible de palabras.

Se trata de lo siguiente: en la actualidad, como es de conocimiento de los que estudian esta materia, el régimen patrimonial de los esposos está regido, en ausencia de capitulaciones matrimoniales, por lo que dispone el artículo 77 del Código Civil, según el cual

todos los bienes adquiridos durante el matrimonio, con el esfuerzo de ambos cónyuges, se consideran comunes y se reparten por mitades al disolverse el matrimonio. Se excluyen de esa comunidad los bienes aportados al matrimonio por cualquiera de los cónyuges, los adquiridos durante él por título lucrativo, los que se obtengan durante el matrimonio pero cuya causa o título de adquisición fue anterior al matrimonio, los adquiridos con dinero expresamente destinado a ello en las capitulaciones matrimoniales y, finalmente, los llamados bienes subrogados, que son aquellos que se adquieren durante el matrimonio, pero que vienen a reemplazar otros que son de la exclusiva propiedad de uno de los cónyuges.

Este sistema de régimen patrimonial del matrimonio ha funcionado así desde la promulgación del Código Civil en el año de 1888, pero en los últimos tiempos se ha prestado a verdaderas burlas y a tremendas injusticias, que no encontrarán remedio mientras no se reforme el artículo 77 del Código Civil.

La burla y la injusticia consisten en disponer que cada cónyuge tiene un derecho a la mitad en los bienes habidos con el esfuerzo común durante el matrimonio, pero cuando el cónyuge a cuyo nombre figuran tales bienes (generalmente el varón) desea burlar ese derecho, lo hace con un simple traspaso de dichos bienes a favor de otra persona que se los devuelve apenas quede disuelto el matrimonio, si se trata de un divorcio; y que aun, en caso de disolución por causa de muerte, también le es permitido dejar al otro en completa indigencia, con sólo traspasarlos a personas escogidas a su libre arbitrio, sin tomar en cuenta al otro cónyuge que con su esfuerzo hizo posible la formación de aquel patrimonio.

Son numerosos los casos en que el cónyuge que incurre en una causal de divorcio y que sabe que se prepara una demanda en contra suya se apresura a realizar un traspaso, naturalmente simulado, a favor de un pariente o una persona de su confianza, y cuando la demanda de divorcio llega al Tribunal y éste ordena anotarla en el Registro Público sobre el bien o bienes en los cuales el cónyuge inocente tiene su pretendido derecho a la mitad, ya éste no existe por haber sido enajenados con anterioridad por medio de un traspaso, que se sabe ficticio, pero que no puede atacarse con buen éxito por constar en un instrumento público. El Proyecto trató de ponerle fin a esta tremenda injusticia estableciendo el principio de que aquellos bienes que deben considerarse comunes al disolverse el matrimonio, no pueden enajenarse, ni gravarse durante el matrimonio, sin el consentimiento del otro cónyuge, que es lo menos que se debe exigir cuando la ley le está garantizando a una persona un derecho sobre bienes ganados con su esfuerzo. El Proyecto condensó estas ideas, agregándole a su artículo 39, lo siguiente:

“Aquellos bienes que a la disolución del matrimonio deban considerarse comunes, no podrán ser arrendados por más de cinco años, enajenados ni gravados sin el consentimiento del otro cónyuge; y si fueren perseguidos por acreedores persona-

les, sólo podrán ser subastados o adjudicados en la mitad, considerándose desde ese momento que la otra mitad le pertenece al cónyuge no accionado”.

Este párrafo tan importante fue eliminado por el Código de Familia, manteniéndose así la burla e injusticia a que antes he hecho referencia, generalmente en perjuicio de la mujer.

Si la solución que el Proyecto le dio al problema planteado no era del agrado de quienes la suprimieron, creo que tenían el deber de buscar otra solución distinta, pero jamás mantener la situación imperante.

Si a esta supresión agregamos la reforma ya comentada de permitir que las capitulaciones matrimoniales puedan hacerse durante el matrimonio, parece que la igualdad de derechos de los cónyuges, establecida por el artículo 52 de la Constitución Política, que es un verdadero avance en esta materia, ha sido derogado de hecho, al menos en su aspecto patrimonial. En la página 32 del Tomo I de la obra de Spota antes citada, manifiesta este eminente jurista que dada la situación del hogar moderno en donde la madre tiende a asumir tareas fuera del hogar que significan una mayor base de sustentación para la familia, debe conducirnos a que se medite si no ha llegado la oportunidad de que para la disposición de los bienes comunes se requiera el común acuerdo de los cónyuges. Y en la nota número 58 y siguiente de la misma página de Spota recuerda que en alguna oportunidad Biblióni propuso que la disposición, no sólo de los bienes gananciales, sino aun de los propios de cada cónyuge, no pudiera realizarse sin el acuerdo de ambos esposos, o por medio de autorización judicial. La voluntad común de los esposos para disponer de los bienes gananciales aparece como jurídica y moralmente conforme con los fines que la familia debe alcanzar. Luego dice que cuando ello se agrega aún a los bienes propios, la cuestión ofrece mayores dificultades, ante el peligro de una administración perturbada por la necesidad de la voluntad coincidente de los cónyuges, pese a que resulta el medio de frenar una ruinoso disposición en perjuicio de la familia. Biblióni consideraba que la necesidad del acuerdo de ambos cónyuges, estrecha los vínculos que la sociedad conyugal crea, haciendo conocer a la esposa el estado de las cosas, y obligándola a participar en los actos graves de realización o afectación de los bienes que de una u otra manera constituyen los capitales que forman el haber del matrimonio. De esta manera, dice Spota, se consiguen dos ventajas evidentes: 1º mayor cohesión familiar; 2º mayor protección del patrimonio de la familia.

IX

El 16 de diciembre de 1968 se promulgó la Ley N° 4277 y se le dio el nombre, absolutamente impropio, de Ley de Patrimonio

Familiar, la cual produjo tantos problemas y complicaciones, particularmente en las operaciones bancarias, que tuvo que ser derogada posteriormente.

Aparte de tales problemas y complicaciones, la referida Ley produjo el daño de dejar un mal recuerdo acerca del Patrimonio Familiar, ya que a éste se le considera desde entonces como el causante de esos problemas, lo cual es absolutamente injusto ya que la Ley 4277 no configuró, ni remotamente, la institución que la doctrina define como Patrimonio Familiar.

Para colaborar en la tarea de hacer que desaparezca ese mal recuerdo y del daño que en el futuro pueda hacerle a tan útil institución, me parece conveniente recordar que en el derecho patrimonial del matrimonio, deben distinguirse dos regímenes completamente distintos: A) el régimen patrimonial conyugal que regula y protege las relaciones económicas de los esposos; y B) el Patrimonio Familiar, que protege a todos los miembros de la familia, dotándolos de una casa de habitación cuando se trate de trabajadores urbanos y de una pequeña heredad, cuando se trate de trabajadores rurales. La referida Ley 4277 afectó el régimen patrimonial conyugal, pero nada dispuso en cuanto al Patrimonio Familiar.

En Italia lo introdujo el Código Civil de 1942. Se le llama así porque beneficia a la familia, y no porque le pertenezca a ésta, ya que la familia no es un sujeto de derecho... Al terminar el patrimonio familiar, si los bienes eran propiedad de un tercero que lo constituyó, vuelven a él; si eran de uno de los cónyuges, o de ambos, vuelven a éstos. (Messineo. Ob. citada. Tomo III. Págs. 109 y 111).

En el derecho norteamericano existe una institución similar llamada homestead, que consiste en la cesión de determinadas extensiones de tierra a título de propiedad, en las que se reúnen las tres cualidades siguientes: servir de domicilio a la familia, ser su residencia habitual, y su lugar de trabajo. Tales bienes son inembargables, y no pueden ser hipotecados, ni enajenados por uno de los cónyuges, sin el consentimiento del otro.

Existen instituciones similares en Alemania, Canadá y Finlandia; en Suiza en donde se le llama asilo de familia, y en Francia, en donde se le llama bien de familia. (Diccionario de Derecho Privado. Editorial Labor. 1950. Tomo II. Pág. 2942).

El patrimonio familiar o bien de familia como también se le llama, es un inmueble urbano o rural que por disposición de la ley está destinado al servicio de la familia, suministrándole habitación y subsistencia, sin que se proponga una finalidad de enriquecimiento del núcleo familiar, sino de darle asiento o lugar de habitación. Es un bien que se distingue de todos los demás por su función específica y exclusiva, y por la protección que la ley establece en su favor. Se trata de una institución jurídica diferente de todas las otras figuras del derecho inspiradas en el mismo plausible propósito, tales como el seguro familiar, las sociedades y fundaciones de familia, el régimen dotal, la copropiedad familiar, etc., ya que se encuentra

dotada de tres características mínimas y esenciales que son la inembargabilidad, el régimen restringido de enajenación y el régimen especial de transmisión por causa de muerte. También se caracteriza por la exención o disminución de cargas tributarias.

El bien objeto de este régimen puede llegar al núcleo familiar por transmisión que del mismo haga su propietario, en virtud de donación, herencia o de traspaso del dominio en cualquier forma, y fuera de esos casos de excepción, el bien continuará perteneciendo a su dueño o constituyente, pero sometido a un régimen especial de propiedad que lo coloca fuera del comercio.

En los casos en que el patrimonio se desafecte de su finalidad, regresa íntegramente al patrimonio de su constituyente y vuelve a formar parte de su patrimonio personal o acervo hereditario. Los beneficiarios tienen un derecho personalísimo, no susceptible de traspaso y que no acrecienta su patrimonio como prenda común de sus acreedores. Tal derecho se concreta a hacer servir el inmueble a la función de vivienda y sustento mediante el ejercicio de prerrogativas fijadas por la ley y su especial naturaleza jurídica; y el derecho del constituyente o dueño del bien, salvo los casos en que se desprende del dominio, es un derecho de propiedad sometido a un régimen especial que consiste, fundamentalmente, como antes se dijo, en la inembargabilidad del bien, su inalienabilidad relativa, tratamiento impositivo favorable y régimen sucesorio especial.

De acuerdo con la legislación argentina, la afectación del inmueble destinado a bien de familia, es voluntaria o facultativa para el constituyente, y sólo se permite darle ese destino a un solo inmueble. El derecho de los beneficiarios y del titular del dominio son irrenunciables, y el bien no puede ser materia de transacción.

La desafectación o extinción del régimen de bien de familia produce el efecto de reintegrar el inmueble a la categoría de cosa dentro del comercio, haciendo cesar desde luego su inembargabilidad e indisponibilidad. En consecuencia, el bien vuelve al patrimonio particular del constituyente o de sus herederos, si éste hubiere muerto, pero naturalmente sin ninguno de los privilegios anteriores.

La desafectación cesa por motivos expresamente señalados por la ley, dentro de los cuales se incluye la expropiación por causa de utilidad pública, la reivindicación del bien; el incumplimiento de la obligación de habitar el bien o de explotarlo por cuenta propia; en caso de fallecimiento del último beneficiario; cuando exista motivo grave como en el caso de explotación degradante, irracional o abiertamente antieconómica del bien; cuando haya evidente mal empleo de los frutos del bien; en el caso reiterado de incumplimiento de la obligación de prestar alimentos a los familiares, etc.

La mayoría de las legislaciones fija un valor mínimo al bien de familia, ya sea indicando su extensión máxima, especialmente tratándose de inmuebles rurales, ya confiando la determinación de ese valor al criterio de los Tribunales de Justicia en cada caso, o señalando un valor monetario al bien. El propósito de esta fijación es

eliminar toda posibilidad de que dentro del patrimonio familiar se incluyan bienes de considerable valor o de lujo, pues la finalidad de la institución de que se trata, no es sustraer bienes valiosos del patrimonio general de las personas, con el objeto de colocarlos fuera del alcance de los acreedores, sino el de darle una adecuada protección a la familia, que sin colocarla dentro de los límites estrechos, excluya la construcción de casas de lujo o la formación de fincas de un costo elevado.

X

La facultad de administrar el bien corresponde a quien sea titular del dominio, y en caso de incapacidad, ausencia o presunción de muerte, se estará a lo que disponga la legislación común.

Si el administrador del bien no lo atiende convenientemente, o no emplea sus frutos al servicio de la familia, la legislación italiana permite confiar la administración al otro cónyuge, o a otra persona idónea elegida preferentemente entre los parientes más cercanos, pues los beneficiarios del bien tienen el derecho de aprovecharse de los frutos en la medida en que sea compatible con el derecho de los demás beneficiarios.

El constituyente del bien de familia en la mayoría de los casos, es el propio jefe de familia; y si a ésta se la protege frente a los acreedores con la inembargabilidad; y hasta contra la imprudencia del propio constituyente o dueño mediante la indisponibilidad, también es indispensable que se la proteja frente a la muerte del jefe de la familia, por la honda repercusión que tiene en el seno de la misma, un hecho de tanta importancia, y por ser uno de sus más dolorosos efectos, el desamparo en que queda la familia. Contradictoria sería la ley si en semejante situación, el bien de familia desapareciera conjuntamente con su dueño o constituyente.

El derecho sucesorio adquiere en este caso una nueva orientación mediante la cual el fenómeno de la transmisión hereditaria, que abarca la totalidad del patrimonio del causante, no incide sobre el bien de familia, permitiendo que éste subsista a pesar de la muerte del constituyente y hasta tanto no cumpla con los fines económicos y sociales que se propone satisfacer. Requiere pues, el bien de familia un régimen especial por causa de muerte que mantenga la indivisión forzosa del bien, normas especiales sobre administración, y exención de cargas tributarias de toda índole, propias de la transmisión por causa de muerte.

La subsistencia del bien de familia en este caso excluye toda clase de trámites procedimentales, sin que sea necesaria la reinscripción del bien en el registro respectivo, ni la manifestación de los beneficiarios de ser su voluntad seguir acogiéndose al régimen a que dejó some-

tido el bien, su constituyente ya fallecido. (Bien de Familia. Elías P. Guastavino, págs. 206 - 207 - 222 - 226 - 257 - 307 - 308 - 309 - 311 - 312 - 411 - 423 - 426 - 444 - 445 - 452 - 581).

El patrimonio familiar ciertamente sacrifica intereses, pero tal sacrificio se justifica plenamente en aras de un interés superior: el interés familiar.

La inembargabilidad significa el sacrificio de los intereses de los acreedores al verse privados de uno de los elementos del patrimonio de su deudor; la indisponibilidad del bien implica el sacrificio del interés del propio titular del dominio, puesto que si quiere beneficiarse con el bien sometido a este régimen, pierde el derecho de realizar actos de disposición entre vivos o por causa de muerte, a menos que los realice con las restricciones y condiciones que la ley establece.

Y hasta el propio Estado sacrifica sus intereses fiscales, concediendo al bien de familia exenciones tributarias o reduciendo éstas lo más posible.

El citado tratadista argentino Elías P. Guastavino define el bien de familia así:

“El bien de familia es una institución jurídica del Derecho de Familia Patrimonial y por lo tanto del derecho civil, concerniente a un inmueble urbano o rural, ocupado o explotado por los beneficiarios directamente; limitado en su valor, que por destinarse al servicio de la familia goza de inembargabilidad, es de restringida disponibilidad, se encuentra desgravado impositivamente y subsiste en su afectación después del fallecimiento del titular del dominio”. (Obra citada, pág. 256).

El profesor de la Universidad de Jerusalén, Guido Tedeschi dice acerca del patrimonio familiar:

“Más precisamente se lo concibe como ánora de salvación de la familia contra las adversidades o también contra la poca prudencia de quien debería tener entrañable como ninguna otra cosa la suerte económica de dicha familia... A diferencia de la dote y de la comunidad de bienes entre cónyuges, no siempre cesa el régimen ni agota su función el patrimonio familiar con la disolución del matrimonio. Si hay hijos menores, sólo se disuelve el vínculo al llegar a la mayoría de edad el último de los hijos...”. (El Régimen Patrimonial de la Familia. Guido Tedeschi. Páginas 83, 84 y 85).

Comentadas brevemente en el artículo anterior y en el presente las características del Patrimonio Familiar, así como los principios que lo regulan, se advierte fácilmente la razón por la cual el Proyecto no pudo redactar un capítulo relativo a esa importante institución, ya que tal labor es bastante delicada y requería un estudio amplio y cuidadoso, y necesitaba un tiempo con el cual no contaba la Comisión redactora del Proyecto. Por ese motivo prefirió abste-

nerse de incluirlo como parte de su labor, no obstante que reconoció siempre la trascendencia de la institución de que se vio obligada a prescindir.

En consecuencia, los seis artículos que sobre esta materia aparecen en el Código (42 a 47) son obra exclusiva de la Asamblea Legislativa.

Lamentablemente, quizá por la misma razón de falta de tiempo para hacer el estudio amplio que lo complejo de la materia exige, la Asamblea Legislativa incluyó esos seis artículos sobre el Patrimonio Familiar, bastante incompletos y defectuosos.

En un seminario sobre Derecho de Familia que organizó la Facultad de Derecho, en el Colegio de Abogados durante el mes de mayo de 1973, cuando el actual Código de Familia era aún Proyecto pendiente de aprobación, fui invitado a participar en ese Seminario, y cuando me correspondió referirme a este tema me permití comentar las omisiones y defectos que contenían los mencionados seis artículos, pero desafortunadamente de nada sirvieron mis observaciones, ya que quedaron iguales, no obstante que tampoco fueron refutadas por uno de los distinguidos miembros de la Comisión de Asuntos Jurídicos de la Asamblea Legislativa, que asistió a dicho Seminario.

Voy a permitirme reproducir brevemente aquellas observaciones. El artículo 42 permite gravar y enajenar el bien de familia con el consentimiento de ambos cónyuges, así como perseguirlo por acreedores con base en deudas contraídas por los esposos. Lo que se recomienda, en cambio, es impedir que el bien pueda ser gravado, enajenado o perseguido por acreedores antes de que cumpla la función básica para la cual fue establecido: darle habitación a la familia beneficiaria. Es posible venderlo o permutarlo, pero con permiso del Juez y siempre que no haya oposición del cónyuge no divorciado o separado de hecho. Se le coloca fuera del alcance de los acreedores aun en caso de quiebra o insolvencia. El artículo 44 se limita a establecer la exención tributaria en caso de traspaso inter vivos o mortis causa, a favor del cónyuge o hijos. Pero la idea es mantener la indivisión y el traspaso del bien aun en caso de muerte del propietario, hasta que cumpla su referida finalidad económico-social. El artículo establece la posibilidad de traspasar el bien inter vivos. Pero si se quiere establecer esa posibilidad debe determinarse expresamente en qué casos puede autorizarse, ya que aun en caso de muerte se impide dicho traspaso de manera inmediata, con la cual se introduce un cambio fundamental en el derecho sucesorio de la familia, según el cual, de acuerdo con el concepto clásico, apenas fallecido el dueño todos sus bienes pasan al acervo sucesorio y se reparten dentro de sus herederos. La tendencia es mantener la indivisión y la afectación del inmueble no obstante el fallecimiento de su dueño. Las normas de derecho sucesorio en realidad no se derogan, sino que se posponen hasta que el bien de familia cumpla su finalidad.

Dentro de las causas de desafectación del bien no debe figurar el fallecimiento de uno de los cónyuges, por las razones antes dichas, tal como se dispone en el artículo 47; tampoco el divorcio o la separación de los esposos. El bien debe permanecer afectado especialmente en esta situación difícil. El Código Civil italiano permite mantener la indivisión del bien aún en caso de separación; y es posible, que ahora que ha sido admitido recientemente el divorcio en ese país, se disponga lo mismo en caso de disolución del matrimonio por motivo de divorcio.

Nada se dispone en cuanto a quiénes son los administradores del bien de familia, ni cómo se sustituyen en caso de que falten, ni quiénes son los beneficiarios de dicho bien.

XI

Como los comentarios que he venido haciendo resultan ya demasiado extensos y apenas comprenden los primeros cuarenta y siete artículos del Código de Familia, y son doscientos veintiocho, no deseo abusar de la hospitalidad que a estos comentarios le ha brindado el periódico "La Nación". Por tal motivo creo que debo suspenderlos, sin que esto signifique que ya nada queda por comentar, pues muy al contrario, faltan innumerables observaciones que hacer, y si posteriormente el señor Director de este periódico me brinda más espacio, continuaré la labor emprendida.

No obstante, voy a concluir o suspender estas publicaciones, sin seguir el orden numérico de los artículos que he observado hasta el momento, para referirme al artículo 84 del Código de Familia que resulta un verdadero laberinto procedimental y una muestra de confusión que producirá muy serios problemas a los Tribunales cuando tengan que aplicarlo.

El citado artículo 84 se refiere a los hijos habidos fuera del matrimonio, cuya situación jurídica fue mejorada notablemente por la actual Constitución Política en sus artículos 53 y 55, estableciendo a favor de dichos hijos, iguales derechos que los correspondientes a los hijos habidos dentro del matrimonio, permitiéndoles investigar la paternidad sin las odiosas limitaciones que antes tenían y prohibiendo toda calificación sobre la naturaleza de la filiación. Estos principios tan sabios, claros y trascendentes, se mezclaron en el artículo 84 con un laberinto procesal que en nada los mejora, y que quizá más bien los perjudica.

Comenzaremos por decir que el Capítulo IV del Código, denominado Hijos habidos fuera del matrimonio, se inicia precisamente con ese artículo, y que desde el principio hasta el fin incurre en el deplorable e inexplicable error de mezclar lo relativo a la investiga-

ción de paternidad, —acción que corresponde única y exclusivamente a los hijos habidos fuera del matrimonio, con la impugnación de paternidad de hijos habidos dentro del matrimonio—, acción que corresponde única y exclusivamente al padre, quien protesta una falsa paternidad por causa de adulterio de la esposa.

Acciones tan distintas como inconfundibles deben figurar como estaban en el Código Civil de 1888, en Capítulos diferentes.

Aparte de este error metodológico que por sí solo induce a confusión, se incurre en otro error gravísimo consistente en autorizar a cualquier extraño para reconocer como suyo a un hijo nacido dentro de un matrimonio, con solo que se inicie el juicio de impugnación de paternidad. Examinemos el contenido de los párrafos procedimentales impropriamente agregados al artículo 84, que convierten ese artículo en un verdadero laberinto:

Primero: Apenas planteado el juicio de impugnación de paternidad y sin saberse qué suerte va a correr, se le permite a un extraño que reconozca como suyo al hijo objeto del juicio, no obstante que ese hijo figura en el Registro Civil, como tiene que figurar, con su filiación de hijo del marido de su madre, pues nació siendo casados sus padres. La única salvedad que se hace en este párrafo es que tal reconocimiento tendrá validez sólo en caso de que prospere la demanda de impugnación.

La más elemental lógica aconseja que en un caso como el figurado, se espere que concluya el juicio, para saber si se puede o no reconocer al hijo, según prospere o no la demanda de impugnación de paternidad.

Sigue diciendo el párrafo primero del artículo 84, que para darle a un extraño esa atrevida facultad de reconocer como suyo a un hijo de matrimonio, desconociendo así al padre que la ley señala por tratarse de un hijo de los que antes se llamaban legítimos, lo único que se necesita es promover un incidente por los trámites señalados en el Código de Procedimientos Civiles para los incidentes comunes, en el domicilio del extraño incidentista. No se le exige siquiera que lo haga ante el mismo Juez que conoce de la demanda de impugnación. En consecuencia, si por ejemplo, en un Juzgado Civil de San José se tramita un juicio de impugnación de paternidad, en cualesquiera otros lugares de la república, se pueden hacer tantos incidentes reconociendo como suyo a aquel hijo, como extraños haya interesados en su paternidad, y Juzgados Civiles existan para darle curso al incidente. Y si la acción de impugnación prospera, ¿cuál incidentista será el padre? Y si la acción fracasa se mantendrá como padre al marido de la madre, pero ésta y el hijo quedarán en un mar de confusión y descrédito, proporcional al número de presuntos padres adulterinos que hayan formulado el inusitado incidente.

Segundo: También apenas iniciado el referido juicio, se autoriza el reconocimiento por parte de un extraño, del hijo por nacer

que vaya a dar a luz una mujer casada, siempre que se prueben las siguientes circunstancias: a) que la concepción se produjo durante la separación de los cónyuges; b) que el hijo no se encuentre en posesión notoria de estado por parte del marido; c) que el reconocimiento se haya autorizado por resolución judicial firme. Todo esto, —que como fácilmente se advierte es propio de un juicio ordinario—, debe probarse dentro del trámite correspondiente a los incidentes comunes, que consiste como se sabe en una sencilla gestión dentro de la cual la parte demandada, sólo tiene una audiencia de tres días para contestar.

Resulta, además, extremadamente grave que en este caso no se advierta, como al final del párrafo primero, que el insólito reconocimiento del hijo por nacer “tendrá efecto solamente cuando sea declarada con lugar la demanda de impugnación”, con lo cual queda establecido que basta el simple incidente para que el reconocimiento adquiera plena validez.

De esta manera ha quedado falseada en forma absolutamente inaceptable, la posición jurídica del hijo nacido dentro del matrimonio, a la cual la ley otorga la mayor firmeza posible, salvo en los casos muy calificados y bien definidos por la propia ley, en que cabe la impugnación de la paternidad de los hijos nacidos durante el matrimonio.

Mientras la Constitución Política nuestra y el Derecho de Familia avanzan plausiblemente en el sentido de dar la mayor protección posible a los hijos nacidos fuera de matrimonio, el Código de Familia, paradójicamente, debilita y falsea la de los hijos nacidos dentro del matrimonio.

CODIGO DE FAMILIA

LEY No. 5476

ASAMBLEA LEGISLATIVA

Nº 5476

LA ASAMBLEA LEGISLATIVA DE LA REPUBLICA DE COSTA RICA

DECRETA:

Artículo 1º—Díctase el siguiente

CODIGO DE FAMILIA

TITULO PRELIMINAR

DISPOSICIONES GENERALES

Artículo 1º—Es obligación del Estado costarricense proteger a la familia.

Artículo 2º—La unidad de la familia, el interés de los hijos, el de los menores y la igualdad de derechos y deberes de los cónyuges, han de ser los principios fundamentales para la aplicación e interpretación de este Código.

Artículo 3º—Se prohíbe toda calificación sobre la naturaleza de la filiación.

Artículo 4º—En cuanto a los derechos y obligaciones entre padres e hijos, ninguna diferencia hay respecto de los habidos dentro del matrimonio o fuera de él.

Artículo 5º—La protección especial de las madres y de los menores de edad estará a cargo del Patronato Nacional de la Infancia, con la colaboración de las otras instituciones del Estado.

En todo asunto en que aparezca involucrado un menor de edad, el órgano administrativo o jurisdiccional que conozca de él, deberá tener como parte al Patronato, siendo causa de nulidad relativa de lo actuado, el hecho de no habersele tenido como tal, si se ha causado perjuicio al menor a juicio del Tribunal.

Artículo 6º—Quedan exentos de los impuestos del papel sellado y timbre fiscal todos los actos jurídicos, solicitudes y actuaciones de cualquier clase, que se

tramiten o realicen ante los órganos administrativos o judiciales, con motivo de la aplicación de las normas de este Código.

Artículo 7º—Para hacer valer los derechos consignados en este Código, quienes carecieren de asistencia legal y de recursos económicos para pagarla, tienen derecho a que el Estado se la suministre conforme a la ley.

Artículo 8º—Corresponde a los Tribunales con jurisdicción sobre los asuntos familiares, conocer de toda la materia regulada en este Código.

Artículo 9º—Las autorizaciones o aprobaciones de los Tribunales que este Código exige en determinados casos, se extenderán mediante el procedimiento señalado para los incidentes comunes en el Código de Procedimientos Civiles, cuando no esté establecido otro procedimiento.

TITULO I

DEL MATRIMONIO

CAPITULO I

DISPOSICIONES GENERALES

Artículo 10.—Los esponsales no producen efectos civiles.

Artículo 11.—El matrimonio es la base esencial de la familia y tiene por objeto la vida en común, la cooperación y el mutuo auxilio.

Artículo 12.—Toda condición contraria a los fines esenciales del matrimonio es nula.

Artículo 13.—Para que exista matrimonio el consentimiento de los contrayentes debe manifestarse de modo legal y expreso.

CAPITULO II

DE LOS IMPEDIMENTOS, REVALIDACIONES Y DISPENSAS

Artículo 14.—Es legalmente imposible el matrimonio:

- 1) De la persona que esté ligada por un matrimonio anterior;
- 2) Entre ascendientes y descendientes por consanguinidad o afinidad. El impedimento no desaparece con la disolución del matrimonio que dio origen al parentesco por afinidad;
- 3) Entre hermanos consanguíneos;
- 4) Entre el adoptante y el adoptado y sus descendientes; los hijos adoptivos de la misma persona; el adoptado y los hijos del adoptante; el adoptado y el excónyuge del adoptante; el adoptante y el excónyuge del adoptado;
- 5) Entre el autor, coautor o cómplice del delito de homicidio de uno de los cónyuges y el excónyuge sobreviviente; y
- 6) Entre personas de un mismo sexo.

Artículo 15.—Es anulable el matrimonio:

- 1) En el caso de que uno o ambos cónyuges hayan consentido por violencia o miedo grave, o por error en cuanto a la identidad del otro;
- 2) Del que padezca incapacidad mental al celebrarlo;
- 3) De la persona menor de quince años;
- 4) Del incapaz por impotencia absoluta o relativa, siempre que el defecto sea por su naturaleza incurable y anterior al matrimonio; y
- 5) Cuando fuere celebrado ante funcionario incompetente.

Artículo 16.—Es prohibido el matrimonio:

- 1) Del menor de 18 años—sin el consentimiento previo y expreso de quien ejerza sobre él la patria potestad o tutela, salvo lo estipulado en el inciso a) del artículo 21 de este Código;
- 2) De la mujer antes de que transcurran trescientos días contados desde la disolución o declaratoria de nulidad de su anterior matrimonio, a menos que haya habido para antes de cumplirse ese término o se pruebe mediante dictámenes de dos peritos médicos oficiales que no existe embarazo;
- 3) De los tutores o cualquiera de sus descendientes con los pupilos mientras no estén aprobadas y canceladas las cuentas finales de la tutela, salvo si el padre o madre difuntos del pupilo lo hubieran permitido expresamente en testamento u otro instrumento público; y
- 4) Sin la previa publicación o dispensa de los edictos legales.

Artículo 17.—El matrimonio celebrado a pesar de las prohibiciones del artículo anterior es válido.

Artículo 18.—El matrimonio celebrado por las personas a que se refieren los incisos 1) y 2) del artículo 15 quedará revalidado sin necesidad de declaratoria expresa por el hecho de no separarse los cónyuges durante un mes después de que se descubra el error, cese el miedo grave o la violencia, o el incapaz mental recobre el juicio.

Artículo 19.—El matrimonio del menor de quince años quedará convalidado sin necesidad de declaratoria expresa, por el hecho de no separarse los contrayentes durante un mes después de que el cónyuge menor cumpla esa edad.

Artículo 20.—El matrimonio del impotente quedará revalidado cuando se dejaren transcurrir dos años sin reclamar la nulidad.

Artículo 21.—Para la celebración del matrimonio del menor es necesario que cualquiera de sus padres en ejercicio de la patria potestad otorgue su consentimiento y no están obligados a motivar su negativa. La dispensa del consentimiento podrá ser suplida por el Tribunal, previa información sumarisima:

- a) Cuando el menor haya sido declarado administrativa o judicialmente en estado de abandono; o si siendo huérfano, careciere de tutor; y
- b) Cuando el consentimiento se niegue y sea necesario para evitar que el menor sufra los perjuicios que podrá derivar de los delitos cuya acción o pena se extinguen con el matrimonio.

Artículo 22.—Tratándose de menores sujetos a tutela, el tutor dará el consentimiento. Cuando los motivos en que el tutor funde su negativa no fueren razonables, el consentimiento podrá ser suplido por el Tribunal en la forma prevista en el artículo anterior.

CAPITULO III

DE LOS EFECTOS CIVILES DEL MATRIMONIO CATOLICO

Artículo 23.—El matrimonio que celebre la Iglesia Católica, Apostólica y Romana con sujeción a las disposiciones de este Código, surtirá efectos civiles. Los Ministros que lo celebren quedan sujetos a las disposiciones del Capítulo IV de este Título en lo aplicable, para lo cual serán considerados funcionarios públicos.

CAPITULO IV

CELEBRACION DEL MATRIMONIO CIVIL

Artículo 24.—El matrimonio se celebrará ante la autoridad de la jurisdicción en donde haya residido durante los últimos meses cualquiera de los contrayentes. Tales autoridades serán, un Juez Civil o un Alcalde Civil, o el Gobernador de la Provincia. En los cantones en donde no existan las autoridades mencionadas, podrá celebrarse ante el Delegado Cantonal de la Guardia de Asistencia Rural.

Los notarios públicos están autorizados para celebrar matrimonios en todo el país. El acta correspondiente se asentará en su protocolo y deberán conservar en el de referencias, la copia respectiva. Los contrayentes podrán recurrir para los trámites previos a la celebración, ante los funcionarios judiciales o administrativos indicados, o ante un Notario.

Los funcionarios judiciales o administrativos no podrán cobrar honorarios por los matrimonios que celebren.

El funcionario ante quien se celebre un matrimonio está obligado a enviar todos los antecedentes y acta del mismo o certificación de ésta, al Registro Civil.

Cuando quien celebre un matrimonio no observe las disposiciones de este Código, el Registro Civil dará cuenta de ello al superior correspondiente, a fin de que imponga la sanción que procediere y en todo caso al tribunal penal competente para lo de su cargo.

Artículo 25.—Los que deseen contraer matrimonio, lo manifestarán verbalmente o por escrito al funcionario correspondiente, expresando necesariamente sus nombres, apellidos, edad, profesión u oficio, lugar de su nacimiento y nombre de los lugares de su residencia o domicilio durante los últimos tres meses; y los nombres, apellidos, nacionalidad y generales de sus padres.

La manifestación será firmada por los interesados o por otra persona a ruego del que no sepa o no pueda firmar. Será ratificada verbalmente si fuere formulada por escrito; y el funcionario ordenará su publicación por medio de edicto en el "Boletín Judicial".

Deberán los contrayentes indicar los nombres de los hijos procreados por ellos antes del enlace, si los hubiere. Esta manifestación debe constar en el acta del matrimonio.

Artículo 26.—Entre el edicto y la celebración del matrimonio, debe mediar un intervalo de ocho días naturales por lo menos y si después de publicado dicho edicto transcurrieren seis meses sin celebrarse el matrimonio, deberá hacerse nueva publicación.

Artículo 27.—Si se probare impedimento legal, a juicio del celebrante, éste suspenderá la celebración del matrimonio hasta tanto sea dispensado legalmente el impedimento.

Artículo 28.—El funcionario autorizado no celebrará ningún matrimonio mientras no se le presenten:

- 1) Dos testigos idóneos que declaren bajo juramento, sobre la libertad de estado y aptitud legal de los contrayentes;
- 2) Los documentos que demuestren haberse obtenido el correspondiente consentimiento, cuando se trate de personas que lo necesiten;
- 3) La certificación de los asientos de nacimiento y libertad de estado de los contrayentes, expedida por el Registro Civil. El extranjero podrá demostrar su libertad de estado por cualquier medio que le merezca fe al funcionario, en defecto de los documentos anteriormente citados; y
- 4) Certificación de la fecha de la disolución del anterior matrimonio si la contrayente hubiere estado casada antes y la prueba prevista en el inciso 2º del artículo 16.

Artículo 29.—En caso de peligro de muerte de uno de los contrayentes, podrá procederse a la celebración del matrimonio aún sin llenarse los requisitos de que hablan los artículos anteriores; pero mientras no se cumpla con esas exigencias ninguno de los interesados podrá reclamar los derechos civiles procedentes de este matrimonio.

Artículo 30.—El matrimonio podrá celebrarse por medio de apoderado con poder especialísimo constante en escritura pública y que exprese el nombre y generales de la persona con quien éste haya de celebrar el matrimonio; pero siempre ha de concurrir a la celebración en persona el otro contrayente.

No habrá matrimonio si en el momento de celebrarse estaba ya legalmente revocado el poder.

Artículo 31.—El matrimonio se celebrará ante el funcionario competente y en presencia de dos testigos mayores de edad, que sepan leer y escribir.

Los contrayentes deben expresar su voluntad de unirse en matrimonio, cumplido lo cual el funcionario declarará que están casados.

De todo se levantará una acta que firmarán el funcionario, los contrayentes, si pueden y los testigos del acto.

A los contrayentes se les entregará copia del acta firmada por el funcionario.

El funcionario debe enviar dentro de los ocho días siguientes a la celebración del matrimonio, copia autorizada de dicha acta y los documentos requeridos en el artículo 28 al Registro Civil.

Artículo 32.—El funcionario ante quien se tramiten las diligencias previas al matrimonio podrá bajo su responsabilidad, dispensar la publicación del edicto a que se refiere el artículo 25, si de los documentos que se le presentan resulta que los contrayentes no tienen impedimento para contraer matrimonio.

CAPITULO V

EFECTOS DEL MATRIMONIO

Artículo 33.—El matrimonio surte efectos desde su celebración y debe ser inscrito en el Registro Civil.

Artículo 34.—Los esposos comparten la responsabilidad y el gobierno de la familia. Conjuntamente deben regular los asuntos domésticos, proveer a la educación de sus hijos y preparar su porvenir. Asimismo, están obligados a respetarse, a guardarse fidelidad y a socorrerse mutuamente. Deben vivir en un mismo hogar

salvo que motivos de conveniencia o de salud para alguno de ellos o de los hijos, justifique residencias distintas.

Artículo 35.—El marido es el principal obligado a sufragar los gastos que demanda la familia. La esposa está obligada a contribuir a ellos en forma solidaria y proporcional, cuando cuente con recursos propios.

Artículo 36.—El matrimonio válido del menor produce los efectos de la mayoría de edad.

Si se disuelve el vínculo matrimonial, el excónyuge matendrá su condición de mayor de edad.

CAPITULO VI

DEL REGIMEN PATRIMONIAL DE LA FAMILIA

Artículo 37.—Las capitulaciones matrimoniales pueden otorgarse antes de la celebración del matrimonio o durante su existencia y comprenden los bienes presentes y futuros. Este convenio, para ser válido, debe constar en escritura pública e inscribirse en el Registro Público.

Artículo 38.—El menor hábil para casarse puede celebrar capitulaciones matrimoniales. La escritura será otorgada por su representante, mediando *autorización motivada del Tribunal*.

Artículo 39.—Las capitulaciones matrimoniales pueden ser modificadas después del matrimonio. Si hay menores de edad, ha de serlo con autorización del Tribunal.

El cambio no perjudicará a terceros, sino después de que se haya publicado en el periódico oficial un extracto de la escritura y ésta quede inscrita en el Registro Público.

Artículo 40.—Si no hubiere capitulaciones matrimoniales, *cada cónyuge queda dueño y dispone libremente de los bienes que tenía al contraer matrimonio, de los que adquiriera durante él por cualquier título y de los frutos de unos y otros.*

Artículo 41.—Los bienes existentes en poder de los cónyuges al disolverse el matrimonio o al declararse la separación judicial, se considerarán comunes y se distribuirán por igual entre ambos. Se exceptúan de esa disposición únicamente:

- a) Los que fueren introducidos al matrimonio o adquiridos durante él por título gratuito o causa aleatoria;
- b) Los comprados con valores propios de uno de los cónyuges, destinados a ello en las capitulaciones matrimoniales;
- c) Cuando la causa o título de su adquisición precedió al matrimonio; y
- d) Si se tratare de bienes muebles o inmuebles, que fueren debidamente subrogados a otros propios de alguno de los cónyuges.

Es permitido renunciar en las capitulaciones, a las ventajas de la distribución final; y

- e) Los adquiridos durante la separación de hecho de los cónyuges.

Artículo 42.—El inmueble destinado a *habitación familiar*, cuando así conste en el Registro Público, no podrá ser enajenado ni gravado sino con el consentimiento de ambos cónyuges.

Tampoco podrá ser perseguido por acreedores personales del propietario, salvo en cobro de deudas contraídas por ambos cónyuges, o por el propietario con anterioridad a la inscripción a que se refiere el artículo siguiente.

Artículo 43.—La afectación del inmueble así como su cesación deberán hacerse en escritura pública e inscribirse en el Registro y surtirán efectos desde la fecha de su inscripción.

La afectación y su cesación no estarán sujetas al pago de impuestos ni de derechos de Registro.

Artículo 44.—El traspaso que se hiciere inter vivos o mortis causa del bien afectado conforme al artículo 42 a favor del cónyuge, de uno o varios hijos, estará exento del pago de los impuestos de Beneficiencia, Donaciones y Timbre Universitario, hasta por la suma de cien mil colones.

Artículo 45.—El Registro Público no inscribirá ninguna escritura en violación de lo dispuesto en este Capítulo.

Artículo 46.—Los beneficios de los cuatro anteriores artículos se aplicarán al inmueble urbano con una cabida no mayor de mil metros cuadrados, o rural cuya extensión no exceda de diez mil metros cuadrados. Asimismo, a la parcela rural en el tanto en que no exceda esta última extensión, destinada a la subsistencia de la familia.

Artículo 47.—La afectación cesará:

- a) Por mutuo acuerdo de los cónyuges;
- b) Por fallecimiento de cualquiera de los cónyuges; y
- c) Por separación judicialmente decretada o por divorcio.

Igualmente, cesará la afectación cuando de hecho el bien dejare de servir para habitación familiar o pequeña explotación, previa comprobación ante el Tribunal mediante trámite sumario.

En los casos de los párrafos b) y c) podrá disponerse la continuación por el cónyuge sobreviviente, o por convenio de ambos, mientras haya hijos menores.

CAPITULO VII

DEL DIVORCIO

Artículo 48.—Será motivo para decretar el divorcio:

- 1) El adulterio de cualquiera de los cónyuges;
- 2) El atentado de uno de los cónyuges contra la vida del otro o de sus hijos;
- 3) La tentativa de uno de los cónyuges para prostituir o corromper al otro cónyuge y la tentativa de corrupción o corrupción de los hijos de cualquiera de ellos;
- 4) La sevicia en perjuicio del otro cónyuge o de sus hijos;
- 5) La separación judicial por un término no menor de un año, si durante ese lapso no ha mediado reconciliación entre los cónyuges.

Durante dicho lapso el Tribunal, a solicitud de los interesados y con un intervalo mínimo de tres meses, celebrará no menos de dos comparecencias para intentar la reconciliación entre los cónyuges. La primera comparecencia no podrá celebrarse antes de tres meses de decretada la separación.

Para tales efectos el Tribunal solicitará los informes que considere pertinentes.

Si alguno de los cónyuges no asistiere a las comparecencias, si éstas no se solicitan, o si las conclusiones a que llegue el Tribunal así lo aconsejan, el plazo para decretar el divorcio será de dos años;

- 6) La ausencia del cónyuge, legalmente declarada; y
- 7) El mutuo consentimiento de ambos cónyuges.

El divorcio por mutuo consentimiento deberá tramitarse en vía ordinaria y no podrá pedirse sino después de 5 años de celebrado el matrimonio y deberá presentarse al Tribunal el convenio de escritura pública en la forma indicada en el artículo 60.

La sentencia que declare con lugar el divorcio, no podrá dictarse antes de seis meses contados a partir de la presentación de la demanda.

Artículo 49.—La acción de divorcio sólo puede establecerse por el cónyuge inocente, dentro de un año contado desde que tuvo conocimiento de los hechos que lo motiven.

En los casos de ausencia judicialmente declarada podrá plantear la acción el cónyuge en cualquier momento. Para estos efectos el Tribunal nombrará al demandado un curador ad litem.

Artículo 50.—La muerte de cualquiera de los cónyuges pone término al juicio de divorcio.

Artículo 51.—La reaparición del ausente no revive el vínculo matrimonial disuelto.

Artículo 52.—No procede el divorcio si ha habido reconciliación o vida marital entre los cónyuges después del conocimiento de los hechos que habrían podido autorizarlo, o después de la demanda; mas si se intenta una nueva acción de divorcio por causa sobrevenida a la reconciliación, el Tribunal podrá tomar en cuenta las causas anteriores.

Artículo 53.—Pedido el divorcio, el Tribunal puede autorizar u ordenar a cualquiera de los cónyuges la salida del domicilio conyugal.

Artículo 54.—A solicitud del padre o madre, del Ministerio Público, o del Patronato Nacional de la Infancia, el Tribunal resolverá a cuál de los cónyuges, persona, pariente, o institución adecuada debe dejarse el cuidado provisional de los hijos.

Artículo 55.—La sentencia firme de divorcio disuelve el vínculo matrimonial.

Artículo 56.—Al declarar el divorcio, el Tribunal, tomando en cuenta el interés de los hijos menores y las aptitudes física y moral de los padres, determinará a cuál de los cónyuges confía la guarda, crianza y educación de aquéllos. Sin embargo, si ninguno de los progenitores está en capacidad de ejercerlas, los hijos se confiarán a una institución especializada o persona idónea, quienes asumirán las funciones de tutor. El Tribunal adoptará, además, las medidas necesarias concernientes a las relaciones personales entre padres e hijos.

Cualquiera que sea la persona o institución a cuyo cargo queden los hijos, los padres quedan obligados a sufragar los gastos que demanden sus alimentos, conforme al artículo 35.

Lo resuelto conforme a las disposiciones de este artículo no constituye cosa juzgada y el Tribunal podrá modificarlo de acuerdo con la conveniencia de los hijos o por un cambio de circunstancias.

Artículo 57.—En la sentencia que declare el divorcio, aunque se origine en una separación judicial, puede el Tribunal conceder al cónyuge declarado inocente, una pensión alimenticia a cargo del culpable.

Esta pensión se regulará conforme a las disposiciones sobre alimentos y se revocará cuando el inocente contraiga nuevas nupcias.

Si no existiere cónyuge culpable, podrá el Tribunal, según las circunstancias, conceder una pensión alimenticia a uno de los cónyuges y a cargo del otro.

Artículo 58.—Son causales para decretar la separación judicial entre los cón-

yuges:

- 1) Cualquiera de las que autorizan el divorcio;
- 2) El abandono voluntario y malicioso que uno de los cónyuges haga del otro;
- 3) La negativa infundada de uno de los cónyuges a cumplir los deberes de asistencia y alimentación para con el otro o los hijos comunes;
- 4) Las ofensas graves;
- 5) La enajenación mental de uno de los cónyuges que se proclame por más de un año u otra enfermedad o los trastornos graves de conducta de uno de los cónyuges que hagan imposible o peligrosa la vida en común;
- 6) El haber sido sentenciado cualquiera de los cónyuges a sufrir una pena de prisión durante tres o más años por delito que no sea político. La acción sólo podrá establecerse siempre que el sentenciado haya permanecido preso durante un lapso consecutivo no menor de dos años;
- 7) El mutuo consentimiento de ambos cónyuges; y
- 8) La separación de hecho de los cónyuges durante un año consecutivo, ocurrida después de dos años de verificado el matrimonio.

Artículo 59.—La acción de separación sólo podrá ser establecida:

- 1) Por el cónyuge inocente en el caso de los incisos 1), 2), 3) y 4) del artículo anterior; y
- 2) Por cualquiera de los cónyuges en los casos que expresan los incisos 5), 6), 7) y 8) del citado artículo.

Caducarán tales acciones en un término de dos años salvo las que se fundamente en los incisos 2), 3) y 5) indicados. Este plazo correrá a partir de la fecha en que los esposos tuvieren conocimiento de los hechos.

Artículo 60.—La separación por mutuo consentimiento no podrá pedirse sino después de dos años de verificado el matrimonio. Los esposos que la pidan deben presentar al Tribunal un convenio en escritura pública sobre los siguientes puntos:

- 1) A quién corresponde la guarda, crianza y educación de los hijos menores;
 - 2) ¿Cuál de los dos cónyuges asume la obligación de alimentar a dichos hijos o la proporción en que se obligan ambos?
 - 3) Monto de la pensión que debe pagar un cónyuge al otro, si en ello convinieren;
 - 4) Propiedad sobre los bienes de ambos cónyuges.
- Este pacto no valdrá mientras no se pronuncie la aprobación de la separación.

Lo convenido con respecto de los hijos podrá ser modificado por el Tribunal.

El convenio y la separación, si son procedentes y no perjudican los derechos de los menores, se aprobarán por el Tribunal en resolución considerada. El Tribunal podrá pedir que se complete o aclare el convenio presentado si es omiso u obscuro en los puntos señalados en este artículo de previo a su aprobación.

Artículo 61.—Lo dispuesto para el divorcio se observará también para la separación judicial en cuanto fuere aplicable y no contradiga lo dispuesto en este Capítulo.

Artículo 62.—Los efectos de la separación son los mismos que los del divorcio, con la diferencia de que aquélla no disuelve el vínculo, subsiste el deber de fidelidad y de mutuo auxilio.

Artículo 63.—La reconciliación de los cónyuges le pone término al juicio si no estuviere concluido y deja sin efecto la ejecutoria que declare la separación. En ambos casos los cónyuges deberán hacerlo saber conjuntamente. En cuanto a bienes se mantendrá lo que disponga la resolución, si la hubiere.

CAPITULO IX

NULIDAD DEL MATRIMONIO

Artículo 64.—La nulidad del matrimonio prevista en el artículo 14 puede declararse aún de oficio.

Artículo 65.—La nulidad de los matrimonios a que se refiere el artículo 15 podrá demandarse:

- a) En el caso de que uno o ambos cónyuges hayan consentido por error, violencia o miedo grave, por el contrayente víctima del error, la violencia o miedo grave;
- b) En el caso del matrimonio de cualquier persona que padezca incapacidad mental al celebrarlo, el cónyuge capaz y los padres o curador del incapaz mental;
- c) En el caso de matrimonio de la persona menor de quince años, por los padres o tutor del menor o por éste asistido por un curador ad hoc;
- d) En el caso de impotencia relativa, por cualquiera de los cónyuges; y en caso de impotencia absoluta, sólo por el cónyuge que no la padezca; y
- e) En el caso de celebración ante funcionario incompetente, cualquiera de los contrayentes.

Artículo 66.—El matrimonio declarado nulo o anulado produce todos los efectos civiles en favor del cónyuge que obró de buena fe y de los hijos y las consecuencias que este Código fija en perjuicio del cónyuge que obró de mala fe.

La buena fe se presume si no consta lo contrario y en ningún caso la nulidad del matrimonio perjudicará a tercero sino desde la fecha en que se inscriba la declaratoria en el Registro.

Artículo 67.—En todos los juicios sobre nulidad de matrimonio se tendrá como parte a la Procuraduría General de la República. La sentencia se inscribirá en el Registro Civil.

Artículo 68.—Lo dispuesto para el divorcio y la separación judicial se observará también respecto de la nulidad del matrimonio en cuanto fuere aplicable y no contrario a lo determinado en este capítulo.

TITULO II

PATERNIDAD Y FILIACION

CAPITULO I

HIJOS DE MATRIMONIO

Artículo 69.—Se presumen habidos en el matrimonio los hijos nacidos después de ciento ochenta días contados desde su celebración o desde la reunión de los cónyuges separados judicialmente y también los nacidos dentro de los trescientos

días siguientes a la disolución del matrimonio o a la separación de los cónyuges judicialmente decretada.

Se presumen igualmente hijos del matrimonio los nacidos dentro de los ciento ochenta días después de su celebración, cuando concorra alguna de las siguientes circunstancias:

- a) Si el marido, antes de casarse, tuvo conocimiento del embarazo de su mujer;
- b) Si estando presente consintió en que se tuviera como suyo al hijo en el acta de nacimiento inscrita en el Registro Civil; y
- c) Si de cualquier otro modo lo admitió como tal.

Artículo 70.—En contra de la presunción del artículo anterior, es admisible prueba de haber sido imposible al marido la cohabitación fecunda con su mujer en la época en que tuvo lugar la concepción del hijo.

El adulterio de la mujer no autoriza por sí mismo al marido para desconocer al hijo; pero si prueba que lo hubo durante la época en que tuvo lugar la concepción del hijo, le será admitida prueba de cualesquiera otros hechos conducentes a demostrar su no paternidad.

Artículo 71.—Se tendrá como hijo habido fuera de matrimonio al que, nacido después de trescientos días de la separación de hecho de los cónyuges, no haya tenido posesión notoria de estado por parte del marido.

La declaración, mediante juicio, la hará el Tribunal a solicitud de la madre o del hijo, o de quien represente a éste.

Artículo 72.—La paternidad de los hijos nacidos dentro del matrimonio sólo puede ser impugnada por el marido personalmente o por apoderado especialísimo y muerto o declarado ausente el marido, por sus herederos en los casos previstos en el artículo 74, excepto lo dicho en el artículo anterior.

El curador, en los casos de incapacidad mental prolongada o incurable del marido, podrá ejercer la acción de impugnación, previo estudio médico legal en donde quede claramente establecido el estado mental del marido.

La inseminación artificial de la mujer con semen del marido, o de un tercero con el consentimiento de ambos cónyuges, equivaldrá a la cohabitación para efectos de filiación y paternidad. Dicho tercero no adquiere ningún derecho ni obligación inherente a tales calidades.

Artículo 73.—La acción del marido para impugnar la paternidad deberá plantearse en juicio dentro de un año desde que tuvo conocimiento del nacimiento del hijo.

En el caso del párrafo primero del artículo 70, desde que tuvo conocimiento del nacimiento del hijo.

En el caso del párrafo 2º del artículo 70, el año comenzará a contarse desde que se reúnan las dos circunstancias de que el marido haya tenido conocimiento del nacimiento del hijo y del adulterio de la mujer.

Estos plazos no corren contra el marido incapaz mental que careciere de curador.

Artículo 74.—Si el marido muere antes de vencer el término en que puede desconocerse al hijo, podrán sus herederos hacerlo en el plazo de sesenta días contados desde aquel en que el hijo hubiere entrado en la posesión de los bienes del presunto padre, o desde el día en que los herederos fueren perturbados en la posesión de la herencia por el presunto hijo.

Cesará este derecho si el padre hubiere admitido al hijo como suyo.

Artículo 75.—El hijo nacido después de trescientos días de la disolución del matrimonio, o de la separación de los cónyuges judicialmente decretada o de la declaratoria de ausencia del marido, se tendrá como habido fuera del matrimonio, salvo prueba en contrario.

Artículo 76.—El derecho de los hijos para vindicar el estado que les pertenece es imprescriptible. Por muerte de los hijos ese derecho pasa a los nietos y respecto a ellos también es imprescriptible.

Artículo 77.—Los herederos de los hijos o de los nietos en su caso, pueden continuar las acciones de vindicación pertinentes; y solamente podrán comenzarlas en caso de que el hijo o nieto falleciere antes de llegar a la mayoría, o si al entrar en ella estuviere incapacitado mentalmente y muriere en ese estado.

La acción de los herederos prescribe en cuatro años, contados desde la muerte del hijo o nieto.

Artículo 78.—Sobre la filiación no puede haber transacción ni compromiso en árbitros, pero puede haber transacción o arbitramento sobre los derechos pecuniarios que de la filiación legalmente declarada pudiere deducirse, sin que las concesiones que se hagan al que se dice hijo, importen la adquisición de ese estado, ni las que haga éste importen renuncia de su filiación.

La transacción o el compromiso tratándose de menores de edad u otros incapaces, requieren aprobación del Tribunal.

CAPITULO II

PRUEBA DE LA FILIACION DE LOS HIJOS DE MATRIMONIO

Artículo 79.—La filiación de los hijos habidos en matrimonio se prueba por las actas de nacimiento, inscritas en el Registro Civil. En defecto de ellas o si fueren incompletas o falsas, se probará la filiación por la posesión notoria de estado o por cualquier otro medio ordinario de prueba.

Artículo 80.—La posesión notoria de estado del hijo consiste en que sus padres lo hayan tratado como tal, dándole sus apellidos, proveyendo sus alimentos y presentándolo con ese carácter a terceros; y éstos y el vecindario de su residencia, en general, lo hayan reputado como hijo de aquéllos.

CAPITULO III

FILIACION DE LOS HIJOS ADQUIRIDA POR SUBSIGUENTE MATRIMONIO DE LOS PADRES

Artículo 81.—Los hijos procreados por los mismos padres antes del matrimonio, contraído éste, se tendrán como hijos de matrimonio.

La manifestación correspondiente podrá hacerla el padre o los progenitores conjuntamente en testamento, en escritura pública, por medio de acta levantada ante el Patronato Nacional de la Infancia, por escrito dirigido al Registro Civil, o ante el funcionario que celebre la boda en la solicitud para contraer matrimonio o en el momento de la ceremonia.

A falta de la manifestación a que se refiere el párrafo anterior, la legitimación requerirá declaración del Tribunal.

Artículo 82.—Si el matrimonio a que alude el artículo anterior fuere declarado nulo, los hijos mantendrán su condición de matrimoniales.

Artículo 83.—La calidad de hijo adquirida de conformidad con el artículo 81 surte efectos desde el día de la concepción y aprovecha aún a los descendientes de los hijos muertos al tiempo de la celebración del mismo.

CAPITULO IV

HIJOS HABIDOS FUERA DEL MATRIMONIO

Artículo 84.—Pueden ser reconocidos por sus padres todos los hijos habidos fuera de matrimonio, cuya paternidad no conste en el Registro Civil.

Igualmente, pueden ser reconocidos los hijos por nacer y los hijos muertos.

Dentro de un juicio de impugnación de paternidad puede reconocerse al hijo aún protegido por la presunción de paternidad del artículo 96, o cuya paternidad conste en el Registro Civil, pero tal reconocimiento tendrá efecto solamente cuando sea declarada con lugar la impugnación.

También podrá reconocerse al hijo concebido cuando la madre esté ligada en matrimonio, pero, para que surta los efectos legales consiguientes, es necesario que la concepción se haya efectuado durante la separación de los cónyuges; que el hijo no esté en posesión notoria de estado por parte del marido y que el reconocimiento haya sido autorizado por resolución judicial firme.

Para ese efecto, quien desee el reconocimiento promoverá acción ante el Tribunal de su domicilio a fin de que sea autorizado de conformidad con lo dispuesto en el artículo 9º, y por los trámites señalados en el Código de Procedimientos Civiles para los incidentes comunes, en lo que fuere aplicable. No regirá para las presentes diligencias lo dispuesto en el párrafo final del artículo 390 del Código citado.

La acción se tramitará con intervención de los cónyuges que figuren como padres en el Registro Civil, de albacea si estuviere en trámite su juicio sucesorio, del Patronato Nacional de la Infancia si el hijo fuere menor, de la Procuraduría General de la República, y del hijo que se pretende reconocer si fuere mayor de edad.

Si el padre que indica el Registro fuere desconocido o se ignorase su paradero, o no puede ser habido para notificarle la audiencia respectiva, se le notificará por medio de un edicto que se publicará en el "Boletín Judicial".

Si hubiere oposición de cualquiera de las partes indicadas en el párrafo anterior, se suspenderá la tramitación judicial para que las partes ventilen el caso en la vía ordinaria. Si no hubiere oposición, comprobadas sumariamente las condiciones expresadas, se autorizará el reconocimiento y el notario o funcionario dará fe en la escritura respectiva de estar firme la resolución que lo autoriza, indicando el Tribunal que la dictó, su hora y fecha.

Artículo 85.—Los padres de un hijo nacido fuera de matrimonio podrán reconocerlo de común acuerdo o separadamente. Cuando el reconocimiento lo hiciera la madre, no podrá revelar el nombre de la persona con quien hubo al hijo, lo mismo que expresar cualquier circunstancia mediante la cual pudiera ser identificada.

Artículo 86.—El reconocimiento podrá ser impugnado por el reconocido o por quien tenga interés, cuando ha sido hecho mediante falsedad o error.

La acción del hijo no será admisible después de dos años contados desde la mayoría de edad, si antes tuvo noticias del reconocimiento y de la falsedad o error o desde que las tuvo si estos fueren posteriores.

En el caso de tercero interesado, la acción deberá ser ejercida únicamente durante la minoridad del reconocido.

Artículo 87.—El reconocimiento es irrevocable.

No podrá ser contestado por los herederos de quien lo hizo.

Artículo 88.—El hijo mayor de edad no puede ser reconocido sin su consentimiento. Si hubiera habido falsedad o error en el mismo, podrá impugnarlo dentro de los dos años siguientes al conocimiento de esa circunstancia.

FILIACION POR ADOPCION - DISPOSICIONES GENERALES

Artículo 100.—Puede adoptar toda persona mayor de veinticinco años de edad que se halle en el goce de sus derechos civiles, sea de buena conducta y reputación y demuestre capacidad para proveer a los alimentos del adoptado. En el caso de adopción conjunta, basta que uno de los cónyuges haya alcanzado esa edad.

Artículo 101.—No pueden adoptar:

- a) El marido o la esposa sin el consentimiento del otro cónyuge;
- b) Los tutores o los curadores, a las personas que estén sujetas a su tutela o curatela;
- c) Las personas que hayan ejercido la tutela o la curatela, a los pupilos o incapaces mientras no hayan sido aprobadas definitivamente las cuentas de administración por la autoridad judicial competente;
- d) La persona mayor de sesenta años; y
- e) Quien haya sido privado o suspendido del ejercicio de la patria potestad, sin el consentimiento expreso del Tribunal.

Artículo 102.—El adoptante deberá ser por lo menos quince años mayor que el adoptado. En caso de adopción conjunta, la diferencia será con el cónyuge menor.

Artículo 103.—El consentimiento del adoptado o de sus representantes legales es imprescindible para la adopción y deberá darse de conformidad con las siguientes disposiciones:

- a) Si es mayor de edad, lo dará personalmente.
- b) Si está sujeto a tutela o curatela, lo dará su representante, con autorización del Tribunal;
- c) Si es menor de edad, lo dará quien o quienes ejerzan la patria potestad, con autorización del Tribunal; y
- d) Si se trata de menores declarados en estado de abandono o depósito judicial lo dará el representante del Patronato Nacional de la Infancia, con autorización del Tribunal.

Si el adoptado fuere menor de edad o mayor inhábil y tuviere bienes, el o los adoptantes quedarán sujetos a los regímenes establecidos para la tutela y la curatela, en cuanto a su administración.

Artículo 104.—La adopción se hará en escritura pública que se inscribirá en el Registro Civil y se anotará al margen del asiento de nacimiento del adoptado, de conformidad con lo que dispone el artículo 108.

En la escritura se consignará si la adopción es simple o plena.

Artículo 105.—Los interesados deberán obtener autorización del Tribunal antes del otorgamiento de la escritura, salvo el caso del adoptado mayor de edad.

El Tribunal, aun cuando concurren los requisitos legales para la adopción, apreciará siempre su conveniencia para el adoptado, conforme a las circunstancias de cada caso.

Artículo 106.—Una vez inscrita, la adopción surte efectos legales a partir de la fecha de la escritura a que alude el artículo trasanterior.

Artículo 107.—Al otorgamiento de la escritura de adopción deberán comparecer el o los adoptantes y quienes deben otorgar su consentimiento de conformidad con el artículo 103.

Artículo 89.—El reconocimiento debe resultar de testamento, escritura pública o de acta ante Funcionario autorizado del Patronato Nacional de la Infancia o del Registro Civil.

El reconocimiento no pierde su fuerza legal aunque se revoque el testamento o se deje sin efecto la respectiva escritura.

Artículo 90.—No se admitirá ningún reconocimiento cuando el hijo tenga ya una filiación establecida por la posesión notoria de estado.

CAPITULO V

DECLARACION DE PATERNIDAD Y MATERNIDAD

Artículo 91.—Es permitido al hijo y a sus descendientes investigar la paternidad y la maternidad.

Artículo 92.—La calidad de padre o madre se puede establecer mediante la posesión notoria de estado del hijo por parte del presunto padre o madre, o por cualquier otro medio de prueba.

Artículo 93.—La posesión notoria de estado de hijo extramatrimonial consiste en que sus presuntos padres lo hayan tratado como hijo, o dado sus apellidos, o proveído sus alimentos, o presentado como hijo a terceros y éstos y el vecindario de su residencia, en general, lo hayan reputado como hijo de aquéllos, circunstancias todas que serán apreciadas discrecionalmente por el Juez.

Artículo 94.—Es permitida la investigación de paternidad del hijo por nacer.

Artículo 95.—La investigación de paternidad o maternidad, tratándose de hijos mayores, podrá intentarse en cualquier momento en vida del padre o madre o a más tardar dentro del año siguiente a su fallecimiento.

Si el padre o madre falleciere durante la minoridad del hijo, podrá intentarse la acción, aún después de su muerte con tal de que se ejercite antes de que el hijo haya cumplido veinticinco años.

Sin embargo, en el caso de que el hijo encontrare un documento escrito o firmado por el padre o madre en el cual éste o ésta expresen su paternidad o maternidad, podrá establecer su acción dentro de los dos años siguientes a la aparición del documento, si esto ocurriere después de vencidos los términos indicados.

Lo dispuesto en este artículo ha de entenderse sin perjuicio de las reglas generales sobre prescripción de bienes.

Artículo 96.—Cuando el Tribunal acoja la acción de declaración de paternidad podrá en la sentencia condenar al padre o reembolsar a la madre según principios de equidad, los gastos de maternidad y los alimentos del hijo durante los tres meses que han seguido al nacimiento.

Artículo 97.—Por el reconocimiento o declaración de paternidad o maternidad, el hijo entra jurídicamente a formar parte de las familias consanguíneas de sus progenitores, para todo efecto.

Artículo 98.—En todo juicio de investigación o de impugnación de paternidad es admisible la prueba de los grupos sanguíneos y otros marcadores genéticos, con el objeto de probar la no paternidad y siempre que la misma sea evacuada por el Organismo Médico-Forense de la Corte Suprema de Justicia.

Artículo 99.—No se admitirá la acción de investigación cuando el hijo tenga una filiación establecida por la posesión notoria de estado.

Artículo 108.—El Notario autorizará de la escritura dará fe de la capacidad y personería de los otorgantes, de que se han cumplido los requisitos legales y de que la adopción fue autorizada por el Tribunal, cuando proceda.

De la escritura de adopción deberá publicarse un extracto en el "Boletín Judicial".

Cualquier persona con interés contrario a la adopción puede oponerse ante el Registro Civil en el término de quince días a partir de la publicación, por escrito en que expondrá las razones de su inconformidad e indicará las pruebas que apoyen su oposición.

Artículo 109.—Transcurrido el término indicado en el artículo anterior sin que se presente oposición, se inscribirá en el Registro de Nacimientos el asiento correspondiente, cambiando los nombres de los padres.

Para relacionar esa nueva inscripción con la anterior del adoptado, deberá hacerse al margen de ambas las respectivas anotaciones y cancelar aquélla.

El Registro solamente podrá revelar o certificar la relación de ambos asientos, mediante orden judicial o por solicitud expresa del Patronato Nacional de la Infancia, en caso de menores.

Si hubiere oposición en tiempo, el Registro remitirá el escrito al Tribunal para que éste lo tramite y resuelva lo que corresponda, siguiendo el procedimiento prescrito por el Código de Procedimientos Civiles para los incidentes comunes.

Artículo 110.—Sólo por orden judicial podrá el Registro Civil certificar expresamente que la filiación es adoptiva.

Artículo 111.—El adoptado usará los apellidos del adoptante. En el caso de adopción conjunta, usará como primer apellido el primero del adoptante y como segundo, el primer apellido de la adoptante.

Si el Tribunal lo autorizare, podrá en la misma escritura cambiarse el nombre de pila del adoptado.

Artículo 112.—La adopción podrá ser plena o simple. La adopción simple se podrá convertir en plena si concurren los requisitos exigidos para ésta.

Artículo 113.—Nadie puede ser adoptado simultáneamente por más de una persona, salvo el caso de adopción por ambos cónyuges. Pero una nueva adopción podrá tener lugar después del fallecimiento del o los adoptantes.

DE LA ADOPCION SIMPLE

Artículo 114.—La adopción simple crea entre el adoptante y el adoptado los mismos vínculos jurídicos que ligan a los padres con los hijos.

Artículo 115.—La adopción simple no crea ningún vínculo jurídico entre el adoptado y la familia del adoptante, ni entre éste y la familia de aquél, salvo en cuanto a impedimentos para contraer matrimonio.

Artículo 116.—El adoptado conserva todos los derechos y obligaciones que le vinculan con sus parientes consanguíneos y afines, pero la patria potestad sobre el adoptado pasa al adoptante o adoptantes.

Si uno de los cónyuges adopta a los hijos del otro cónyuge, el adoptante compartirá la patria potestad con el progenitor.

Artículo 117.—Cuando por cualquier motivo quien o quienes tengan la patria potestad sobre el adoptado se hallen incapacitados de hecho o de derecho para ejercerla, el Tribunal podrá disponer lo que considere mejor para el adoptado en cuanto a la patria potestad o tutela.

Artículo 118.—Los derechos que confiere la adopción simple al adoptante, se suspenden y pierden por los mismos motivos que la patria potestad, pero en ambos casos subsistirá la obligación de alimentos del adoptante hacia el adoptado.

Artículo 119.—La adopción simple termina:

- 1) Por mutuo consentimiento del adoptante y adoptado cuando éste haya cumplido la mayoría de edad;
- 2) Por impugnación; y
- 3) Por revocación.

Artículo 120.—El hijo adoptivo puede, dentro de los dos años siguientes a su mayoría, o a partir de la fecha en que el fallo respectivo indique que recobró su capacidad, impugnar su adopción.

Artículo 121.—La adopción puede ser revocada:

- a) Por atentar el adoptado contra la vida o el honor del adoptante, su cónyuge, ascendientes o descendientes;
- b) Por causar el adoptado maliciosamente al adoptante una pérdida estimable de sus bienes;
- c) Por causar o denunciar el adoptado al adoptante imputándole algún delito, excepto en causa propia o de sus ascendientes, descendientes o cónyuge; y
- d) Por abandonar el adoptado al adoptante que se halle enfermo o necesitado de asistencia.

DE LA ADOPCION PLENA

Artículo 122.—Sólo podrán adoptar plenamente los cónyuges que vivan juntos y procedan de consuno.

Artículo 123.—Únicamente podrán ser adoptados de manera plena:

- a) Los menores de 14 años; y
- b) Los que siendo mayores de 14 años hubieren vivido con los adoptantes antes de cumplir esa edad y mantenido con ellos vínculos familiares o afectivos.

Artículo 124.—La adopción plena crea entre los adoptantes y el adoptado los mismos vínculos jurídicos que ligan a los padres con los hijos. Además los adoptados entrarán a formar parte de las familias consanguíneas, para todo efecto.

Artículo 125.—El adoptado de manera plena se desvincula en forma total y absoluta de su familia consanguínea y no le serán exigibles, obligaciones por razón de parentesco con sus ascendientes o colaterales consanguíneos. Tampoco tendrá derecho alguno respecto de esos mismos parientes.

Quedan vigentes, sin embargo, respecto de la familia consanguínea los impedimentos matrimoniales contemplados en los incisos 2) y 3) del artículo 14 de este Código.

Artículo 126.—La adopción plena es irrevocable e inimpugnable y no puede terminarse por acuerdo de partes.

CAPITULO I

DISPOSICIONES GENERALES

Artículo 127.—Compete a los padres regir a los hijos, protegerlos, administrar sus bienes y representarlos legalmente. En caso de que exista entre ellos opuesto interés, los hijos serán representados por un curador especial.

Artículo 128.—Los derechos y obligaciones inherentes a la patria potestad no pueden renunciarse. Tampoco pueden modificarse por acuerdo de partes, salvo lo dispuesto para la separación y divorcio por mutuo consentimiento, en cuanto se refiera a la guarda, crianza y educación de los hijos.

Artículo 129.—Padres e hijos se deben respeto y consideración mutuos. Los hijos menores deben obediencia a sus padres.

Artículo 130.—La autoridad parental confiere los derechos e impone los deberes de educar, guardar, vigilar y en forma moderada, corregir al hijo. Faculta para pedir al Tribunal que autorice la adopción de medidas necesarias para coadyuvar a la orientación del menor, que pueden incluir su internamiento en un establecimiento adecuado por un tiempo prudencial.

Artículo 131.—Cuando sea necesaria una hospitalización, tratamiento o intervención quirúrgica decisivos e indispensables para resguardar la salud o la vida del menor queda autorizada la decisión facultativa pertinente aún contra el criterio de los padres.

Artículo 132.—La patria potestad comprende el derecho y la obligación de administrar los bienes del hijo menor.

El hijo menor administrará y dispondrá como si fuera mayor de edad los bienes que adquiera con su trabajo.

Se exceptúan de la administración paterna los bienes heredados, legados o donados al hijo, si así se dispone por el testador o donante, de un modo expreso o implícito. En tal caso se nombrará un administrador.

Artículo 133.—El ejercicio de la patria potestad, en cuanto a los bienes del menor, no está sujeto a cautela preventiva alguna, salvo lo dispuesto en el artículo 136.

Artículo 134.—La patria potestad no da derecho a enajenar ni a gravar los bienes del hijo, salvo en caso de necesidad o de provecho evidente para el menor. Para ello será necesaria autorización judicial si se tratare de inmuebles o de muebles con un valor superior a diez mil colones.

Artículo 135.—Quien ejerza la patria potestad entregará a su hijo mayor o emancipado o a la persona que lo reemplace en la administración cuando ésta concluya por otra causa, todos los bienes y frutos que pertenezcan al hijo y rendirá cuenta general de dicha administración.

Cuando procediere el nombramiento de un administrador de bienes, el Tribunal, atendidas las circunstancias, señalará el honorario que haya de cobrar aquél.

En el caso de que la administración de los bienes del menor esté a cargo de persona distinta de aquella que tuviere la guarda, crianza y educación del mismo, el Tribunal autorizará la suma periódica que debe ser entregada para su alimentación.

Artículo 136.—Los padres concursados o aquellos a quienes el Tribunal lo ordene deben caucionar su administración conforme a lo establecido para la tutela.

Artículo 137.—Mientras no se garantice la administración, el Tribunal nombrará un administrador especial.

CAPITULO II

DE LA PATRIA POTESTAD SOBRE LOS HIJOS HABIDOS EN EL MATRIMONIO

Artículo 138.—El padre y la madre ejercen, con iguales derechos y deberes, la patria potestad sobre los hijos habidos en el matrimonio. En caso de conflicto, predominará lo que decida el padre, mientras el Tribunal, en procedimiento sumario, no resuelva cosa distinta, tomando en cuenta el interés del menor.

La administración de los bienes del hijo corresponde a aquel que de común acuerdo o por disposición del Tribunal, se designe.

Artículo 139.—En caso de divorcio, nulidad de matrimonio o separación judicial, el Tribunal, tomando en cuenta primordialmente el interés de los hijos menores, dispondrá, en la sentencia, todo lo relativo a la patria potestad, guarda, crianza y educación de ellos, administración de bienes y adoptará las medidas necesarias concernientes a las relaciones personales entre padres e hijos y los abuelos de éstos. Queda a salvo lo dispuesto para el divorcio y la separación por mutuo consentimiento. Sin embargo, el Tribunal podrá en estos casos improbar o modificar el convenio en beneficio de los hijos.

Lo resuelto conforme a las disposiciones anteriores no constituye cosa juzgada y el Tribunal podrá modificarlo por vía incidental, a solicitud de parte o del Patronato Nacional de la Infancia, de acuerdo con la conveniencia de los hijos o por un cambio de circunstancias.

Artículo 140.—En caso de que los cónyuges se reconcilien, o de que los padres cuyo matrimonio haya sido disuelto contraigan nuevas nupcias entre ellos, recobrarán la patria potestad el cónyuge que la hubiere perdido, salvo en el caso de divorcio por la causal prevista en el inciso 3) del artículo 48 en cuanto a los hijos.

Artículo 141.—La administración de los bienes de los hijos menores será suspendida de pleno derecho cuando los padres contraigan nuevas nupcias con persona distinta al otro progenitor, aun cuando conserven los demás derechos y obligaciones inherentes a la patria potestad.

Podrán ser autorizados para ejercer nuevamente tal administración por el Tribunal. Este podrá ordenar, si estima necesario, caución satisfactoria para responder de los daños y perjuicios que pudieren ocasionar a los menores y en este caso si no se da tal caución, se nombrará un administrador de dichos bienes, con participación del Patronato Nacional de la Infancia.

Para la garantía, administración y cuentas se observará lo establecido para la tutela.

CAPITULO III

PATRIA POTESTAD SOBRE LOS HIJOS HABIDOS FUERA DEL MATRIMONIO

Artículo 142.—La madre ejerce la patria potestad sobre los hijos nacidos fuera del matrimonio.

El Tribunal puede, en casos especiales a juicio suyo, a petición de parte o del Patronato Nacional de la Infancia y atendiendo exclusivamente al interés de los menores, conferir la patria potestad al padre conjuntamente con la madre.

Artículo 143.—No ejercerá la patria potestad el padre o la madre cuya negativa a reconocer el hijo hiciera necesaria la declaración judicial de filiación, salvo que posteriormente el Tribunal decida lo contrario de acuerdo con la convención de los hijos.

Artículo 144.—Lo dispuesto en el artículo 138 se aplicará cuando la madre de un hijo nacido fuera de matrimonio ejerciere la autoridad parental conjuntamente con el padre; y lo dispuesto en el artículo 141 a la madre de un hijo nacido fuera del matrimonio, cuando ella contrajere nupcias.

CAPITULO IV

TERMINO Y SUSPENSION DE LA PATRIA POTESTAD

Artículo 145.—La patria potestad termina:

- 1) Por el matrimonio o mayoría de edad del hijo; y
- 2) Por la muerte de quienes la ejerzan.

Artículo 146.—La patria potestad puede suspenderse, modificarse, a juicio del Tribunal y atendiendo al interés de los menores, además de los casos previstos en el artículo 139, por:

- 1) La ebriedad habitual, el uso indebido de drogas, el hábito de juego en forma que perjudique al patrimonio de la familia, las costumbres depravadas y la vagancia comprobada de los padres.
- 2) La dureza excesiva en el trato o las órdenes, consejos, insinuaciones o ejemplos corruptores que los padres dieran a sus hijos;
- 3) La negativa de los padres a dar alimentos a sus hijos, el dedicarlos a la mendicidad y permitir que deambulen en las calles;
- 4) El delito cometido por uno de los padres contra el otro o contra la persona de alguno de sus hijos y la condenatoria a prisión por cualquier hecho punible;
- 5) Incapacidad o ausencia declarada judicialmente; y
- 6) Por cualquier otra forma de mala conducta notoria de los padres, abuso del poder paterno, incumplimiento de los deberes familiares o abandono judicialmente declarado de los hijos.

Las sanciones previstas en este artículo podrán aplicarse a los padres independientemente de los juicios de divorcio y separación judicial.

Artículo 147.—El Ministerio Público, el Patronato Nacional de la Infancia, cualquiera de los parientes del menor, por consanguinidad o afinidad hasta el tercer grado inclusive, podrán demandar la declaratoria a que se refiere el artículo anterior.

Artículo 148.—Los menores declarados judicialmente en estado de abandono podrán ser puestos bajo custodia del Patronato Nacional de la Infancia, para que los coloque en una institución adecuada, persona o familia idóneas, y gestione la adopción o promueva la tutela.

La custodia otorgada al Patronato involucra la representación legal del menor.

Artículo 149.—Cuando quien tenga la patria potestad del menor estuviere incapacitado para determinado o determinados negocios del mismo, se le nombrará al menor un representante legal para ese negocio.

Artículo 150.—Cuando hubiere cesado el motivo de la suspensión o de la incapacidad el suspenso o incapacitado recobrará los derechos de la patria potestad mediante declaratoria expresa del tribunal que le rehabilite.

La declaración de abandono y el otorgamiento de la custodia al Patronato Nacional de la Infancia, se tramitarán conforme el artículo 9°.

TITULO IV

CAPITULO UNICO

ALIMENTOS

Artículo 151.—Los alimentos comprenden una prestación económica que, guardando la debida relación entre las posibilidades económicas de quien las da y las necesidades de quien o quienes las reciban, sea bastante para satisfacer, según las circunstancias particulares de cada caso, las siguientes necesidades precisas:

- 1) El suministro de sustancias nutritivas o comestibles, de atención médica y medicamentos;
- 2) Las necesidades del vestido y habitación;
- 3) Tratándose de menores, la obligación de proporcionar los recursos necesarios a fin de procurar la instrucción elemental o superior y el aprendizaje de un arte u oficio.

Artículo 152.—Las pensiones alimenticias, provisionales o definitivas, se pagarán por cuotas semanales, quincenales o mensuales, anticipadas, y serán exigibles por la vía del apremio corporal.

Artículo 153.—Los alimentos no se deben sino en la parte que los bienes y el trabajo del alimentario no los satisfagan.

Artículo 154.—El derecho de pedir alimentos no puede renunciarse, ni transmitirse de modo alguno. No es compensable la deuda de alimentos presentes.

Artículo 155.—Mientras se ventila la obligación de dar alimentos, probado el parentesco, podrá el Juez ordenar que se den provisionalmente, por cualquiera de las personas indicadas en el artículo siguiente, sin perjuicio de la restitución que deben hacer el obligado preferente, o el propio alimentario si en sentencia se decide que no hay derecho para cobrarlos.

Esa fijación se hará prudencialmente, en suma capaz de llenar de momento las necesidades más perentorias de los alimentarios, y subsistirá mientras no fuere variada en sentencia.

Artículo 156.—Deben alimentos:

- 1) Los cónyuges entre sí;
- 2) Los padres a sus hijos menores o incapaces y los hijos a sus padres;
- 3) Los hermanos a los hermanos menores e incapaces; los abuelos a los nietos menores o incapaces; y los bisabuelos a los bisnietos menores o incapaces, cuando los parientes más inmediatos del alimentario atrás señalados no los pudieren dar o en el tanto en que no pueden hacerlo; y los nietos y bisnietos a los abuelos y bisabuelos en las mismas condiciones indicadas en este párrafo.

Artículo 157.—Los cónyuges pueden demandar alimentos para sí y para sus hijos comunes aunque no se encuentren separados, cuando hubiere descuido del otro cónyuge en asumir dicha obligación.

La madre puede demandar alimentos para sus hijos extramatrimoniales en las circunstancias del párrafo anterior.

Artículo 158.—La deuda alimentaria tendrá prioridad sobre cualquier otra, sin excepción.

Artículo 159.—No pueden cobrarse alimentos pasados, más que por los doce meses anteriores a la demanda, y eso en caso de que el alimentario haya tenido que contraer deudas para vivir. Todo, sin perjuicio de lo dispuesto por el artículo 96.

Artículo 160.—No existirá la obligación de dar alimentos:

- 1) Cuando el deudor se pone en estado de no poderlos dar sin desatender sus necesidades alimenticias o sin faltar a la misma obligación de alimentos para con otras personas que, respecto de él, tengan título preferente;
- 3) En caso de injuria, falta o daños graves del alimentario contra el alimentante, excepto entre padres e hijos;
- 4) Cuando el cónyuge hubiere incurrido en abandono voluntario y malicioso del hogar o se comprobare que incurre en adulterio;
- 5) Cuando el alimentario observare mala conducta, fuere un vago declarado o hiciere vida dispendiosa, o emplee con ese fin los provechos que recibe;
- 6) Cuando los alimentarios menores de edad alcanzaren su mayoría, salvo que no hubieren terminado sus estudios para una profesión u oficio, mientras obtengan buenos rendimientos en ellos y no sobrepasen la edad de veinticinco años.

Subsistirá la obligación de dar alimentos al hijo que aunque mayor de 18 años sea menor de 21 años, cuando a juicio del Tribunal le sea gravoso o imposible procurárselos por sí mismo.

Artículo 161.—La prestación alimentaria puede modificarse por el cambio de circunstancias de quien la da y de quien la recibe.

TITULO V

DE LA TUTELA

CAPITULO I

DIVERSAS CLASES DE TUTELA

Artículo 162.—El menor que no esté en patria potestad estará sujeto a tutela.

Artículo 163.—Quienes ejerzan la patria potestad pueden, en testamento nombrar tutor a sus hijos cuando éstos no hayan de quedar sujetos a la patria potestad del padre sobreviviente.

Artículo 164.—A falta de tutor testamentario ejercerán la tutela:

- 1) Los abuelos;
- 2) Los hermanos consanguíneos; y
- 3) Los tíos.

Cuando hubiere varios parientes de igual grado debe el Tribunal nombrar tutor al pariente que reúna las mejores condiciones de conocimiento y familiaridad con el menor, solvencia, idoneidad y preparación, que constituya una garantía para el desempeño satisfactorio de su cargo.

En la tutela del hijo habido fuera de matrimonio serán llamados, en el orden expresado, los parientes de la línea materna.

Artículo 165.—Cuando medien motivos justificados, el Tribunal puede variar la precedencia establecida en el artículo anterior.

Artículo 166.—A falta de los parientes llamados por la ley a la tutela, el Tribunal nombrará a la persona que reúna las condiciones señaladas en el penúltimo párrafo del artículo tras anterior.

Artículo 167.—Nadie puede tener más de un tutor.

Artículo 168.—Cuando la persona llamada preferentemente por la ley a la tutela, no pudiere ejercerla por ser menor o estar incapacitado, conserva sus derechos para cuando desaparezca su incapacidad.

Artículo 169.—Cuando el testador nombre varios tutores para sucederle unos a otros, y no fijare el orden en que deben ejercer la tutela, la desempeñarán en el mismo orden en que fueron nominados.

Artículo 170.—Quien haya recogido un niño expósito o abandonado será preferido en la tutela.

Cuando un menor no sujeto a patria potestad fuere acogido en un establecimiento de asistencia social, el director o jefe de la institución será su tutor y representante legal desde el momento del ingreso.

El cargo no necesita discernimiento, pero el tutor está obligado a rendir al Tribunal un informe anual sobre la situación del pupilo y sus bienes.

Asimismo informará al Tribunal del ingreso o salida del menor del establecimiento.

Artículo 171.—El Tribunal proveerá de tutor al menor que no tenga, siempre que el hecho llegue por cualquier medio a su conocimiento.

Artículo 172.—El Ministerio Público y el Patronato Nacional de la Infancia velarán porque no haya menores sin tutor y serán oídos siempre que el Tribunal deba interponer su autoridad en cualquier negocio de la tutela.

Artículo 173.—El discernimiento y la revocatoria se inscribirán en el Registro Público.

CAPITULO II

DE LAS INCAPACIDADES, EXCUSAS Y REMOCIONES DE LA TUTELA

Artículo 174.—No puede ser tutor:

- 1) El menor de edad y el incapacitado.
- 2) El ciego y la persona que padezca de enfermedad crónica que le dificulte tratar personalmente sus propios negocios;
- 3) El que tenga deudas con el menor, a no ser que el testador lo haya nombrado con conocimiento de la deuda y lo haya declarado así expresamente en el testamento;
- 4) El que tenga pendiente litigio propio o de sus ascendientes, descendientes o cónyuge con el menor;
- 5) El que no tenga domicilio en la República;
- 6) El que hubiere sido removido de otra tutela por incumplimiento de sus obligaciones, y aquel que en la rendición de cuentas, éstas le hubieren sido rechazadas por inexactas;
- 7) El que haya incurrido en ofensa o daño grave contra el menor o sus padres;
- 8) El que no tenga oficio o medio de vida conocido, o sea notoriamente de mala conducta;
- 9) Los funcionarios o empleados del Tribunal que conocen del caso, salvo que se tratare de tutela legítima o testamentaria;
- 10) El que hubiere sido privado de la patria potestad.

Artículo 175.—Puede ser excluido de la tutela el tutor que no haya promovido el inventario en el término de ley.

Artículo 176.—Será separado de la tutela:

- 1) El que se condujere mal respecto de la persona o en la administración de los bienes del menor;
- 2) El inhábil o impedido para ejercer la tutela, desde que sobrevenga o se averigüe su incapacidad o impedimento.

Artículo 177.—Puede excusarse de servir la tutela:

- 1) El que tenga a su cargo otra tutela;
- 2) El mayor de sesenta años;
- 3) El que no pueda atender la tutela sin descuidar notoriamente sus obligaciones familiares;
- 4) El que fuere tan pobre que no pueda atender la tutela sin menoscabo de su subsistencia;
- 5) El que tenga que ausentarse de la República por más de un año.

Artículo 178.—Los abuelos, los hermanos y los tíos del pupilo deben aceptar la tutela, de la cual no pueden excusarse sino por causa legítima.

Artículo 179.—El extraño a quien el Tribunal nombrare no está obligado a aceptar la tutela; pero una vez admitida, no podrá excusarse de seguir llevándola sino por causa sobrevvenida después de la aceptación.

Artículo 180.—El tutor testamentario puede excusarse sin causa de aceptar la tutela; pero si no la admite, o no entra en ejercicio, o es removido de ella por su culpa, pierde lo que le haya dejado el testador, salvo si éste hubiere dispuesto otra cosa.

Artículo 181.—Las personas de que habla el artículo 177 excusadas de servir la tutela, pueden ser compelidas a aceptar, cuando cese el motivo de la excusa.

Artículo 182.—La excusa debe presentarse dentro de los ocho días siguientes a la notificación del nombramiento. Fuera de este término no será admitida. Para presentar la excusa superviniente no hay términos.

Artículo 183.—Los parientes llamados a la tutela, que por su culpa no la ejerzan, que sean removidos por mala administración, o condenados por dolo en el juicio de cuentas, pierden el derecho de heredar al pupilo si muere sin testamento, dentro o fuera de la minoridad, quedan obligados al pago de daños y perjuicios y del daño moral causado.

Artículo 184.—Mientras el tutor no tenga la administración de la tutela, el Tribunal proveerá el cuidado del menor y nombrará un administrador interino de los bienes, que estará sujeto a las obligaciones establecidas para el tutor, en lo que corresponda.

Artículo 185.—Cuando el tutor descuidare sus deberes para con la persona del menor, puede ser removido por el Tribunal mediante solicitud de cualquier persona; y si no administrare con diligencia los bienes del menor, su remoción puede ser demandada por cualquier interesado.

CAPITULO III

DE LAS GARANTIAS DE LA ADMINISTRACION

Artículo 186.—El tutor debe garantizar la administración, y el Tribunal no se la dará antes de que se cumpla ese requisito.

Artículo 187.—Están dispensados de garantizar:

- 1) El tutor testamentario a quien el testador haya relevado expresamente de esta obligación. No obstante debe rendir caución cuando, después del nombramiento, hubiere sobrevenido causa ignorada por el testador que haga necesaria la garantía, a juicio del Tribunal.

El cónyuge que nombre a su consorte tutor de los hijos que no lo sean de éste, no puede dispensarlo de la garantía;

- 2) El tutor del menor abandonado, cuando lo sea la persona o el director de la institución que recogió y ha alimentado al menor; y
- 3) El tutor que no administre bienes.

Artículo 188.—Debe garantizarse para la administración de la tutela:

- 1) El valor de las rentas, de los productos y de los frutos de los inmuebles regulado por peritos, por el término medio de rendimiento de dos años;
- 2) El importe de los bienes muebles y el de los enseres y semovientes de las fincas rústicas. La garantía deberá aumentarse o podrá disminuirse según aumente o disminuya el valor de los bienes enumerados.

Artículo 189.—No se cancelará la garantía de la administración, sino cuando hayan sido aprobadas y canceladas las cuentas de la tutela.

Artículo 190.—La garantía consistirá en depósito en dinero efectivo, hipoteca, póliza de fidelidad del Instituto Nacional de Seguros o bonos del Estado y sus instituciones, apreciados estos últimos en su valor comercial, según certificación de un corredor jurado. El monto de la garantía deberá cubrir ampliamente las responsabilidades del tutor, de acuerdo con el artículo 188 y en cualquier momento en que se deprecie su valor deberá ser completada.

Sin embargo, se admitirá garantía fiduciaria o simple caución juratoria cuando el tutor sea de notoria buena conducta y la suma que deba garantizar no exceda de cinco mil colones.

En el caso de bonos, se depositarán en la institución bancaria que administra los depósitos judiciales y el garante podrá, con autorización del Tribunal, sustituir los que resultaren sorteados o vencidos por otros de igual clase y valor, y retirar y hacer efectivos los cupones de intereses vencidos.

El Tribunal podrá también, si lo estimare necesario para el mejoramiento de la garantía, que el importe de los bonos vencidos o que fueren sorteados y el de los cupones de intereses vencidos, se deposite a su orden como parte de la garantía.

Artículo 191.—Cuando el capital que ha de administrarse consiste en bonos del Estado u otros valores o títulos de renta de esa naturaleza, éstos pueden depositarse en un Banco del Estado a nombre del pupilo, y el tutor garantizará el monto de la renta que produzcan en un término de dos años. Rendida la garantía, se puede ordenar la entrega al tutor de los cupones de intereses, en cada período de vencimiento. El Banco depositario queda facultado para sustituir los títulos que resultaren sorteados y vencidos, por otros de la misma naturaleza, con intervención y acuerdo del tutor, poniendo a la orden del Tribunal el producto o ganancia de la renovación, si el nuevo título se adquiere con descuentos.

Artículo 192.—El tutor procederá al inventario de los bienes del menor, dentro de los treinta días siguientes a la aceptación del cargo, plazo que podrá ser ampliado prudencialmente por el Tribunal, hasta por un período de sesenta días según las circunstancias.

Artículo 193.—Si hecho el inventario se encontraren bienes no incluidos o por cualquier título acreciere con nuevos bienes la hacienda del menor, se adicionará al anterior inventario.

Artículo 194.—Al inventario de los bienes puede asistir el menor que haya cumplido los 15 años.

Artículo 195.—La obligación de formar inventario no puede dispensarse.

Artículo 196.—Deberá constar en el inventario el crédito del tutor contra el pupilo. El Tribunal lo requerirá con ese objeto y consignará esta circunstancia.

El tutor pierde su crédito, si requerido por el Tribunal no lo expresa, salvo que pruebe que al confeccionarse el inventario no tenía conocimiento de su existencia.

Artículo 197.—El tutor que sucede a otros, recibirá los bienes por el inventario anterior y anotará las diferencias. Esta operación se hará con las mismas formalidades del inventario.

Artículo 198.—Hecho el inventario no se advierte al tutor, probar contra aquél en perjuicio del pupilo, ni antes ni después de la mayoría de éste.

Artículo 199.—Antes de haber recibido los bienes del pupilo por inventario, el tutor no podrá tomar parte alguna en la administración de dichos bienes.

CAPITULO IV

ADMINISTRACION DE LA TUTELA

Artículo 200.—El pupilo debe obediencia y respeto al tutor. Este tiene respecto de aquél, los derechos y obligaciones de los padres, con las limitaciones que la ley establece.

Artículo 201.—El menor debe ser alimentado y educado según sus posibilidades.

Al entrar el tutor en ejercicio de su cargo, hará que el Tribunal fije la cantidad que ha de invertirse en el cumplimiento de esos deberes.

La suma designada por el Tribunal, lo mismo que la fijada por el testador con ese objeto, puede alterarse por resolución judicial, tomando en cuenta el aumento o la disminución del patrimonio del pupilo y otras circunstancias.

Al entrar el tutor en ejercicio de su cargo, hará que el Tribunal fije la cantidad que ha de invertirse en el cumplimiento de esos deberes.

La suma designada por el Tribunal, lo mismo que la fijada por el testador con ese objeto, puede alterarse por resolución judicial, tomando en cuenta el aumento o la disminución del patrimonio del pupilo y otras circunstancias.

Artículo 202.—El tutor debe, dentro de los treinta días después de presentado el inventario y cada año al presentar la cuenta que previene del artículo 206 someter a la aprobación del Tribunal el presupuesto de gastos de administración para el siguiente año. Debe también obtener autorización del Tribunal para todos los gastos extraordinarios.

Por la aprobación judicial no queda el tutor dispensado de justificar el empleo de las sumas presupuestadas.

Artículo 203.—El tutor necesita autorización judicial, que el Tribunal le dará siempre y cuando pruebe la necesidad o utilización manifiesta:

- 1) Para enajenar o gravar bienes inmuebles del pupilo o títulos valores que den una renta fija y segura.

En este caso la venta se hará en pública subasta y servirá de base el precio que se hubiere fijado pericialmente.

La autorización no será necesaria cuando la venta sea en virtud de derechos de tercero, o por expropiación forzosa.

En el caso de ejecución se observarán las disposiciones comunes sobre fijación del precio.

- 2) Para proceder a la división de bienes que el pupilo posea con otros pro indiviso;

- 3) Para celebrar compromiso o transacción sobre derechos o bienes del menor;
- 4) Para tomar dinero en préstamo o arrendamiento a nombre del menor;
- 5) Para hacerse pagos los créditos que tenga contra el menor o pagos de los que contra éste tengan su cónyuge, sus ascendientes o hermanos; y
- 6) Para repudiar herencias, legados o donaciones. Aceptará sin necesidad de autorización las herencias deferidas del menor.

Artículo 204.—Es prohibido al tutor:

- 1) Contratar por sí o por interpósita persona con el menor, o aceptar contra él derechos, acciones o créditos, a no ser que resulten de subrogación legal. Esta prohibición rige también para el cónyuge, los ascendientes, descendientes y hermanos del tutor;
- 2) Disponer por título gratuito de los bienes del menor, o recibir donaciones del menor, entre vivos o por testamento, o del ex pupilo mayor, salvo después de aprobadas o canceladas las cuentas de administración, o cuando el tutor fuere ascendiente o hermano del menor;
- 3) Arrendar los bienes del menor por más de tres años;
- 4) Aceptar la institución de beneficiario en seguros suscritos por su pupilo. Igual prohibición regirá para su cónyuge, ascendientes, descendientes y hermanos, salvo que sean ascendientes o hermanos del pupilo.

Artículo 205.—En los actos o contratos que ejecute o celebre el tutor en representación del pupilo, se hará constar esta circunstancia bajo pena de reputarse ejecutado el acto en nombre del tutor, cuando perjudicare al pupilo.

CAPITULO V

CUENTAS Y MODO DE ACABAR CON LA TUTELA

Artículo 206.—El tutor presentará al Tribunal, anualmente, una situación del patrimonio del menor, con nota de los gastos hechos y sumas percibidas durante el año anterior.

Los parientes llamados a la herencia intestada del pupilo pueden exigir al tutor la rendición de la cuenta anual.

Artículo 207.—El tutor o sus herederos rendirán cuenta de la administración al menor o a sus representantes, dentro de sesenta días, contados desde aquel en que terminó la tutela. El Juez podrá prorrogar ese término a otros sesenta días, cuando haya justa causa.

Artículo 208.—Las cuentas deben ir acompañadas de sus documentos justificativos. Sólo podrá excusarse la comprobación de los gastos en que no se acostumbre a recoger recibos.

La cuenta final debe rendirse en el lugar en que se desempeña la tutela, o si el menor lo prefiere, en el domicilio del tutor.

Artículo 209.—Se abonarán al tutor:

- 1) Los gastos de rendición de cuentas que haya anticipado;
- 2) Todos los gastos hechos legalmente, aunque no haya resultado utilidad del menor, si esto no ha acontecido por culpa del tutor; y
- 3) El valor de sus honorarios.

Artículo 210.—El tutor cobrará por honorarios, de los rendimientos líquidos anuales de los bienes del menor sobre los primeros mil colones, un veinticinco por ciento; de más de mil a cinco mil, un veinte por ciento; de más de cinco mil

a diez mil, un quince por ciento; y de la suma que pase de diez mil, un diez por ciento.

Quando el testador haya fijado la cantidad de honorarios y ésta sea menor que la que el tutor pudiera cobrar para él según la tarifa indicada, tendrá derecho a cobrar la diferencia.

Artículo 211.—La cuenta final será discutida por el pupilo cuando sea mayor de edad.

Artículo 212.—En caso de que la administración pase a otra persona, el nuevo tutor está obligado a exigir y discutir judicialmente la cuenta de su antecesor y será responsable, no haciéndolo, de los daños y perjuicios que sufre el menor.

Artículo 213.—La cuenta se discutirá por el trámite de los incidentes y no quedará cerrada sino con la aprobación judicial.

Artículo 214.—El tutor pagará interés del 12% anual sobre el saldo que resulte en contra suya, desde el día en que se cierre la cuenta o desde que haya mora en presentarla; y cobrará a su vez al 8% anual los del saldo que resulta a su favor, a partir del momento en que lo pida, después de cerrada la cuenta. El tutor debe también interés del 12% anual sobre la suma que haya retenido en su poder sin darle empleo, si fuere fácil hacerlo y lo cobra a su vez al 8% anual, sobre los adelantos que haya hecho.

Artículo 215.—Hasta pasados 6 meses después de la rendición de cuentas no podrán el tutor y el ex pupilo hacer convenio alguno. El que se haga a pesar de esta prohibición valdrá contra el tutor.

Artículo 216.—El tutor devolverá los bienes al pupilo al concluirse la tutela, sin esperarse a la rendición de cuentas. El Tribunal podrá señalar un término prudencial para que entregue los bienes, cuya naturaleza no permita inmediata devolución.

TITULO VI

CAPITULO UNICO

DE LA CURATELA

Artículo 217.—Están sujetos a curatela los mayores de edad que padezcan una incapacidad mental o física, que les impida atender sus propios intereses, aunque en el primer caso tuvieren intervalos de lucidez.

Artículo 218.—Puede pedir la declaratoria de interdicción, el Ministerio Público, el cónyuge y los parientes que tendrían derecho a la sucesión intestada.

Artículo 219.—La interdicción debe ser declarada en juicio y probados los hechos que la motivaron.

La ejecutoria de la sentencia que pronuncie la interdicción se publicará en el periódico oficial y se inscribirá en el Registro Público.

Artículo 220.—El Tribunal puede, en cualquier estado del juicio de interdicción, nombrar un administrador interino de los bienes del incapaz; este administrador cesará en sus funciones cuando se declare que no existe la incapacidad o cuando declarada ésta, el inhábil está provisto de curador que administre sus bienes.

Artículo 221.—El curador de una persona que tenga hijos menores, será el tutor de éstos, si es el caso de la tutela.

Artículo 222.—Es obligación del curador cuidar que el incapaz adquiera o recobre su capacidad mental o física.

Artículo 223.—El marido es curador legítimo y forzoso de su mujer y ésta lo es de su marido, cuando no estén separados de hecho o de derecho.

A falta del cónyuge, los hijos mayores de edad son curadores de su padre o de su madre, prefiriéndose al que viva en compañía del incapaz y en igualdad de circunstancias, al más apto.

El padre y a falta de éste la madre, son curadores de sus hijos solteros o viudos que no tengan hijos mayores de edad capaces de desempeñar la curatela.

El que demanda la interdicción será postpuesto a los que con igual derecho pudieran pretender la curatela.

Artículo 224.—Cuando la curatela recaiga en el cónyuge o en el padre o la madre, éstos no están obligados a dar fianza ni a rendir de la administración más cuenta que la final.

Artículo 225.—Sólo los ascendientes, descendientes, o cónyuges están obligados a conservar por más de cinco años la curatela de un incapaz; todo otro curador tiene derecho a ser renovado de la curatela al cumplirse ese término.

Artículo 226.—Cesa la curatela cuando cesa la incapacidad; pero debe preceder declaratoria judicial que levante la interdicción y se observarán las mismas formalidades que para establecerla.

Artículo 227.—Siempre que sea necesario atender a la administración de alguno, algunos o todos los negocios de una persona que, por cualquier motivo, se halle accidentalmente imposibilitada de hacer valer sus derechos por sí o por medio de apoderado o de su representante legal, se nombrará, a solicitud de parte interesada o del Ministerio Público, un curador especial para el negocio o negocios de que se trate. El curador especial para negocios judiciales no estará obligado a dar garantía.

Artículo 228.—Lo dispuesto para la tutela se observará también respecto a la curatela en cuanto fuere aplicable y no contrario a lo determinado en este Título.

REFORMAS AL CODIGO CIVIL

Artículo 2º—Refórmense los artículos 13 a 61 del Código Civil para que en adelante se lean así:

“LIBRO PRIMERO

DE LAS PERSONAS

TITULO I

EXISTENCIA Y CAPACIDAD JURIDICA DE LAS PERSONAS

CAPITULO I

EXISTENCIA DE LAS PERSONAS

Artículo 13.—La existencia de la persona física principia al nacer viva y se reputa nacida para todo lo que la favorezca desde 300 días antes de su nacimiento.

La representación legal del ser en gestación corresponde a quien la ejercería como si hubiera nacido y en caso de imposibilidad o incapacidad suya, a un representante legal.

Artículo 14.—Si dos o más nacen de un mismo parto, se consideran iguales en los derechos que dependen de la edad.

Artículo 15.—La existencia de las personas jurídicas proviene de la ley o del convenio conforme a la ley.

El Estado es de pleno derecho persona jurídica.

Artículo 16.—La entidad jurídica de la persona física termina con la muerte de ésta; y las de las personas jurídicas cuando dejan de existir conforme a la ley.

Artículo 17.—Si por haber perecido dos o más personas en un mismo acontecimiento, o por cualquier otra causa no fuere posible saber el orden en que han muerto, se presumirá que esas personas han fallecido en un mismo momento.

DE LA CAPACIDAD DE LAS PERSONAS

Artículo 18.—La capacidad jurídica es inherente a toda persona durante su existencia de un modo absoluto y general.

Respecto de las personas físicas, se modifica o limita por su estado civil, por su edad, o por su incapacidad física o legal, conforme a la ley. En las personas jurídicas, por la ley que las regula.

Artículo 19.—Son mayores de edad las personas que han cumplido dieciocho años; y menores las que no han llegado a esa edad.

Artículo 20.—El menor de quince años es persona absolutamente incapaz para obligarse por actos o contratos que personalmente realice salvo lo dispuesto sobre matrimonio.

Artículo 21.—Los actos o contratos que el mayor de quince años realice por sí mismo, siendo todavía menor serán relativamente nulos y podrán anularse a solicitud de su representante o del mismo menor cuando alcance la mayoría, salvo:

- 1) Si se tratare de su matrimonio; y
- 2) Si ejecutare o celebrare el acto o contrato diciéndose mayor y la parte con quien contrató tuviere motivo racional para admitir como cierta tal afirmación.

Artículo 22.—Las reglas de los dos artículos anteriores no comprenden las obligaciones civiles que provengan de hechos ilícitos.

Artículo 23.—Los actos o contratos que realice el incapaz mental serán relativamente nulos, salvo que la incapacidad esté declarada judicialmente, en cuyo caso serán absolutamente nulos.

Artículo 24.—Son absolutamente nulos los actos o contratos que personalmente realice, celebre o ejecute el sordomudo que no sepa leer y escribir.

Artículo 25.—Las personas jurídicas por tiempo ilimitado y las que aunque por tiempo limitado no tienen por objeto el lucro no podrán adquirir bienes inmuebles a título oneroso; y los que adquieran a título gratuito serán convertidos en valores muebles dentro de un año contado desde la adquisición. Si no se hiciera la conversión en ese tiempo, el Estado podrá hacerlos rematar judicialmente, entregando a la respectiva entidad el producto líquido de la venta.

Esta prohibición no comprende al Estado, sus Instituciones, Municipalidades y las Asociaciones Cooperativas, ni a los bienes inmuebles que fueren indispensables para el cumplimiento de los fines de las personas jurídicas mencionadas en este artículo.

TITULO II

DERECHOS DE LA PERSONALIDAD Y NOMBRE DE LAS PERSONAS

CAPITULO I

DERECHOS DE LA PERSONALIDAD

Artículo 26.—Los derechos de la personalidad, están fuera del comercio.

Artículo 27.—Los actos de disposición del propio cuerpo están prohibidos cuando ocasionen una disminución permanente de la integridad física excepto los autorizados por la ley. Es válido disponer del propio cuerpo o parte de él para después de la muerte.

Artículo 28.—Toda persona puede negarse a ser sometida a un examen o tratamiento médico o quirúrgico, con excepción de los casos de vacunación obligatoria o de otras medidas relativas a la salud pública, la seguridad laboral y de los casos previstos en el artículo 98 del Código de Familia.

Sin embargo, si una persona se niega a someterse a un examen médico, que sea necesario para acreditar en juicio ciertos hechos controvertidos, el Juez puede considerar como probados los hechos que se trataban de demostrar por la vía del examen.

Artículo 29.—La fotografía o la imagen de una persona no pueden ser publicadas, reproducidas, expuestas o vendidas en forma alguna si no es con su consentimiento, a menos que dicha reproducción esté justificada por la notoriedad de aquélla, por la función pública que desempeñe por necesidades de justicia o de policía, o cuando la reproducción se haga en relación con hechos, acontecimientos o ceremonias de interés público o que tengan lugar en público.

Artículo 30.—Si la imagen o fotografía de una persona se publica sin su consentimiento y no se encuentra dentro de alguno de los casos de excepción previstos en el artículo que precede, aquélla puede solicitar al Juez que, como medida cautelar y sin recurso, suspenda la publicación, exposición o venta de las fotografías o de las imágenes, sin perjuicio de lo que se resuelva en definitiva.

CAPITULO II

DEL NOMBRE DE LAS PERSONAS

Artículo 31.—Toda persona tiene el derecho y la obligación de tener un nombre que la identifique, el cual estará formado por una o a lo sumo dos palabras usadas como nombre de pila, seguida del primer apellido del padre y del primer apellido de la madre, en ese orden.

Artículo 32.—Los Registradores Auxiliares del Registro del Estado Civil, al recibir la declaración de un nacimiento consignarán un nombre simple o compuesto de dos nombres conforme a lo que indique la persona que haga la declaración. En el caso de que el Registrador Auxiliar consigne tres o más nombres el Registro hará la inscripción tomando en cuenta sólo los dos primeros.

Artículo 33.—Cuando se presente a una persona como hijo de padres desconocidos, el oficial del Registro le pondrá nombre y apellido haciéndose constar esta circunstancia en el acta. En este caso no podrá el oficial imponer nombre o apellidos extranjeros ni aquellos que pueden hacer sospechar el origen del expósito. Tampoco usará nombre o apellidos que puedan causar burla o descrédito al infante, o exponerlo al desprecio público.

Artículo 34.—Cuando el hijo haya nacido fuera de matrimonio se le pondrán los apellidos de la madre. Si ésta tuviere uno solo, se repetirá para el hijo.

Artículo 35.—Toda persona tiene derecho a oponerse a que otra use su propio nombre, si no acredita su derecho legítimo a usarlo. El derecho a controvertir el uso indebido de un nombre por otra persona, se transmite a los herederos del reclamante.

Artículo 36.—Todo costarricense inscrito en el Registro del Estado Civil puede cambiar su nombre con autorización del Tribunal, lo cual se hará por los trámites de la jurisdicción voluntaria promovidos al efecto.

Artículo 37.—Una vez presentada la solicitud de cambio, el Tribunal ordenará publicar un edicto en el Diario Oficial concediendo 15 días de término para presentar oposiciones.

Artículo 38.—En toda solicitud de cambio o modificación de nombre será oído el Ministerio Público y antes de resolver lo procedente el Tribunal recabará un informe de buena conducta anterior y falta de antecedentes policíacos del solicitante. Igualmente lo hará saber al Ministerio de Seguridad Pública.

Artículo 39.—El cambio o alteración del nombre no extingue ni modifica las obligaciones o responsabilidades contraídas por una persona bajo su nombre anterior.

Artículo 40.—El seudónimo usado por una persona en forma que haya adquirido la importancia del nombre, puede ser tutelado al tenor de los artículos precedentes de este capítulo.

Artículo 41.—Se establece el derecho a obtener indemnización por daño moral, en los casos de lesión a los derechos de la personalidad.

TITULO III

CAPITULO UNICO

DEL DOMICILIO

Artículo 42.—El domicilio real de una persona física es el lugar donde ha establecido la sede principal de sus negocios e intereses. A falta de éste, el lugar donde se halle.

Artículo 43.—El domicilio de las personas jurídicas reconocidas por la ley, es el lugar donde está situada su dirección o administración, salvo lo que se dispusiere por sus estatutos o leyes especiales. Cuando tenga agentes o sucursales permanentes en lugares distintos de aquel en que se halle la dirección o administración, se tendrá también como su domicilio el lugar de la sucursal o agencia, respecto a los actos o contratos que ejecuten o celebren por medio del agente.

Artículo 44.—El cambio de domicilio para las personas físicas se efectúa por su traslado a otro lugar con intención de fijar allí la sede de sus negocios o intereses.

La prueba de la intención resulta de declaración hecha, tanto del funcionario competente del lugar que se abandona, como del lugar donde se traslada el domicilio. A falta de declaración expresa, la prueba de la intención dependerá de las circunstancias.

Artículo 45.—Se podrán establecer domicilios especiales por ley o por acto jurídico. En este último caso la elección es válida si se hace en documento público; y si lo fue en documento privado, desde que éste sea reconocido. No puede dejarse a un tercero el encargo de elegir un domicilio especial.

La renuncia del domicilio, si no va acompañada de elección de alguno especial, autoriza a la otra parte para accionar en el domicilio que tenía el renunciante cuando celebró el contrato o en el suyo.

Artículo 46.—Los menores y los mayores en curatela tendrán por domicilio el de sus representantes legales.

Artículo 47.—Las personas reclusas en un establecimiento carcelario, correccional o de otra índole tendrán por domicilio el de dicho establecimiento, mientras permanezcan en él.

Artículo 48.—El domicilio de la sucesión de una persona es el último que ésta tuvo; y en el caso de no poderse saber cuál era, el lugar donde esté la mayor parte de sus bienes.

TITULO IV

DE LA AUSENCIA

CAPITULO I

MEDIDAS PROVISIONALES ANTERIORES A LA DECLARATORIA DE AUSENCIA

Artículo 49.—Cuando una persona desaparece del lugar de su domicilio sin dejar apoderado y se ignora su paradero o consta que se halla fuera de la República, en caso de urgencia y a solicitud de parte interesada o de la Procuraduría General de la República, se le nombrará un curador para determinado negocio, o para la administración de todos si fuere necesario.

Eso mismo se observará cuando, en iguales circunstancias, caduque el poder conferido por el ausente o sea insuficiente para el caso.

Artículo 50.—En la elección del curador se dará preferencia:

- 1) Al cónyuge presente, siempre que no esté separado de hecho o de derecho;
 - 2) A los herederos presuntivos;
 - 3) A los que mayor interés tengan en la conservación de los bienes.
- A falta de las anteriores personas, el juez designará curador.

Artículo 51.—Lo dispuesto acerca de la curatela en general se observará en la provisional de los ausentes no declarados, en lo que fuere aplicable.

Artículo 52.—En cualquier tiempo después de la desaparición de una persona sin haberse recibido noticias suyas, el Patronato Nacional de la Infancia podrá tomar las medidas que juzgue convenientes para proteger a sus hijos menores; pasados seis meses después de la desaparición del ausente, sin haberse recibido noticias suyas, se proveerá de tutor a sus hijos menores cuando proceda la tutela.

CAPITULO II

DECLARACION DE AUSENCIA Y SUS EFECTOS

Artículo 53.—Cualquier intereado podrá demandar la declaración de ausencia pasados dos años después del día en que desapareció el ausente sin que haya habido noticias suyas o después de recibidas las últimas, pero si dejó apoderado general para todos o la mayor parte de sus negocios, no se podrá pedir la declaración de ausencia, mientras no hayan transcurrido diez años desde la desaparición del ausente o desde sus últimas noticias.

Estos plazos se reducirán a la mitad cuando las últimas noticias que se tuvo del ausente fueron de que se encontraba gravemente enfermo o en peligro de muerte.

Pasados cinco años desde que desapareció el ausente, o desde sus últimas noticias, deberá el apoderado dar fianza o garantía suficiente de administración, si no la diere, caducarán sus poderes.

Artículo 54.—Declarada la ausencia, serán puestos en posesión provisional de los bienes del ausente, los herederos, los legatarios, donatarios y todos los que tengan sobre los bienes de él derechos subordinados a su muerte.

Deben rendir fianza o garantía suficiente para asegurar los resultados de su administración.

Para fijar la calidad de heredero se atenderá al tiempo de las últimas noticias y en su defecto al día de la desaparición del ausente.

Artículo 55.—La declaración de ausencia produce el efecto de disolver las sociedades que se terminarían con la muerte del ausente.

Artículo 56.—Los herederos y demás personas puestas en posesión provisional son, respecto del ausente, administradores; respecto de terceros serán tenidos como herederos y deberán cumplir con las obligaciones de tales y representar judicial y extrajudicialmente al ausente; respecto de los bienes que tuvieren en posesión. No podrán transigir ni comprometer en árbitros los negocios que a éste interesen y que valgan más de mil colones, sin previa autorización judicial, dada en virtud de haberse justificado la utilidad o conveniencia de la transacción o compromiso.

Artículo 57.—Los que a consecuencia de la posesión provisional hubieren disfrutado de los bienes del ausente, no estarán obligados a devolver sino el quinto de los frutos líquidos percibidos; cuando la restitución de los bienes se hiciera antes de cinco años después de la entrada en posesión; y el décimo cuando la restitución se hiciera después de este término.

Pasados diez años desde la entrada en posesión sólo estarán obligados a devolver los bienes.

Artículo 58.—Los inmuebles del ausente no podrán enajenarse ni hipotecarse antes de la posesión definitiva sino por causa de necesidad o de utilidad manifiesta, declarada por el Juez.

Artículo 59.—Si el ausente reaparece o se prueba su existencia, durante la posesión provisional, cesarán los efectos de la declaración de ausencia, sin perjuicio, si hay lugar, de dictarse las medidas prescritas en el capítulo primero de este título.

Si el ausente reaparece o se prueba su existencia después de la posesión definitiva, recobrará los bienes en el estado en que se hallen y el precio de los que hubieren sido enajenados.

CAPITULO III

PRESUNCION DE MUERTE Y SUS EFECTOS

Artículo 60.—Si la ausencia ha continuado durante veinte años después de la desaparición o durante diez años después de la declaratoria de ausencia, o de las últimas noticias, o si han corrido ochenta años desde el nacimiento del ausente, el Juez, a instancia de parte interesada, declarará la presunción de muerte.

Hecha esta declaración, se dará la posesión definitiva de los bienes, sin necesidad de fianza, a sus herederos presuntivos al tiempo de la desaparición o de las últimas noticias y a los demás interesados de que habla el artículo 54, quedando cancelada la garantía dada para la posesión provisional.

Artículo 61.—En cualquier época que se pruebe la muerte del ausente se deferirá su herencia entre los herederos.

El tenedor de los bienes hereditarios deberá devolverlos con los frutos estabecidos en el artículo 57 salvo que hubiere prescrito la herencia por el transcurso del término ordinario, que se contará desde la declaración de presunción de muerte o desde el fallecimiento del ausente si hubiere ocurrido después de la declaración".

Artículo 3º—Deróganse los artículos 62 a 231 del Código Civil; los artículos 721, incisos 1) y 2), 722, 723, 724, 725, 726, 727, 728, 729, 730 y 731 del Código de Procedimientos Civiles; los artículos 4, 6, 7, 8 y 12, párrafo primero, de la Ley de Pensiones Alimenticias, N° 1620 de 5 de agosto de 1953 y sus reformas, el artículo 56 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Elecciones y del Registro Civil, N° 3504 de 10 de mayo de 1965 y la Ley de Adopción, N° 140 de 1º de agosto de 1934 y sus reformas.

Artículo 4º—Modifícase el artículo 63 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Elecciones y del Registro Civil, N° 3504 citada, para que en lo sucesivo se lea así:

“Los actos de legitimación, reconocimiento, filiación, divorcio, separación judicial, nulidad de matrimonio, ausencia, presunción de muerte, interdicción judicial, adopción, naturalización y opción o cancelación de nacionalidad, se inscribirán de oficio, a solicitud del interesado o de quien lo represente, o por mandamiento de la autoridad competente y deben constar al margen del respectivo asiento”.

Artículo 5º—Rige seis meses después de su publicación.

Comuníquese al Poder Ejecutivo

Asamblea Legislativa.—San José, a los siete días del mes de noviembre de mil novecientos setenta y tres.

LUIS ALBERTO MONGE ALVAREZ,
Presidente.

ANGEL EDMUNDO SOLANO CALDERON,
Primer Secretario.

ROMILIO DURAN PICADO,
Primer Prosecretario.

Casa Presidencial.—San José, a los veintiún días del mes de diciembre de mil novecientos setenta y tres.

Ejecútese y Publíquese

JOSE FIGUERES

El Ministro de Gobernación,
Policía, Justicia y Gracia,
JORGE A. MONTERO C.

INDICE ANALITICO DEL CODIGO DE FAMILIA

Preparado por el *Lic. Luis A. Varela Quirós*
Profesor de Derecho Civil

PRESENTACION

Al entrar en vigencia el Código de Familia el abogado, el juez, el profesor y el estudiante se han visto enfrentados a una nueva serie de instituciones propias del derecho de familia y ajenas a nuestra legislación anterior. El manejo de este nuevo instrumento legal, por ello y por su novedad, se hace a veces difícil.

Para hacer más expedito el uso del Código, y contribuir en algo a la difusión del Derecho de Familia, hemos preparado este índice analítico que esperamos sea de utilidad al abogado, lo mismo que a los demás estudiosos del campo legal.

Agradecemos la acogida que a este modesto trabajo ha dado, desde que le expusimos la idea de prepararlo, el jefe de la Cátedra de Derecho de Familia, Lic. Eladio Vargas Fernández, y la colaboración del estudiante Diego Hernando Alvarez Asch, quien con la experiencia obtenida en el Digesto de Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, nos hizo importantes y oportunas observaciones.

Lic. Luis A. Varela Quirós
Profesor de Derecho Civil.

- ABREVIATURAS USADAS
- Cont. — Continuación
 - v. — Véase
 - v.a. — Véase además

PRESENTACION

ABANDONO - ADOPCION

ABANDONO

Hijos

Suspensión o modificación de la patria potestad, 146

Menor

Vía para tramitarla, 150

Voluntario y Malicioso

Causal de Separación Judicial, 58 inc. 2º

ADMINISTRACION

Tutela v. TUTELA

ADOPCION, 100-126

Autorización

Facultades del tribunal, 105

Adoptado

Apellidos, 111

Cambio de nombre, 111

Diferencia de edad con el adoptante, 102

Certificación de filiación adoptiva, 110

Consentimiento, 103

Patronato Nacional de la Infancia, 103 (d)

Disposiciones generales, 100-113

Efectos, 106, 111

Fecha desde la cual los surte, 106

Escritura.

Otorgamiento, 107

Filiación, 100-126

Inscripción, 104-109

Mayores de edad, 105

Oposición, 108

Plena, 122-126

Conversión de la simple, 112

Efectos, 124-125

- Impedimento de matrimonio con parientes del adoptante, 14 inc. (2), 34, 115, 125
- Impugnabilidad, 126
- Irrevocabilidad, 126
- Quiénes pueden ser adoptados, 123
- Requisitos, 122
- Prohibición de efectuarla por más de una persona simultáneamente, 113
- Publicación de edictos, 108
- Quiénes no pueden adoptar, 101
- Requisitos, 100
- Resolución de oposiciones, 108
- Simple, 114-121

ADOPCION - ALIMENTOS

ADOPCION (Cont.)

Simple (cont.)

- Conversión en plena, 112
- Derechos del adoptado respecto de sus parientes consanguíneos, 116
- Efectos, 114, 115
- Hijos del otro cónyuge, 116
- Impugnación, 119, 120
- Obligaciones del adoptado con sus parientes consanguíneos, 116
- Patria potestad, 116, 117
- Pérdida de los derechos que confiere, 118
- Revocatoria, 119, 121
- Suspensión de los derechos que confiere, 118
- Término, 119

ADULTERIO

Causal de Divorcio, 41 inc. 1

Mujeres

Circunstancia que permite al marido ofrecer prueba de su paternidad, 70

AFECTACION

Inmueble para habitación familiar, v. *FAMILIA*, Régimen Patrimonial,

ALCALDE CIVIL

Facultad para celebrar matrimonios, 24

ALIMENTOS, 151-161

A quién se deben, 156

Cobro de alimentos pasados, 159

Cónyuges separados
Facultad de pedirlos, 157

Divorcio

Cónyuge inocente, 57

Facultad de otorgarlos cuando no hay culpable, 57

Exención de la obligación de darlos, 160

Forma de pagarlos, 152

Incompensabilidad de la deuda de alimentos presentes, 154

Irrenunciabilidad del derecho de pedirlos, 154

Intransmisibilidad del derecho de pedir, 154

Hijos

Extramatrimoniales, 157

Mayores,

Subsistencia de la obligación, 160

Obligación aun cuando no se confíe la guarda, crianza y educación en un divorcio, 56

Modificación de la prestación, 161

ALIMENTOS - CADUCIDAD

ALIMENTOS (Cont.)

Negativa

Cónyuge o a los hijos

Causal de Separación Judicial, 58 inc. 3

Suspensión o modificación de la patria potestad, 146

Obligación provisional, 155

Pupilo

Fijación por parte del tribunal, 201

Qué comprenden, 151

Reembolso cuando se declara con lugar la investigación de paternidad, 96

Tutela

Variación de la suma fijada por el tribunal o el testador, 201

ANULABILIDAD

Matrimonio, 15

APODERADO

Especialísimo

Celebración de matrimonio, 30

AUSENCIA, 49-59 Código Civil

Patria Potestad

Suspensión o modificación, 146

— B —

BOLETIN JUDICIAL

Publicación de edictos de matrimonio, 25

BUENA FE

Nulidad de matrimonio, 66

— C —

CADUCIDAD

Separación Judicial, 59

CAPITULACIONES MATRIMONIALES - CURATELA

CAPITULACIONES MATRIMONIALES

Inscripción en el Registro Público, 37, 39

Menor hábil para casarse

Autorización del Tribunal, 38

Modificación

Publicación e inscripción en el Registro Público, 39

Otorgamiento, 37

Régimen patrimonial en su ausencia, 40

Renuncia a la distribución final, 41

CODIGO DE FAMILIA

Disposiciones generales, 1-9

Principios fundamentales para la aplicación e interpretación, 2

Tribunales competentes, 8

COMPARECENCIAS

Divorcios con base en separación judicial, 48, inc. 5

COMUNIDAD DE BIENES

Disolución del matrimonio, 41

CONSENTIMIENTO

Matrimonio

Contrayentes, 13

Padres

Dispensa, 21

Tutor, 22

CONYUGES

Igualdad de derechos, 2

Obligaciones, 34

Separados

Facultad de pedir alimentos, 157

CURATELA 217-228

v.a. **INTERDICCION**

Administración interina de bienes

Cesación, 220

Facultad del tribunal, 224

Aplicación de lo dispuesto para la tutela, 228

Cesación, 226

Cuenta anual

Exención cuando se ejerza por cónyuge o los padres, 224

CURATELA - DIVORCIO

CURATELA (Cont.)

Curador

Derecho de ser relevado después de cinco años, 225

Especial

Nombramiento, 227

Interés opuesto con los que ejercen la patria potestad, 127

Facultad de ejercer la acción de Impugnación de Paternidad, 72

Obligación de cuidar por la mejoría del incapaz, 222

Obligación de los cónyuges, ascendiente y descendientes de desempeñar el cargo sin límite de tiempo, 225

Tutor de los hijos del incapaz

Fianza

Exención cuando se ejerza por cónyuge o los padres, 224

Forzosa entre los esposos, 223

Hijos mayores con respecto de sus padres, 223

Padres respecto de sus hijos mayores, 223

Posposición de quien solicita la interdicción, 223

Quiénes están sujetos, 217

— D —

DECLARACION DE AUSENCIA, 53-59 Cód. Civil,

DELEGADO CANTONAL DE LA GUARDIA RURAL

Facultad para celebrar matrimonios, 24

DIVORCIO, 48-57

- Adulterio de cualquiera de los cónyuges, 41 inc. 1
- Afectación de bienes
 - Terminación, 47 inc. c.
- Aplicación de sus normas a la nulidad de matrimonio, 68
- Aplicación de sus normas a la Separación Judicial, 61
- Atentado contra la vida del otro cónyuge o de los hijos, 48 inc. 2
- Ausencia declarada judicialmente, 48 inc. 6
 - Reaparición del ausente después de decretado, 51
- Causales
 - Para la separación judicial, 58 inc. 1
- Domicilio conyugal
- Autorización para salir, 53

DIVORCIO - EBRIEDAD

DIVORCIO (Cont.)

Hijos

- Cuidado provisional, 54
- Guarda, crianza y educación, 56
- Medidas respecto de las relaciones con los padres, 56
- Obligación de alimentarlos aun cuando no se confíe la guarda, crianza y educación, 56
- Patria Potestad
 - Facultad de conferirla a una institución o persona distinta de los padres, 56
 - Posibilidad de modificar lo resuelto, 56
- Motivos para decretarlo, 48
- Mutuo consentimiento, 48 inc. 7
 - Cuando se puede pedir, 48
 - Patria Potestad de los hijos, 139
 - Prohibición de decretarlo antes de seis meses, 48
- Patria Potestad, 139
 - Reconciliación, 140
 - Suspensión y modificación independientemente del juicio, 146
- Pensión Alimenticia
 - Cónyuge inocente, 57
 - Falta de cónyuge culpable, 57
- Quiénes pueden establecer la demanda, 49
- Reconciliación, 52
 - Efectos sobre la patria potestad, 140
- Relevancia de causales anteriores a la nueva acción, 52

Sentencia firme
Efectos, 55

- Separación Judicial por más de un año, 48 inc. 5
- Sevicia contra el otro cónyuge o contra los hijos, 48 inc. 4
- Tentativa de prostitución o corrupción del otro cónyuge o de los hijos, 48 inc. 2
- Término para establecer la acción, 49

DOMICILIO, 42-48 Cód. Civil
Conyugal
Autorización para salir, 53

DROGAS

- Uso indebido por parte de los padres,
- Suspensión o modificación de la patria potestad, 146

— E —

EBRIEDAD

- Suspensión o modificación de la patria potestad, 146

EDICTOS - FAMILIA

EDICTOS

- Matrimonio, 25
 - Dispensa, 32
 - Intervalo con la celebración, 26
 - Publicación en el Boletín Judicial, 25
 - Transcurso de más de seis meses de la publicación sin que se contraiga
- Publicación en la adopción, 108

ENAJENACION MENTAL

- Cónyuges
 - Causal de separación judicial, 58 inc. 5

ESCRITURAS

- Adopción, 107

ESPOSALES

- Efectos, 10

ESPOSOS v. CONYUGES

ESTABLECIMIENTOS DE ASISTENCIA SOCIAL

- Tutela de los niños ingresados, 170

ESTADO

Obligación de proteger a la familia, 1, 7

EXISTENCIA Y CAPACIDAD DE LAS PERSONAS, 13-25 Código Civil.

— F —

FAMILIA

Obligación del Estado de protegerla, 1

Obligación principal de sufragar los gastos, 35

Régimen Patrimonial, 37-47

Afectación de bienes

Terminación por divorcio, 47 inc. c

Ausencia de capitulaciones, 40

Bienes adquiridos durante la separación de hecho de los cónyuges,
41 inc. e

FAMILIA - HABITACION FAMILIAR

FAMILIA (Cont.)

Bienes adquiridos por título gratuito o causa aleatoria, 41 inc. a

Bienes comprados por valores propios, 41 inc. b

Bienes cuya causa de adquisición es anterior al matrimonio, 41, inc. c

Bienes subrogados a otros propios, 41 inc. d

Capitulaciones matrimoniales v. *CAPITULACIONES MATRIMONIALES*

Disolución del matrimonio, 41

Hábito del juego perjudicial para este régimen

Suspensión y modificación de la patria potestad, 146

Inmueble destinado a habitación familiar, 42

Afectación

Cesación, 46

Exención del pago de impuestos de la afectación y cesación, 43

Máximo de cabida del bien urbano o rural, 46

Momento a partir del cual cesa su intransmisibilidad e inembargabilidad, 43

Momento a partir del cual surte la inembargabilidad e intransmisibilidad, 43

Necesidad de inscribir la afectación en el Registro Público, 42

Traspaso del bien al cónyuge o a los hijos

Exención del pago de impuestos, 44

Prohibición de inscribir cualquier escritura contra lo dispuesto sobre el régimen, 45

Unidad, 2

FILIACION v.a. PATERNIDAD Y FILIACION

Adoptiva

Prohibición de certificarla, 110

De los hijos por subsiguiente matrimonio de los padres, 81-83

Hijos habidos en el matrimonio, 79, 80

Inseminación artificial, 72

Prohibición de calificarla, 3

— G —

GOBERNADOR

Facultad para celebrar matrimonios, 24

— H —

HABITACION FAMILIAR v. FAMILIA, Régimen patrimonial

HEREDEROS - HIJOS

HEREDEROS

Derecho para ejercer la acción de impugnación de paternidad, 72

Facultad para iniciar o continuar las acciones de vindicación de estado, 77

Prescripción, 77

Impugnación de paternidad

Cesación y plazo del derecho, 74

Incontentabilidad del reconocimiento, 87

HIJOS v.a. MENORES

Derecho de vindicar su estado

Facultad de los herederos para iniciar o continuar las acciones, 77

Prescripción, 77

Imprescriptibilidad, 75

Transmisión a los nietos, 76

Filiación

Adquirida por subsiguiente matrimonio de los padres, 81-83

Guarda, crianza y educación

Divorcio, 56

Habidos en el matrimonio, 69-78

Filiación, 79-80

Impugnación de Paternidad v. *Impugnación de paternidad*

Inseminación artificial, 72

Presunción, 69, 75

Prueba admisible en contra, 70

Habidos fuera del matrimonio, 84-90
Alimentos, 157
A quién se tendrá como tal, 71
Declaración, 71
Igualdad de derechos, 4
Reconocimiento v. *Reconocimiento*
Tutelar, 164
Mayoría de edad
Efectos sobre la patria potestad, 145
Patria Potestad v. *Patria Potestad*
Presunción de ser hijo de matrimonio
Prueba admisible en contra
Adulterio de la mujer, 70
Procreados por los mismos padres antes del matrimonio, 81
Autoridad ante la que puede solicitarse que se tengan como hijos de matrimonio, 81
Condición en caso de nulidad del matrimonio, 82
Fecha desde la que surte efecto la calidad de hijo matrimonial, 83
Forma y modo de hacer la manifestación, 81
Necesidad de legitimación cuando se omite pedir que se tengan como hijos de matrimonio, 81
Obligación de indicar sus nombres, 25

HIJOS - IMPUGNACION DE PATERNIDAD

HIJOS v.a. MENORES (Cont.)

Prueba de la filiación, 79, 80
Servicia contra los,
Causal de divorcio, 48 inc. 4
Tentativa de prostitución o corrupción
Causal de divorcio, 48 inc. 2

HONORARIOS

Prohibición de cobrarlos por celebrar matrimonios, 24
Tutor v. TUTOR

— I —

IGUALDAD DE DERECHOS

Hijos habidos dentro o fuera de matrimonio, 4
Cónyuges, 2

IMPOTENTE

Matrimonio, 20

IMPUGNACION DE PATERNIDAD

Circunstancias que permiten al marido ofrecer prueba para impugnar,
70
Curador
Facultad de ejercer la acción, 72
Herederos
Cesación del derecho, 74
Derecho para establecer la acción, 72
Plazo para ejercer la acción, 74
Hijo habido dentro del matrimonio, 72
Incapaz mental que careciera de curador, 73
Muerte del marido antes de vencer el término, 74
Pruebas sanguíneas o genéticas
Organismo Médico Forense, 98
Quién puede ejercer la acción, 72
Reconocimiento de hijos dentro del juicio, 84
Término para intentar la acción, 73
Herederos
Cesación del derecho, 74
Incapaz mental que carece de curador, 73
Muerte del marido antes de vencer, 74

IMPUESTOS - INVESTIGACION DE PATERNIDAD

IMPUESTOS

Afectación y su cesación
Inmueble destinado a habitación familiar
Exención, 43
Traspaso inter vivos o mortis causa
Inmueble destinado a habitación familiar
Exención, 44

INCAPAZ MENTAL

Término para impugnar la paternidad, 73

INMUEBLES

Habitación Familiar v. *Familia*, Régimen patrimonial

INSEMINACION ARTIFICIAL

Efectos respecto de la paternidad, 72

INTERDICCION v.a. CURATELA

Cómo debe declararse, 219
Inscripción en el Registro Público de la sentencia, 219
Posposición para ocupar el cargo de curador de quien la solicita, 224
Publicación de la sentencia que la declara, 219

INTERESES

Qué paga o cobra el tutor por saldo en su contra o en su favor, 213

INVESTIGACION DE MATERNIDAD v.a. POSESION NOTORIA DE ESTADO

Derecho del hijo y descendientes, 91

Documento escrito de la madre, 95

Fallecimiento de la madre durante la minoridad del hijo, 95

Hijos mayores, 95

Prescripción de bienes

Aplicabilidad de sus normas, 95

Prohibición cuando se tenga filiación establecida por la posesión notoria de estado, 99

Prueba sanguínea y de carácter genético, 98

INVESTIGACION DE PATERNIDAD v.a. POSESION NOTORIA DE ESTADO

Derecho del hijo y descendientes, 91

Documento escrito del padre, 95

Fallecimiento del padre durante la minoridad del hijo, 95

Hijos mayores, 95

INVESTIGACION DE PATERNIDAD - MATRIMONIO

INVESTIGACION DE PATERNIDAD (Cont.)

Hijos por nacer, 94

Medios de prueba para establecerla, 92

Prescripción de bienes

Aplicabilidad de sus normas, 95

Prohibición cuando se tenga filiación establecida por la posesión notoria de estado, 99

Prueba sanguínea y de carácter genético, 98

Reembolso de los gastos de maternidad y alimentos, 96

— J —

JUEZ CIVIL

Facultad para celebrar matrimonios, 24

— M —

MARIDO

Obligación de pagar los gastos del menor, 36

MATERNIDAD

Investigación v. *Investigación de maternidad*

MATRIMONIO

Alcalde Civil

Facultad para celebrarlo, 24

Anulabilidad, 15

Apoderado especialísimo para contraerlo, 30

Capitulaciones matrimoniales, 37

Católico

Efectos civiles, 23

Celebración, 24

Acta, 31

Apoderado especialísimo, 30

Autoridades facultadas, 24

Datos que deben suministrarse por quienes deseen contraerlo, 25

Inobservancia de lo referente al mismo por parte del funcionario, 24

Intervalo con el edicto, 26

Notarios, 24

Obligación de comunicarla al Registro Civil por parte del funcionario, 24, 31

MATRIMONIO

MATRIMONIO (Cont.)

Celebración (Cont.)

Peligro de muerte de uno de los contrayentes, 29

Prohibición de cobrar honorarios, 24

Requisitos, 28

Solicitud verbal o escrita

Ratificación, 25

Suspensión, 27

Trámites previos, 25

Civil

Celebración, 24-32

Condiciones contrarias, 12

Consentimiento

Contrayentes, 13

Tutor, 22

Delegado Cantonal de la Guardia Rural

Facultad para celebrarlo, 24

Disolución v. *Divorcio*

Comunidad de bienes, 41

Excepciones, 41

Menores, 36

Separación judicial, 62

Disposiciones generales, 10-13

Edictos

Dispensa, 32

Intervalo con la celebración, 26
Publicación en el Boletín Judicial, 25
Transcurso de más de seis meses de la publicación sin que se
contraiga, 26

Efectos, 33-36

Filiación de los hijos cuando es subsiguiente, 81-83

Gobernador

Facultad para celebrarlo, 24

Hijos habidos en él, v. *Hijos*, habidos en el matrimonio

Hijos habidos fuera de éste v. *Hijos*, habidos fuera del matrimonio

Hijos procreados antes de éste v. *Hijos*, procreados por los mismos
padres antes del matrimonio.

Impedimentos, 14

Parientes del adoptante, 14 inc. 4, 115

Parientes consanguíneos del adoptante, 14 inc. 2, 3, 125

Revalidaciones y dispensas, 14-22

Impotente, 20

Inscripción en el Registro, 33

Juez Civil

Facultad para celebrarlo, 24

Libertad de estado

Forma de comprobarla, 28

Marido

Obligación de pagar los gastos del menor, 36

MATRIMONIO - MENORES

MATRIMONIO (Cont.)

Menores

Celebración, 21

Consentimiento del tutor, 22

Dispensa del consentimiento de los padres, 21

Disolución del vínculo, 36

Negativa de los padres, 21

Quince años, 19

Mutuo auxilio, 11

Nulidad, 14, 64-68

Aplicación de las normas sobre el divorcio y separación judicial,
68

Condición de los hijos procreados por los mismos padres antes
del matrimonio, 82

Condiciones contrarias, 12

Efectos

Respecto de terceros, 66

Respecto del cónyuge de buena fe y mala fe y de los hijos, 66

Inscripción de la sentencia en el Registro Civil, 67

Patria potestad de los hijos, 139

Recuperación, 140

Posibilidad de declararla aun de oficio, 14, 64

Presunción de buena fe, 66

Procuraduría como parte obligada, 67

Quiénes pueden demandarla, 15, 65

Objeto, 11

Obligación de indicar los nombres de los hijos procreados antes de
éste, 25

Obligaciones de los esposos, 34

Patria potestad de los hijos v. *Patria potestad*

Poder especialísimo para contraerlo

Revocatoria antes de celebrarse, 30

Prohibición, 16

Efectos del celebrado contra las prohibiciones, 17

Prueba de la disolución del matrimonio anterior, 27

Régimen Patrimonial v. *Familia*, Régimen Patrimonial

Revalidación, 18

Solicitud verbal o escrita, 25

Testigos, 28, 31

MAYORIA DE EDAD

Adopción de los que llegan a esta edad, 105

MENORES v.a. HIJOS

Administración de bienes

Autorización del tribunal para ejercerla nuevamente, 141

Cuenta general, 135

Garantía, 136, 137

MENORES - NOTARIOS

MENORES (Cont.)

Administración de bienes (cont.)

Nombramiento de un administrador, 135

Patria Potestad, 132, 133

Suspensión, 141

Autorización para enajenar o gravar sus bienes, 134

Asuntos en que aparezcan involucrados

Obligación de tener al Patronato Nacional de la Infancia como

parte, 5

Sanción por no darle intervención, 5

Disolución del vínculo matrimonial, 36

Matrimonio, 21

Consentimiento del tutor, 22

Dispensa del consentimiento de los padres, 21

Negativa de los padres, 21

Obligación del marido de pagarle los gastos, 36

Obligación del Patronato Nacional de la Infancia de protegerlos, 5

Patria Potestad v. *Patria Potestad*

Posibilidad de modificar lo resuelto en el divorcio, 56

Quince años

Celebración del matrimonio, 19

MINISTERIO PUBLICO

Obligación de velar por que no haya menores sin tutor y de ser oído, 172

Suspensión y modificación de la patria potestad, 147

MUERTE

Celebración del matrimonio en caso de peligro, 29

MUTUO ACUERDO

Forma de poner término a la afectación de bienes, 47 inc. a

MUTUO AUXILIO

Objeto del matrimonio, 11

MUTUO CONSENTIMIENTO v. SEPARACION JUDICIAL

— N —

NOTARIOS

Facultad para celebrar matrimonios, 24

NULIDAD - PATRIA POTESTAD

NULIDAD

Matrimonio v. *Matrimonio*, Nulidad

Relativa

Falta de intervención del Patronato Nacional de la Infancia, 5

— O —

OFENSAS GRAVES

Causal de separación judicial, 58 inc. 4

ORGANISMO MEDICO FORENSE

Investigación e impugnación de paternidad, 98

PATERNIDAD

Investigación v. *Investigación de Paternidad*

PATERNIDAD Y FILIACION, 69-99

Declaración de paternidad y maternidad, 91-99

Filiación de los hijos adquirida por subsiguiente matrimonio de los padres, 81-83

Hijos de matrimonio v. *Hijos*

Hijos habidos fuera del matrimonio v. *Hijos*, habidos fuera del matrimonio

Prohibición de transar o comprometer en árbitros la filiación, 78

Prueba de la filiación de los hijos de matrimonio, 79

Transacción sobre los derechos pecuniarios proveniente de la filiación

Aprobación por el tribunal y efectos, 78

PATRIA POTESTAD, 127-150

Administración de los bienes del menor, 132-133

Autorización del tribunal para ejercerla nuevamente, 141

Cuenta general, 135

Garantía, 136, 137

Nombramiento de un administrador, 135

Suspensión, 141

Adopción simple, 116, 117

A quien compete, 127

PATRIA POTESTAD

PATRIA POTESTAD (Cont.)

Autorización para enajenar o gravar bienes del hijo, 134

Concurso de los padres

Efectos de la declaratoria, 136

Curador especial

Nombramiento cuando hay interés opuesto, 127

Derechos y obligaciones que comprende, 132

Disposiciones generales, 127-137

Divorcio

Facultad de conferirla a una institución o persona distinta de los padres, 56

Suspensión y modificación independientemente del juicio, 146

Efectos sobre los hijos sujetos, 145

Hijos abandonados, 150

Hijos nacidos en el matrimonio, 138-141

Caso de conflicto, 138

Divorcio

Mutuo consentimiento, 139

Reconciliación, 140

Interés del menor, 138, 139

Nulidad del matrimonio, 139

Recuperación, 140

Quien la ejerce, 138

Reconciliación en caso de divorcio o separación judicial

Efectos, 140

Separación Judicial

Mutuo consentimiento, 139

Reconciliación, 140

Hijos habidos fuera del matrimonio, 142-144

Facultad del tribunal de conferirla conjuntamente, 142

Negativa a reconocerlos, 143

Quien la ejerce, 142

Incapacidad de quien la ejerce para negocio determinado, 149

Irrenunciabilidad de los derechos y obligaciones inherentes, 128

Interés opuesto

Nombramiento de curador especial, 127

Limitación de su ejercicio

Hospitalización, tratamiento o intervención quirúrgica indispensables, 131

Modificación de lo resuelto por el tribunal, 139

Prohibición de modificarla por acuerdo de partes, 128

Excepciones, 60 inc. 2, 128

Respeto mutuo entre padres e hijos, 129

Separación Judicial

Suspensión y modificación independientemente del juicio, 146

Suspensión y modificación

Abandono del menor

Vía para tramitarla, 150

PATRIA POTESTAD - PATRONATO NACIONAL INFANCIA

PATRIA POTESTAD (Cont.)

Suspensión y modificación (Cont.)

Abandono judicialmente declarado de los hijos, 146

Abuso del poder paterno, 146

Ausencia declarada judicialmente, 146

Cesación del motivo, 150

Condenatoria a prisión por cualquier hecho punible, 146

Consejos, insinuaciones o ejemplos corruptores, 146

Costumbres depravadas de los padres, 146

Custodia del menor

Patronato Nacional de la Infancia, 148

Dedicarlos a la mendicidad, 146

Delito de uno de los padres contra el otro o contra alguno de sus hijos, 146

Dureza excesiva en el trato u órdenes, 146

Ebriedad de los padres, 146

Facultad del tribunal, 146

Hábito del juego perjudicial para el patrimonio de la familia, 146

Incapacidad declarada judicialmente, 146

Incumplimiento de deberes familiares, 146

Independencia de los juicios de divorcio y separación judicial, 146

Mala conducta notoria de los padres, 146

Ministerio público, 147

Necesidad de declaratoria expresa para recuperarla, 150

Negativa de dar alimentos a los hijos, 146

Patronato Nacional de la Infancia, 147

Otorgamiento de la custodia, vía para tramitarlo, 150

Parientes del menor, 147

Permitir que deambulen por las calles, 146

Quiénes pueden pedirla, 147

Rehabilitación por parte del tribunal, 150

Uso indebido de drogas por parte de los padres, 146

Vagancia comprobada de los padres, 146

Término y suspensión, 146-150

Matrimonio o mayoría de edad del hijo, 145

Muerte de quien la ejerza, 145

PATRIMONIO FAMILIAR v. FAMILIA, Régimen Patrimonial

PATRONATO NACIONAL DE LA INFANCIA

Consentimiento para la adopción, 103 inc. d

Custodia de menores sin patria potestad, 148

Facultades

Pedir la modificación de lo resuelto sobre patria potestad, 139

Pedir la suspensión de la patria potestad, 147

Solicitar que se confiera la patria potestad conjuntamente

Hijos habidos fuera del matrimonio, 142

PATRONATO NACIONAL INFANCIA - PRISION

PATRONATO NACIONAL DE LA INFANCIA (Cont.)

Hijos abandonados

Otorgamiento de la custodia

Vía para tramitarlo, 150

Nulidad relativa por falta de intervención cuando fuera necesario, 5

- Obligación de proteger a madres y menores, 5
- Obligación de tenerlo como parte en todo asunto en que aparezca involucrado un menor, 5
- Sanción por no darle intervención, 5
- Obligación de velar por que no haya menor sin tutor y de ser oído, 172
- Sanciones por no darle intervención en asuntos de menores, 5

PERSONAS

- Ausencia
 - Declaración y efectos, 53-59 Código Civil
 - Medidas provisionales anteriores a la declaratoria, 49-52 Código Civil
- Capacidad, 18-25 Código Civil
- Derechos de la personalidad, 26-30 Código Civil
- Domicilio, 42-48 Código Civil
- Existencia, 13-17 Código Civil
- Nombre, 31-41 Código Civil
- Presunción de muerte y sus efectos 60-61 Código Civil

PODER ESPECIALISIMO

- Para contraer matrimonio
 - Revocatoria antes de celebrarse, 30

POSESION NOTORIA DE ESTADO v.a. Investigación de maternidad

INVESTIGACION DE PATERNIDAD

- Concepto, 80, 92
- Filiación establecida por la,
 - Prohibición de investigar la paternidad o la maternidad, 99
- Hijo extramatrimonial, 93
- Prueba de la filiación, 79

PRESUNCION DE MUERTE, 60-61 Código Civil

PRISION

- Delitos no políticos
 - Causal de separación judicial, 58 inc. 6

PUPILO - REGIMEN PATRIMONIAL FAMILIA

PUPILO v. TUTELA

— R —

RECONCILIACION

- Efectos
 - Patria potestad, 140
 - Separación judicial, 63

RECONOCIMIENTO

- Autoridad ante quien se puede hacer, 89
 - Autorización al notario para otorgar escritura, 84
 - Común acuerdo, 85
 - Forma de otorgarlo, 89
 - Hijo concebido
 - Requisitos, 84
 - Hijos dentro del juicio de impugnación, 84
 - Hijos habidos fuera del matrimonio, 84, 85
 - Incontestabilidad por los herederos, 87
 - Irrevocabilidad, 87
 - Negativa
 - Efectos sobre la patria potestad, 143
 - Por nacer, muertos, 84
 - Revocatoria del testamento o escritura en que se incluya Efectos, 89
 - Hijos mayores de edad, 88
 - Derecho a impugnarlo por falsedad o error, 88
 - Impugnación, 86
 - Inadmisibilidad, 90
 - Incidente de
 - Partes, 84
 - Oposición en juicio
 - Efectos, 84
 - Padres separadamente, 85
 - Trámite cuando el presunto padre fuere desconocido o se ignore su paradero, 84
 - Vía para reconocer al hijo, 84
- ## REGIMEN PATRIMONIAL DE LA FAMILIA v. Familia,
- Régimen patrimonial

REGISTROS - SEPARACION JUDICIAL

REGISTROS

- Civil
 - Inscripción
 - Discernimiento y revocatoria de la tutela, 173
 - Matrimonio, 33
 - Sentencia de nulidad de matrimonio, 67
 - Obligación de comunicar la celebración del matrimonio por parte del funcionario, 24, 31
- Público
 - Inscripción
 - Capitulaciones matrimoniales, 37, 39

Inmuebles destinados a habitación familiar, afectación, 42
Sentencia de interdicción, 219

— S —

SEPARACION JUDICIAL, 58-63

Abandono voluntario y malicioso, 58 inc. 2

Acción

Caducidad, 59

Quienes pueden establecerla, 59

Aplicación de las normas del divorcio, 61

Aplicación de sus normas a la nulidad del matrimonio, 68

Causales

Las mismas que autorizan el divorcio, 58 inc. 1

Disolución del vínculo matrimonial, 62

Efectos, 61

Enajenación mental por más de un año, 58 inc. 5

Más de un año

Causal de divorcio, 48 inc. 5

Mutuo consentimiento, 58 inc. 7

Convenio

Escritura pública, 60

Facultad del tribunal de ordenar aclaración o complemento, 60

Facultad del tribunal para modificarlo, 60

Forma de aprobarlo, 60

Validez, 60

Cuándo se puede pedir, 60

Patria potestad de los hijos, 139

Negativa de alimentar al otro cónyuge o a los hijos, 58 inc. 3

Ofensas graves, 58 inc. 4

Patria potestad, 139

Reconciliación, 140

Suspensión y modificación independientemente del juicio, 146

Prisión por más de tres años

Delitos no políticos, 56 inc. 6

SEPARACION JUDICIAL - TUTELA

SEPARACION JUDICIAL (Cont.)

Reconciliación

Efectos, 63

Patria potestad, 140

Separación de hecho

Bienes adquiridos durante la misma, 41 inc. e

Por más de un año, 58 inc. 8

Subsistencia del deber de fidelidad y mutuo auxilio, 62

Trastornos graves de conducta o enfermedad que hagan imposible o
peligrosa la vida en común, 58 inc. 5

— T —

TESTAMENTO

Testador

Diferencias de honorarios del tutor entre lo fijado y la ley, 210

TUTELA

Administración, 200-205

Administrador interino

Nombramiento y obligaciones, 184

Cuenta final, 207

Discusión, 211

Lugar donde debe presentarse, 208

Prórroga del término para presentarla, 207

Término para presentarla, 207

Garantías, 186-199

Cancelación, 189

Depósito de bonos, 190

Dispensa de garantizar, 187

Fiduciaria o caución juratoria

Admisión, 190

Monto que deberá cubrir, 190

Obligación de mejorarlas, 190

Valores con los que se puede hacer, 190

Gastos extraordinarios, 202

Qué debe garantizarse, 188

Alimentos

Variación de la suma fijada por el tribunal o el testador, 201

Bienes del menor

Administrador interino

Nombramiento y obligaciones, 184

TUTELA

TUTELA (Cont.)

Capital del menor

Bonos del Estado u otros valores

Manera de proceder, 191

Causas de exclusión, 175

Causa sobrevenida para excusarse, 179

Créditos del tutor contra el pupilo, 196

Sanción por no incluir sus créditos al hacer el inventario, 196

Cuentas y modo de acabar, 206-216

Diversas clases, 162-173

Excusas

- Cesación del motivo, 181
- Término para presentarlas, 182
- Hijos habidos fuera del matrimonio, 164
- Incapacidades, excusas y emociones, 174-185
- Inventario
 - Adición, 193
 - Bienes del menor, 192
 - Créditos del tutor, 196
 - Derecho del mayor de 15 años para asistir, 194
 - Formalidades en caso de cambio de tutor, 197
 - Prohibición de dispensarlo, 195
 - Prohibición del tutor de administrar los bienes antes de hacerlo, 199
 - Prohibición del tutor de probar contra él, 198
 - Término para hacerlo, 192
 - Ampliación, 192

Judicial, 166

Legal, 164

Ministerio Público

- Obligación de velar por que no haya menores sin tutor y de ser oído, 172

Niños

- Abandonados, 170
- Ingresados en un establecimiento de asistencia social, 170
- Sin tutor
 - Obligación de proveerlos de un tutor, 171

Parientes

- De igual grado
 - Reglas a seguir, 164
- Obligados a aceptarla, 178

Patronato Nacional de la Infancia,

- Obligación de velar por que no haya menores sin tutor y de ser oído, 172

Pupilo

Alimentos

- Fijación por parte del tribunal, 201
- Discusión de la cuenta final, 211
- Deberes para con su tutor, 200

Quiénes están sujetos, 162

Quiénes pueden excusarse de ejercerla, 177

TUTELA

TUTELA (Cont.)

Registro Civil

- Inscripción de su discernimiento y revocatoria, 173

Testamentaria, 163

Separación, 176

Tutor

- Actos para los cuales necesita autorización judicial, 203
- Actos prohibidos, 204
- Bienes que no permiten inmediata devolución, 216
- Cambio
 - Formalidades del inventario, 197
- Consentimiento para el matrimonio, 22
- Créditos contra el pupilo, 196
- Deberes de su pupilo, 200
- Derechos y obligaciones con respecto del pupilo, 200
- Exigencia y discusión de la cuenta cuando hay cambio, 212
- Gastos que se le abonarán, 209
- Honorarios, 210
 - Diferencia entre lo fijado por el testador y la ley, 210
- Incapacidad transitoria, 168
- Interés anual que debe pagar o cobrar sobre el saldo en su contra o en su favor, 213
- Obligaciones
 - Comprobar los gastos hechos por él, 207
 - Dejar constancia de la representación en los actos y contratos celebrados a nombre del pupilo
 - Sanciones en la omisión del requisito, 205
 - Devolver los bienes del pupilo, 216
 - Rendir cuenta anual de su administración, 206
 - Someter a aprobación del tribunal los gastos de administración, 202
- Personas facultadas para exigirle la rendición de la cuenta final, 206
- Prohibiciones
 - Administrar los bienes del menor antes de hacer el inventario, 199
 - Probar contra el inventario, 198
 - Tener más de un tutor, 167
- Quiénes pueden serlo, 174
- Remoción, 185
 - Quiénes pueden pedirla, 185
- Responsabilidad cuando no exija y discuta la cuenta de su antecesor, 212
- Sanciones
 - Cuando conviniere después de terminado el cargo, 215
 - No incluir sus créditos al hacer el inventario, 196
 - Por no ejercerla por culpa o sea removido por mala administración o condenado por dolo, 183
- Sustitución, 197
- Término dentro del cual no podrá hacer convenios con su expupilo una vez cesado en el cargo, 215
- Testamentario
 - Nominados sin indicación de orden, 169
 - Sanción cuando no acepte el cargo o es removido por su culpa, 180
- Variación acordada por el tribunal, 165

DELEGACION LEGISLATIVA Y RECARGOS CAMBIARIOS

SU INCONSTITUCIONALIDAD (*)

Prof. Eduardo Ortiz Ortiz

Titular en Derecho Administrativo

(*) Publicado originalmente por la Asociación Nacional de Fomento Económico (ANFE).—San José, Costa Rica, abril de 1973.

EXPLICACION

Cuando en agosto de 1971 el Banco Central acordó establecer recargos cambiarios de acuerdo con las facultades que esta institución interpretó que le fueron otorgadas mediante la reforma a la Ley Orgánica de esa Institución (ley conocida popularmente con el nombre de 4-3), se le encargó al Lic. Eduardo Ortiz Ortiz un análisis jurídico de lo que significaba esta medida. Concretamente, si era constitucional la interpretación que el Banco Central le daba a la mencionada reforma a su Ley Orgánica en el sentido de que realmente estuviera facultado para imponer por sí mismo, sin autorización específica de la Asamblea Legislativa, los recargos cambiarios y, fundamentalmente, para estudiar la posibilidad de impugnar éstos.

El Lic. Eduardo Ortiz Ortiz realizó el estudio, del que concluyó que había buena parte de probabilidad de obtener un resultado favorable en el juicio. Este no se llevó a cabo, pero el análisis jurídico previo es de gran valor y, por considerar que él puede contribuir a aclarar una serie de conceptos muy importantes, todavía actuales en relación con la política monetaria y tributaria de los últimos años, lo damos a conocer en la presente publicación, con la seguridad de que será muy útil para los estudiosos del tema, principalmente para los abogados y los economistas.

ASOCIACION NACIONAL DE FOMENTO ECONOMICO

Se consulta:

- a) Si los recargos cambiarios son o no un impuesto
- b) Si el artículo 97 párrafo segundo de la Ley Orgánica del Banco Central autoriza la creación de recargos cambiarios
- c) Si la creación de recargos cambiarios viola o no el artículo 104 de la Ley Orgánica referida.

Contestamos las interrogantes por su orden como sigue:

I.—El problema de los recargos cambiarios.

A) La situación de hecho.

1.—El 10 de julio de 1971 el Banco Central publicó un decreto reglamentario creando recargos cambiarios sobre el valor de las divisas oficiales que vende el mismo Banco para las importaciones, recargo que se calcula sobre el tipo oficial de venta de la respectiva divisa, en las siguientes proporciones:

i—Las importaciones incluidas en la categoría preferencial están exentas del recargo;

ii—15% (quince por ciento) sobre el valor de las divisas destinadas al pago de las importaciones incluidas en la primera categoría (\$ 7.65 por dólar);

iii—30% (treinta por ciento) sobre el valor de las divisas destinadas al pago de las importaciones incluidas en la segunda categoría (\$ 8.65 por dólar).

Las categorías fueron dadas en el mismo decreto por listas de artículos.

Los artículos excluidos deben adquirirse con divisas del mercado libre. Los recargos se aplican únicamente al comercio internacional, público y privado, con excepción a favor de los Poderes Ejecutivo y Legislativo, exentos.

2.—Se mantuvo la paridad oficial del colón, fijada por el artículo 2 de la Ley de la Moneda (₡ 6.62 por dólar).

3.—Los excedentes a favor del Banco Central (consistentes en la diferencia entre el tipo oficial de adquisición de los dólares que el Banco Central vende y el precio recargado de la venta) se destinan a una Cuenta Especial del mismo Banco.

4.—La venta de las divisas recargadas tiene lugar a través de un mecanismo complejo que se articula así:

i.—El importador debe presentar documentos (factura internacional, conocimiento de embarque y póliza de desalmacenaje) y hacer su solicitud de divisas dentro de los dos meses posteriores al arribo de la mercadería en aduana nacional, salvo anticipo de pago (lo que cambia el procedimiento);

ii.—El Banco acepta y registra los documentos y la solicitud;

iii.—El Banco autoriza la venta por riguroso orden de presentación de las solicitudes;

iv.—La no presentación de la solicitud en tiempo y forma debidos ocasiona la caducidad del derecho a obtener la respectiva autorización; caso opuesto el Banco queda obligado a dar la autorización y a realizar la venta;

v.—Obtenida la autorización el importador compra las divisas recargadas.

5.—La creación de recargos cambiarios sucede al establecimiento de un doble tipo de cambio por el Banco Central y en ambos casos éste invoca para hacerlo sus potestades de control de las importaciones para la estabilización de la moneda, de justificado ejercicio en el caso, según lo afirman el mismo Banco y el Poder Ejecutivo que aprobó sus medidas, por una balanza de pagos muy desfavorable con acelerada reducción del fondo de divisas del país.

6.—Es un hecho confesado por el Banco que sus reservas internacionales montaban a \$ 20.000.000.00 cuando decretó el tipo múltiple de cambio referido.

7.—La medida fue adoptada sin intervención del Fondo Monetario Internacional.

8.—Los recargos exceden la paridad oficial del colón en más de un 1% de su valor.

9.—La competencia invocada por el Banco para amparar el decreto está fundada en el artículo 97 de su Ley Orgánica, que se limita a conferirle potestades para un contralor cuantitativo y cualitativo, sin ulteriores límites, bases ni directivas.

10.—Los contralores monetarios de los indicados tipos son múltiples e implican toda grave incidencia sobre la libertad de comercio e industria del ciudadano.

B) *Inexistencia de tributo en el caso en examen.*

B-1) *La función de ablación del Estado.*

Todo tributo, como se examinará de inmediato, es una obligación pecuniaria del ciudadano con el Estado, cuya característica fundamental consiste en provenir de un acto de autoridad o de imperio de este último, sea ley, sea acto administrativo. El tributo es una imposición, lo que da el nombre de "impuesto" al más importante y conocido, y como tal es una forma de limitación coactiva de la libertad y de la propiedad del ciudadano, que se ve obligado a su pago sin o contra su voluntad. Tal característica no es exclusiva del tributo sino común a todo un género amplísimo de actos del Estado o de sus instituciones, que bien podríamos llamar "actos de ablación" en contra del ciudadano.

Ablación es, según el Diccionario de la Real Academia Española, "separación o extirpación de cualquier parte del cuerpo", lo que, traducido al derecho, significa supresión total o parcial de los derechos del ciudadano por el Estado o sus entes.⁽¹⁾ Llámase *acto o procedimiento administrativo de ablación* el que puede conducir a suprimir derechos o imponer obligaciones al ciudadano, disminuyendo así su patrimonio o su grado de libertad de acuerdo con la ley. Normalmente —como en el caso del tributo— el Estado no sólo cercena derechos al individuo sino que se los apropia, haciendo suyo lo que es del otro; pero es posible que haya sólo supresión, sin enriquecimiento en favor del Estado. Entran en este amplio género los tributos, pero también figuras tan distintas como la expropiación, la imposición de sanciones administrativas (como la clausura de un negocio por escándalo nocturno), toda clase de órdenes y de prohibiciones (como la orden de vender artículos de primera necesidad a un precio fijado por el Ministerio de Industrias o la prohibición a los exportadores de vender sus dólares a otro que no sea el Banco Central), etc. En algunos casos —cuando el Estado trata de obtener dinero para sus gastos— el sacrificio impuesto lo es sin indemnización a favor del ciudadano, pues sería absurdo cobrar para devolver (que es el caso de los tributos), pero en otros —como ocurre con la expropiación— el sacrificio sólo se puede imponer contra pago de indemnización, que eventualmente tiene que ser previa (mismo caso de la expropiación).

Los ejemplos dados revelan la amplitud del género de actos en examen y previenen contra la tendencia muy generalizada a considerar tributo todo sacrificio impuesto por el Estado al ciudadano en bien de la comunidad, con independencia del antecedente de hecho.

(1) Massimo Severo Giannini, *Diritto Amministrativo*, tomo II, pág. 1181: "los procedimientos" ablatorios son, como lo indica la misma denominación, aquellos mediante los cuales el Poder Público, para alcanzar un beneficio para la colectividad, sacrifica el interés del ciudadano por un bien concreto de la vida: se vale de formas muy benignas en las cuales el sacrificio es una simple limitación de una facultad (por ej.: no se puede transitar sobre una calle determinada) hasta formas más graves, en las cuales se impone al particular pagar un impuesto, prestar servicio obligatorio como en el caso del servicio militar, se le extrophia un bien o se le priva del derecho de empresa".

de su naturaleza y de su finalidad. Otro ejemplo aclarará más lo dicho.

Dentro del campo de los actos que producen ingreso al Fisco —como los tributos— están las sanciones pecuniarias, como las multas, normalmente impuestas por el Juez, excepcionalmente por la Administración. Se distinguen las multas de los tributos, como es obvio, porque su antecedente de hecho es una falta administrativa o un delito cometido por el sancionado y su consecuente finalidad que es la de castigar al infractor, sea para evitar que repita la falta, sea para lograr que se arrepienta. El hecho de que la multa sea empleada después para financiar a las Juntas de Educación o al sistema penitenciario nacional, no desvirtúa su finalidad propia y distintiva ni permite equiparar la multa a un tributo. Ello deriva de que el fin se acomoda al motivo del acto, en forma tal que si ese motivo es un delito, la finalidad de la medida sólo puede ser el castigo, lo que le da el carácter de pena y la separa claramente del tributo. Lo que nos lleva a considerar las características propias de este último, a efecto de saber, por comparación, si son tributo o no los recargos cambiarios.

Previamente, sin embargo, conviene poner en claro las consecuencias prácticas que tiene la calificación como tributo de un ingreso para el Estado o un ente público.

B-2) El régimen del tributo.

Las consecuencias que derivan legalmente de la naturaleza tributaria de un ingreso son las siguientes, en Costa Rica:

a) Según el artículo 121, inciso 13 de la Constitución Política, es atribución exclusiva de la Asamblea Legislativa: “*Establecer los impuestos y contribuciones nacionales*”.

Suele llamarse lo anterior la *reserva de ley en materia tributaria*, entendiéndose por ello que la creación del tributo sólo puede emanar de la Asamblea Legislativa y que le está prohibida a la Administración Pública, sea del Estado, sea de las instituciones autónomas, como el Banco Central. Si una institución creara un impuesto —fuera de las Municipalidades, que disfrutan al respecto de un especial status constitucional— incurriría en un acto absolutamente nulo por incompetencia, por razón de la materia, dado que en la misma sólo es competente la Asamblea. El impuesto sería inconstitucional y su anulación produciría efecto general y retroactivo, en beneficio de todos los que lo hubieran pagado. La inconstitucionalidad podría declararse en la vía contenciosa-administrativa, de conformidad con el artículo 20.2 de la Ley de lo Contencioso (Nº 4667 de 12 de marzo de 1966).

La reserva de ley en materia tributaria ha sido reafirmada por el *Código Tributario*, cuyo artículo 5 dispone tajantemente: “Materia privativa de la ley. En cuestiones tributarias sólo la ley puede:

- a) Crear, modificar o suprimir tributos; definir el hecho generador de la relación *tributaria*; establecer las tarifas de los *tributos* y sus bases de cálculo; e indicar el sujeto pasivo”.

Aunque según el párrafo final del mismo artículo, la modificación de las tareas puede hacerla una institución administrativa reguladora con una competencia exclusiva al efecto (y según el transitorio VIII podrá hacerlo, mientras aquella no se cree, la institución fuente del servicio con la aprobación de la Contraloría General de la República), la creación de la tasa siempre es reserva exclusiva de la Asamblea.

b) Según el artículo 82 de la ley 3667, la jurisdicción contenciosa conocerá de todo litigio para la impugnación de la legalidad de los impuestos, contribuciones, tasas, multas y demás rentas o créditos públicos definitivamente establecidos en vía administrativa, lo cual es un concepto más amplio que el comentado en el párrafo anterior, pues ahí la ley se refiere específicamente a la impugnación por razones de inconstitucionalidad de un impuesto o tasa, en tanto que el artículo 82 se refiere a toda clase de motivos de ilegalidad y nulidad de los mismos.

c) Todo tributo se rige por el nuevo *Código Tributario*, de conformidad con el artículo 1 del mismo.

En síntesis: el régimen legal de un tributo en Costa Rica implica lo siguiente:

- a) Su creación es reserva de ley (de la Asamblea Legislativa).
- b) Es impugnabile en la vía contenciosa en un procedimiento especial al efecto.
- c) Se rige por el *Código Tributario*.

Si el ingreso público no es tributario faltarán necesariamente dos de los tres fenómenos característicos antes apuntados: el origen del ingreso no tiene que ser legislativo y el régimen aplicable no es el *Código Tributario*. En cuanto a la jurisdicción competente podrá ser la contenciosa común y no la especial señalada por el artículo 82 antecitado si el ingreso es de carácter privado (civil o mercantil) y no de carácter público-administrativo, lo que explicaremos de inmediato.

B-3) Definición de los tributos.

Las definiciones doctrinarias del tributo son muchas y contradictorias, pero en Costa Rica parecen estar imperativamente unificadas por el nuevo *Código Tributario*, cuya vigencia se inició a partir del 1 de julio de 1971, por expresa disposición del artículo 170 del mismo. Se trata de un Código legislativo que rige, por su mayor jerarquía formal, todo acto o reglamento administrativo poste-

rior a esa fecha, en la medida en que afecte el régimen tributario del país, y que regiría naturalmente, el decreto del Banco Central publicado en el Alcance N° 70 a La Gaceta N° 141 del 10 de julio de 1971, objeto del presente dictamen, si el mismo tuviera naturaleza tributaria.

“Son tributos, dispone el artículo 4 (Definiciones) *ibidem*, las prestaciones en dinero (impuestos, tasas y contribuciones especiales), que el Estado, en ejercicio de su poder de imperio, exige, con el objeto de obtener recursos para el cumplimiento de sus fines.”

De conformidad con tal definición legislativa —que por serlo es de obligada aplicación en este caso y que es, además y fuera de algunas leves discrepancias, una definición correcta— las notas esenciales de todo tributo, que lo constituyen y lo distinguen de otras imposiciones pecuniarias en favor del Estado, son las siguientes:

i.—Nace del ejercicio del poder de imperio del Estado;

ii.—Es una prestación en dinero;

iii.—Tiene por objeto obtener recursos para el cumplimiento de sus fines.

Es claro que los recursos cambiarios son una prestación en dinero, lo que aquí nadie discute. Son elementos de dudosa existencia en el caso, en cambio, los otros dos enumerados, la presencia del imperio estatal y el destino intrínsecamente fiscal del recargo cambiario. Procede examinar más de cerca la naturaleza de esas dos notas y confrontarlas después con la figura de este último, para determinar la coincidencia o la discrepancia.

a) El carácter coactivo del tributo.

Es esta la nota esencial y predominante del mismo, que mejor define su naturaleza. Cuando se dice que el tributo es coactivo quiere expresarse que nace única y exclusivamente de un acto de imposición del Estado contra el ciudadano, sin o contra la voluntad de éste. El principio legalidad arranca de la oposición del ciudadano a una ilimitada potestad de fijación de impuestos por el Rey, y se resuelve en el principio de que sólo el pueblo (clero, nobleza y burguesía) reunido en Parlamento puede hacer esa fijación. Desde entonces la imperatividad del tributo significa que el mismo es exigible en los casos y por el monto que determine la ley, expresión de la voluntad del pueblo (Parlamento o Asamblea), con entera independencia de la de los ciudadanos, siempre que éstos se coloquen en las situaciones de hecho que dan origen a la obligación tributaria. Esto debe precisarse mejor para entenderlo bien. El carácter imperativo de un tributo no significa que el mismo sólo existe si el particular se coloca forzosamente en la situación referida, ni tampoco que tenga que recurrir, en igual forma obligada, a obtener el servicio o la prestación estatal que lo produce. Ese carácter lo que significa es que el tributo nace como consecuencia necesaria de una cierta situación o un cierto servicio público, en virtud de una ley que así lo dispone, aun cuando el ciudadano no lo quiera e intente evadirlo, y aun cuando haya sido él, haciendo uso de su plena y

libre voluntad, quien se haya colocado en esa situación. Un ejemplo lo aclarará. El impuesto de ventas es un tributo que grava cualquier transacción que traspase el dominio efectivo de la mercadería (sin importar el nombre ni el contenido aparente en contrario que se le haya dado a la operación). Es evidente que la compraventa se lleva a cabo porque los particulares lo quieren, no porque el Estado se la imponga; pero es igualmente claro que en esa situación el comprador o el responsable debe el impuesto respectivo no porque lo quiera, sino porque la ley lo impone, conectando a la operación querida y a su efecto traslativo de dominio una consecuencia jurídica no querida e incluso frecuentemente evadida, que es la obligación de pagar el impuesto correspondiente. Es posible que haya un apóstol o un loco fervientemente deseoso de pagar el impuesto, pero es excepcional y la ley no le exige ni lo toma en cuenta. Para que nazca el impuesto basta el carácter voluntario de la venta, sin importar la actitud psicológica del contribuyente respecto de áquel, e incluso es irrelevante la plenitud de la voluntad en la venta, pues el impuesto se debe —como todo tributo en general— aun cuando haya contratado un demente, un menor, o la voluntad padezca vicios de dolo, error o violencia. Si, por esa razón, la venta se anula, el impuesto de todos modos se debe y se puede cobrar. La voluntad juega aquí el papel de un gatillo disparador, cuyo efecto, una vez producida la venta gravada, es irreversible desde el punto de vista tributario, aun cuando después se compruebe —desde el punto de vista civil o mercantil— que esa voluntad era sólo una apariencia de tal. (2)

“La obligación tributaria no se afecta por circunstancias relativas a la validez de los actos o a la naturaleza del objeto perseguido por las partes, ni por los efectos que los hechos o actos gravados tengan en otras ramas del Derecho Positivo costarricense”, tal dispone el artículo 13 del *Código Tributario*.

Es por esta clara irrelevancia de la voluntad para generar la obligación tributaria, incluso cuando ésta se monta sobre una situación de hecho de voluntario acacimiento en relación con el ciudadano, que el artículo 11 del mismo Código claramente dispone:

(2) El artículo 13 de nuestro Código Tributario corresponde al artículo 20 del “Modelo de Código Tributario para L.A.”, de donde fue tomado. Los comentaristas de este último expresan gráficamente al respecto:

“Este artículo recoge el principio aceptado por la doctrina autonómica del derecho tributario. La obligación nace con la realización del hecho generador, sea cual fuere su naturaleza, sin interesar su validez ni sus efectos en otras ramas jurídicas, ni la calificación moral que merezca. Los enriquecimientos derivados de actividades ilícitas están sujetos a imposición; de lo contrario se consagrarían en desigualdades en perjuicio de personas honestas que actúan dentro de la legalidad”.

Como se ve, el tributo pesa incluso sobre los hechos o actos legalmente prohibidos y naturalmente nulos, según el artículo 10 del Código Civil que dispone la nulidad absoluta de todo acto o contrato opuesto a una ley prohibitiva, con lo que resultan pasibles de impuestos sobre la renta incluso los dividendos obtenidos del juego de azar o del lenocinio (prohibidos en Costa Rica).

"La obligación tributaria surge entre el Estado u otros entes públicos y los sujetos pasivos en cuanto ocurre el hecho generador previsto en la ley..."

Esta norma no hace otra cosa que definir, en realidad, el carácter coactivo y objetivo que es la nota esencial y más importante de todo tributo, cuando verdaderamente lo es.

El carácter imperativo es claro en el caso del impuesto, como en el gravamen de ventas del ejemplo, y puede demostrarse con otros muchos, la mayoría de los cuales supone una conducta voluntariamente desarrollada por el contribuyente con finalidad distinta a la tributaria, de la que la ley toma pretexto para imponer la contribución (impuesto territorial, de la renta, etc.). Ese carácter no es tan neto y perfilado en el caso de la tasa.

Lo que es tan claro en el impuesto, que es su carácter legislativo e imperativo, es confuso y controvertible en la tasa. El artículo 4 del Código Tributario la define en la siguiente forma:

"Tasa es el tributo cuya obligación tiene como hecho generador la prestación efectiva o potencial de un servicio público individualizado en relación con el contribuyente; y cuyo producto no debe tener un destino ajeno al servicio que constituye la razón de ser de la obligación. No es tasa la contraprestación recibida del usuario en pago de servicios no inherentes al Estado".

De conformidad con esta definición legislativa la tasa es un tributo y su origen está en la prestación de un servicio público, mensurable pecuniariamente en relación con cada contribuyente, con independencia de la voluntad de éste.

Segunda nota configurativa de la tasa sería la naturaleza del servicio público generador de la misma, que sólo puede ser lo que ahí se llama, con ideología superada por los tiempos, un "servicio inherente al Estado". Los comentarios al Código Tributario Modelo para América Latina aclaran que servicios inherentes al Estado con los que "responden al principio de gratuidad y su prestación sólo puede estar gravada mediante disposición legal (op. cit. pág. 20) lo que es obviamente erróneo, pero de imperativo acatamiento en Costa Rica por disposición de ley, según se ve.

Y tercera nota típica de la tasa sería su destino, que sólo puede ser la financiación de gastos del servicio que la genera.

La nota que ahora nos interesa examinar es la primera, tocante al hecho generador de la tasa, que se hace consistir, por el *Código Tributario*, en la prestación de un servicio público individualizado en relación con el contribuyente, sin mención alguna a la voluntad de éste.

Con ello, se implica que esa voluntad no es necesaria para el nacimiento de la tasa, e incluso que no es posible. La tasa, según este enfoque, nacería de la prestación del servicio como hecho previsto por la ley al efecto, en igual forma que nace de la venta en el impuesto de ventas o de la renta producida en el impuesto al

ingreso. Como es indudable que en la mayoría de los casos el servicio público se presta a solicitud del usuario y contribuyente, los sostenedores de esta tesis lo explican diciendo que dicha solicitud es considerada como un mero hecho voluntario pretexto de la imposición, exactamente como puede serlo la venta en el impuesto respectivo, y que, en todo caso, no es sino el acto primero que inicia un procedimiento administrativo complejo, que finalmente desemboca en el acto pedido por el solicitante. La tasa no se paga porque así lo haya aceptado el contribuyente ni sobre la solicitud, sino sobre el acto administrativo o jurisdiccional en que desemboca el procedimiento que esa solicitud inicia. Así, en el caso del registro de una marca, del otorgamiento de una exención industrial, de la concesión de una paja de agua, de admisión a la Universidad, la tasa se paga sobre el acto administrativo correspondiente a cada uno de esos procedimientos porque así lo dispone y manda la ley, acto que es, respectivamente, el asiento de inscripción de la marca, la exención fiscal, la concesión de la paja registrada en el Servicio Nacional de Electricidad, el asiento de registro de admisión en el Departamento competente de la Universidad cada vez que recibe a un estudiante para un curso, etc., casos en los cuales la voluntad del ciudadano se ejerce únicamente al formular su solicitud y desaparece, para dar campo a un procedimiento administrativo regulado por la ley cuyos efectos finales dependen exclusivamente de ésta, uno entre ellos el nacimiento de la tasa a cargo del interesado promotor del expediente. (3)

Para demostrar esta tesis es imposible recurrir a ejemplos claros. Así, la tasa (timbres y papel sellado) sobre el proceso judicial se paga sobre todas las actuaciones en el mismo. Es evidente que en la mayoría de los casos (en todos menos en el de la justicia penal, que se inicia de oficio) el proceso se principia con una demanda, pero sus resultados, incluyendo el pago de la tasa respectiva, son independientes de la voluntad del actor y pueden llegar a serle desfavorables, en el caso de que pierda el juicio. El origen del proceso es voluntario, pero no el de los gastos y tasas judiciales, como tampoco lo es la sentencia dictada por el Juez. Y puede pensarse en que la actividad que origine la tasa pueda no ser rogada ni leve, sino impuesta de oficio y en perjuicio del contribuyente obligado, como

(3) Gian Antonio Micheli, *Apuntes Críticos sobre la Potestad de Imposición*, Rev. Colegio de Abogados N° 11, pág. 8: "lo que constituye el presupuesto de la tasa es el hecho en sí del ejercicio de una función estatal fundamental y entonces aquélla sería una prestación patrimonial ciertamente "querida" (en la mayor parte de los casos), pero el acto voluntario es asumido como hecho y, como tal, cual presupuesto del tributo". Recientemente otro ilustre autor, Massimo Severo Giannini, ha sostenido la misma tesis en su artículo "Canoni e Tasse di Concessioni Comunali", publicado en "Studi in Memoria di Guido Zanobini, tomo I, pág. 601, diciendo: "la tesis que sustentamos es la siguiente: que la tasa se debe individualizar solamente por su vinculación con la emanación de una resolución administrativa o jurisdiccional; en todos los otros casos el ingreso debe considerarse contraprestación pecuniaria".

en el caso del reo condenado a la pena y a las costas del juicio penal (caso de las llamadas tasas obligatorias).

Quienes argumentan contra este enfoque lo hacen con razones de indudable peso. El argumento básico consiste en demostrar que la tasa no puede ser objeto de obligación, o puede no serlo en varios casos distintos de los antes descritos. La tasa es, según este enfoque, un pago voluntario, generalmente previo al disfrute de un servicio público y no posterior, que es la condición de la prestación misma. No es una obligación impuesta, sino una carga voluntaria y libremente asumida frente al ente público en interés del propio usuario, no del Fisco; si el usuario no paga, nada pasa, salvo que el servicio no se presta. Podría pensarse incluso en la posibilidad de un contrato entre el ente creador y el contribuyente, en virtud del cual ambos convinieran en las prestaciones recíprocas de servicio y tasa, lo que de todos modos será más fiel enfoque de la realidad, según la tesis en examen, que el descrito por la doctrina anterior. (*) Según esta postura, es ello lo que ocurre con la mayoría de las tasas, cuyo típico ejemplo es la del servicio de correos y telégrafos, con muchos otros que podrían darse (uso de carreteras bajo tasa, obtención de visas y pasaportes, etc.).

Lo que se discute, como se ve, es si hay o no contrato que englobe la tasa, o mejor todavía, si hay o no imposición del Estado. La respuesta a la interrogante es decisiva, porque si hay contrato y no imposición, la obligación de pago no puede ser un tributo, sino la que suele llamarse un "ingreso privado" del Fisco, y a la inversa, con la decisiva consecuencia de que, según sea la respuesta, así será el régimen aplicable al ingreso correspondiente. Si el ingreso es público, en el sentido de tributario, se aplicará el régimen que describimos en el aparte B-2), y si es privado, por ser contractual o no coactivo, se aplicará otro régimen totalmente distinto: la ley no será necesaria para su creación, el *Código Tributario* no será aplicable y la jurisdicción que conocerá del asunto será la contenciosa ordinaria (no la especial a que se refiere el antecitado artículo 82 de la Ley 3667).

Que este es el grave sentido que tiene la polémica lo demuestra la confesión de Adrile Donato Giannini, verdadero fundador del derecho tributario italiano cuando dice:

(4) Antonio Berliri, *Principios de Derecho Tributario*, Vol. I, pág. 432: "La tasa es ante todo una prestación espontánea o la asunción espontánea de una obligación... Lo que caracteriza, por tanto, a la tasa y en mayor medida la diferencia y contrapone al impuesto —el cual, como vimos, es siempre una obligación coactivamente impuesta— es su espontaneidad. Tanto cuando consiste, (y esta es la hipótesis normal) en una prestación, como cuando consiste, en cambio (y es una hipótesis excepcional) en la asunción de una obligación, la tasa es siempre un acto espontáneo, un acto no debido". "El acto-demanda del inicio al procedimiento administrativo que culmina con la emanación de la providencia administrativa", afirma el autor Gian Antonio Micheli, *Apuntes Críticos sobre la Potestad de Imposición*, Revista Colegio de Abogados, N° 11, Separata, pág. 5.

"Lo cierto es que no existe, en mi opinión, un elemento material de diferenciación al que pueda atribuirse una influencia decisiva y constante sobre el carácter jurídico de las relaciones en cuestión (impuesto y tasa). Este carácter debe deducirse esencialmente del modo en que la relación aparezca legalmente disciplinada, teniendo en cuenta sobre todo su desenvolvimiento histórico. En consecuencia, cuando de conjunto de las normas positivas que regulan una determinada relación se desprende que ésta ha sido configurada con arreglo al esquema del contrato, la prestación del usuario tiene carácter privado; cuando, por el contrario, resulte que con arreglo a la regulación legal de la relación la fuente de las obligaciones de las partes deba reconducirse, no a la voluntad de éstas, sino directamente a la ley, la prestación del particular asume el carácter jurídico de tasa". (*Instituciones de Derecho Tributario*, pág. 59, op. cit.).

En cuanto a las tasas, la definición legal dada por el artículo 4 del *Código Tributario* tiene el peso decisivo de excluir todas aquellas prestaciones pecuniarias del ciudadano a cambio de un servicio que, según el análisis de cada caso, resulten no ser de origen imperativo, sino espontáneo o contractual. De lo que se induce el peso nulo que tiene tal norma, a la inversa, para acallar las polémicas en el derecho costarricense, donde habrá que seguir discutiendo el carácter tributario de cada contraprestación relativa a un servicio público, para establecer o negar ese carácter imperativo en el caso concreto. Depende de la regulación legal de cada prestación pecuniaria, según lo anticipó el mismo Giannini, el determinar si se trata de tasa o de precio (público o privado) de un servicio o función públicos.

b) *Inexistencia de coactividad e imperatividad en los recargos cambiarios.*

De conformidad con lo dicho, el dato decisivo para determinar si una prestación pecuniaria del ciudadano es tributo o no, ha de ser, en primer término, su carácter imperativo o contractual.

Es claro para mí que los recargos cambiarios son un precio público, paret de un contrato de compraventa de divisas, en el que figuran como integrantes del precio, y que, en consecuencia, no son tributos. Explico de inmediato la anterior conclusión.

Evidente, en primer término, que no se trata de impuestos. Hay aquí una actividad del Banco Central individualizada en relación con cada comprador de divisas, consistentes en el trámite de su solicitud y en la venta final de las mismas, que permite excluir la figura del impuesto, para aceptar —si de tributo se trata— la de la tasa, cuya definición doctrinaria en el derecho comparado y legal en Costa Rica incluye esa actividad individualizada en relación con el contribuyente como elemento esencial y distintivo.

No se puede objetar esta tesis invocando la similitud con el impuesto de ventas, o, en general, con todo impuesto incidente sobre

un presupuesto de hecho de origen voluntario. Esto ya fue explicado. La diferencia radical entre el impuesto de ventas y los recargos cambiarios está en que mientras aquél grava toda clase de ventas (y sobre todo las que se dan entre particulares) los recargos gravan sólo una clase y exclusivamente ésta, que son las ventas de divisas del Banco Central para los importadores. Es decir, para resumir, el recargo grava no cualquier venta, sino la que sirve de medio para la prestación de un servicio público por parte del Banco Central, lo que desplaza el problema claramente al campo de la tasa, sustrayéndolo a la figura del impuesto.

Es posible aceptar la idea de un impuesto que pese también sobre la prestación del servicio público (como ocurre en Costa Rica con la inscripción de una marca, que paga tasa de inscripción e impuesto fijo sobre la riqueza que hace presumir la propiedad de una marca), pero en ese caso hay doble cobro; si sólo hubiere uno, debería presumirse su carácter de tasa, más que de impuesto, salvo que hubiera expresión de la ley en contrario.⁽⁵⁾ El dilema entre impuesto y tasa es fácilmente despejable en este caso, como se verá, porque tampoco hay tasa, dado que hay contrato y no acto de imposición.

Es claro, reafirmamos, que aquí no hay tributo y mucho menos impuesto.

No ignoramos el argumento en contrario —ya levantado por muy autorizadas voces previas— de que se trata de un impuesto porque incide directamente sobre los precios del dólar o, en su caso, de las mercaderías importadas. Es evidente que ello es así desde un punto de vista económico y que, desde ese ángulo, los recargos equivalen a un impuesto *ad valorem* por su monto sobre las importaciones. Como no es este nuestro campo y para evitar errores, nos limitamos a transcribir un párrafo muy ilustrativo de una autoridad en la materia, J. E. Meade, de la Universidad de Londres, quien lo explica así:

“La autoridad contralora sobre los cambios puede utilizar su poder monopolítico en forma diferente. Puede no funcionar sobre la base de una tasa oficial y única de cambio. En este caso cobra un precio por la moneda de A (dólar) en términos de la moneda de B (Costa Rica: C. R.) cuando la primera es requerida para ciertos propósitos y otro distinto cuando es requerida para fines diversos. Demos un ejemplo sencillo. Supongamos que toda moneda extranjera (dólares) que reciben los habitantes de B (C. R.) por sus exportaciones de cuatro dólares por una libra. Supongamos, además, que para las necesidades de importación de mercaderías de A (trigo) la autoridad contralora de B accede a vender dólares a los importadores de B al mismo tipo dicho, cuatro dólares por libra.

(5) Ejemplos de Impuestos Aplicados también a prestaciones de servicio se dan en Achile Donato Giannini, *Instituciones*, op. cit., pág. 53 y el Massimo Severo Giannini, *Canonie Tasse*, Op. cit., pág. 602.

Pero supongamos que para todas las importaciones de lujo A (automóviles) la autoridad contralora de B accede a vender dólares a los importadores de B únicamente al precio más alto en términos de libras, de modo que los importadores sólo obtienen tres dólares por una libra para la importación de automotores. Un esquema de este tipo es equivalente, de hecho, a la posición de un impuesto del 33½% *ad valorem* sobre la importación de automotores en B (C. R.). Se alcanzaría esencialmente el mismo resultado si todas las compras y ventas de dólares por la autoridad contralora de B fueran realizadas al tipo simple de cambio de cuatro dólares por libra, mientras que se impusiera un impuesto *ad valorem* del 33% sobre la importación de vehículos. (*The Theory of International Economic Policy*, Vol. I, The Balance of Payments, pág. 269 y sts.)”

La explicación siguiente es amplia y convincente.

El punto de vista es apoyado por otras autoridades en la materia.⁽⁵⁾

Creemos que la cita es perfectamente clara —cuidadosamente leída— y que explica con igual cabalidad el punto de vista estrictamente económico sobre el asunto. Desde este ángulo lo que importa es medir la incidencia sobre los cambios internacionales y la circulación de las divisas que tiene la medida adoptada por la autoridad contralora. Si el recargo y el impuesto detraen o inyectan la misma cantidad de divisas en el mercado internacional, se trata de lo mismo, aunque el mecanismo sea diferente. Este no importa, sino el resultado monetario final.

Podría decirse que, desde un ángulo jurídico, la economía luce como la ciencia de los resultados, mediante el empleo mejor posible de los medios disponibles. En tanto se logre el resultado, la naturaleza de los medios importa poco.

El derecho es una ciencia de valores y tanto como los fines importa la naturaleza de los medios empleados, desde el punto de vista de esos valores. En el derecho público el gran dilema está en conciliar la autoridad con la libertad, la imposición con el contrato. Si una autoridad monetaria puede lograr igualmente un resultado A mediante el empleo de los medios B y C, pero B es un acto de imposición y C un acto de mutuo entendimiento, la situación es totalmente distinta para el derecho en uno y otro caso, la naturaleza jurídica del medio empleado en cada uno será también diversa, y profundamente extraños uno a otro los correspondientes regímenes legales. Que el resultado económico sea el mismo importa poco, porque lo que importa es preservar la libertad, antes que garantizar el resultado.

Es cierto que adquirir una propiedad para el Estado en virtud de compraventa tiene igual efecto traslativo que expropiarla, pero la

(5) Ejemplos de Impuestos aplicados también a prestaciones de servicio se dan en Achile Donato Giannini, *Instituciones*, op. cit., pág. 53 y Massimo Severo Giannini, *Canonie e Tasse*, op. cit., pág. 602.

naturaleza y el régimen legal de una compraventa son totalmente distintos a los de una expropiación, y con sobrado fundamento, porque una es un contrato y la otra es un típico acto de imperio, lesivo de la libertad. Dicho sea para aclarar mi breve opinión siguiente.

El ilustre economista citado reconoce la equivalencia entre recargo cambiario (o tipo múltiple de cambio) e impuesto *ad valorem* sobre las importaciones por igual monto, pero al hacerlo reconoce la diferente entidad y naturaleza de una y otra cosa: son equivalentes, pero distintas. En el caso concreto es perfectamente posible demostrar que el recargo es, como se dijo, un precio y no un impuesto, ni aún siquiera una tasa. Se trata, en efecto, de una prestación contractual. No hay que esforzarse mucho para probarlo. El mecanismo de suministro de las divisas decretado por el Banco Central lo indica claramente.

i.—*La terminología*: el reglamento emplea constante y consecuentemente la palabra venta y precio, típicas de la compraventa como contrato.

ii.—*El procedimiento conducente al recargo*: inexistencia de la obligación de comprar divisas.

El decreto del Banco lo regula todo en forma tal que el importador nunca llega a contraer la obligación de pagar el recargo. Si para que haya tributo tiene que haber obligación de pago del mismo, resulta imposible que lo haya cuando nunca surge obligación de pago de ninguna especie, anterior a la compra de las divisas. Basta analizar el decreto para demostrarlo a plenitud.

El particular, en primer término, tiene la opción de comprar las divisas en el mercado libre. No tiene que hacerlo en el oficial.

El particular solicita la autorización para “comprar” divisas en el mercado oficial y el solo hecho de formular en tales términos su petición implica que, si no quiere, nadie lo obligará a comprar.

El Banco, comprobada la regularidad de la documentación, autoriza la compra de divisas oficiales y es unánime en doctrina la opinión de que la autorización, como acto administrativo, produce el derecho a contratar, no el deber de hacerlo. (6)

Si el importador quedara obligado después a pagar el recargo, sería evidente que se trataría de una tasa fundada en la precedente autorización, pero no hay la menor duda de que ello no es así.

El importador, en efecto, puede dejar caducar su derecho a la compra si dentro de los dos meses posteriores al arribo de la mercancía no presenta su solicitud con la documentación en regla, lo que depende enteramente de su voluntad.

(6) Enrique Sayagués Laso *Tratado de Derecho Administrativo*, tomo I, págs. 414 y 415: “La autorización puede definirse como el acto de la administración que habilita a una persona física o jurídica, privada o pública, para ejercer un poder jurídico o derecho preexistente...” “como simplemente habilita para realizar un acto o hecho o a ejercer un derecho, el interesado queda en libertad de decidir si lo realizará o no; el otorgamiento de la autorización no le obliga a ejecutar lo autorizado”.

Todavía más: el único obligado a algo dentro de este procedimiento administrativo es el Banco frente al importador, después de haberle dado la autorización, momento a partir del cual el importador adquiere el derecho —según un riguroso orden de presentación— de exigir esa venta si así lo quiere.

iii.—*El contrato administrativo de compraventa*.

El recargo no se debe, entonces, sino en el momento de la venta y como parte de la misma, nunca antes, ni sobre la base de ningún acto administrativo, ni con independencia de la voluntad del importador, por obra de una imposición legislativa o de otra emanada del Banco Central, sino, todo lo contrario, en función exclusivamente de la voluntad y el interés del importador.

Todo esto nace de un hecho patente e innegable: los recargos cambiarios son una medida de estabilización monetaria cuyo fin es desalentar la compra de divisas, encareciéndola; es concorde con ese fin y representa su plena realización, el que no haya cobro de recargos cambiarios, a condición de que tampoco haya compra de divisas. Esta función explica la conclusión del procedimiento, típicamente contractual: el Banco no cobra el recargo sino cuando le es inevitable hacerlo, porque el importador se lo impone exigiendo su derecho a la compra recargada.

El importador decide comprar y, entonces, al momento de la venta y sobre la facturación de la misma, se calcula el recargo. El recargo nace con la venta, se cobra con ella y se hace jugar como un sobreprecio, necesariamente dependiente del precio y de la compraventa de que forma parte. La solución contractual es lógica puesto que, como se dijo, no sólo no hay voluntad del Banco ni de la ley en imponer la operación sino que, al contrario, ésta se da contra el interés institucional de ambos en que se venda la cantidad menor posible de divisas, aunque no se cobre un cinco de recargos.

No hay imposición ni tributo, sino pura y simplemente un contrato de compraventa de divisas, con un precio compuesto por una base y un sobreprecio político con fin de estabilización monetaria.

iv.—*El ingreso de Derecho Público*.

El carácter del contrato y del respectivo ingreso están claros también para este dictamen. No se trata de un ingreso tributario, porque no es imperativo, pero sí de una entrada de derecho público, por ser esa compraventa un contrato típicamente administrativo y no privado, regido por principios y reglas totalmente distintas de las que rigen la compraventa civil o mercantil común.

Se trata, en primer término, de una venta que sirve de medio para que el Estado cumpla una función esencial e inherente a su soberanía (para emplear la añeja terminología del *Código Tributario*, cual es la de estabilizar la moneda en los cambios internacionales. Y se da en tales condiciones en los cambios internacionales. Y se da en tales condiciones que esa función soberana queda vivamente reflejada sobre el contrato.

El contrato es obligatorio para el Banco, aunque libre para el importador.

La venta es a precio regulado por el Banco y su producto para éste, como se verá de inmediato, queda inmovilizado por disposición de ley (artículo 61 de la Ley Orgánica del Banco Central), convirtiéndose en indisponible.

El precio de la venta puede variar unilateralmente, si el Banco usa de la potestad que el decreto le da de variar la clasificación de la mercadería por lista en cualquier momento, abaratando o encareciendo por sí el recargo cambiario aplicable y el precio a cobrar, todo lo cual indica que, además, es una venta que sólo puede referirse a las mercaderías enlistadas.

El contrato es uno de compraventa claramente administrativo y regido por normas y reglas de derecho público, distintas del Código Civil y Mercantil, con obvios privilegios de maniobra a favor del Banco en cumplimiento de su función estabilizadora.

Se trata, pese a ello, de un contrato, y ya hoy existe unánime consenso sobre el hecho de que éste es posible en el ámbito del derecho administrativo tanto como en el del derecho civil o mercantil, siempre que el Estado decida coordinar su conducta con la del particular, en lugar de hacer uso de sus potestades de imposición, siempre que decida —como en el caso— contratar la venta de divisas con recargos cambiarios, en lugar de crear legislativamente un impuesto *ad valorem*.⁽⁷⁾

La existencia de una desigualdad jurídica contractual entre el Estado o ente público y el particular cocontratante no es obstáculo para la existencia del contrato de derecho público, siempre que al

(7) Son innumerables las citas que podría hacer de la aceptación del contrato administrativo como un contrato (que supone libre concurso de voluntades para su formación) con cláusulas distintas de las usuales en los contratos privados, llamadas "exorbitantes", en cuya virtud el Estado o ente público puede usar de poderes unilaterales y lesivos del particular co-contratante, que, después de contratar, queda subordinado a la Administración y pierde su posición de igualdad. Nuestra jurisprudencia lo reconoce con alcance limitado a las concesiones administrativas (Casación N° 105 de 15 horas del 26 de octubre de 1960), pero la doctrina es universal y la jurisprudencia citada (relativa a contratos leyes) ha sido fuertemente criticada en Costa Rica como fuente de problemas nacionales para el interés público, justamente por su limitado alcance. Para desvanecer cualquier equívoco entre la tesis que se sostiene y un enfoque socialista del problema transcrito, transcribo cita de un fallo histórico de la Corte Suprema de Justicia de los EE.U.U., insospechable al respecto: "la absoluta libertad de contratar y de fijar el precio de las cosas o servicios, existe solamente cuando la propiedad o la actividad personal se hallan dedicadas a objetos puramente privados. Cuando los usos son públicos... el propietario o concesionario se encuentra sometido por el carácter de la dedicación de su actividad y por la naturaleza misma del favor que le ha sido otorgado, a un contralor especial por parte de la autoridad administrativa, contralor que comprende también el punto relativo al precio o tarifa compensatoria del servicio que está encargado de prestar" (citado por M. Angel Bercaitz, *Teoría General de los Contratos Administrativos*, pág. 201).

mismo haya llegado el ciudadano, o la compañía privada en pleno uso de su libertad psicológica de contratación. La coacción de hecho que implica el monopolio virtual del mercado de divisas en favor del Banco Central no puede ser jurídicamente relevante, como no lo es la necesidad imperiosa de salario para el trabajador necesitado frente a la empresa o el cartel industrial, siempre que no haya violencia en su contra.

No puede negarse el carácter formalista del derecho, desde este ángulo. Es, sin embargo, el medio único de conciliar la libertad con la autoridad en un ordenamiento libre pero sujeto a un Estado intervencionista, en el que es libre aquello que el ordenamiento de ese Estado supone tal en la ley, aunque efectiva y realmente no lo sea. La única solución a tal formalismo intervencionista es el cambio del contenido material del ordenamiento mediante la instauración de una nueva ideología liberal en el gobierno, con el inevitable resultado de que, por esa vía, serán los intervencionistas quienes ataquen el formalismo lesivo desde su punto de vista opuesto. La coacción económica, social o institucional que no está prohibida está jurídicamente permitida.

La estabilización de la moneda y la existencia misma de una banca central implican una ideología intervencionista en lo político y en lo económico. Mientras ello sea así parece inevitable reconocer el carácter no tributario de muchas de las medidas que dicta el Banco Central, propias de una política de estabilización monetaria y totalmente extrañas a lo fiscal.

Lo que nos lleva el examen de la finalidad de los recargos cambiarios.

c) La finalidad de los recargos cambiarios.

No creemos que sea necesario explicar largamente cuál es esa finalidad: los supuestos de hecho en que se basan constan en el decreto que los creó y consisten en una desfavorable balanza de pagos y en una acelerada disminución de las reservas internacionales del país. La finalidad de los recargos es disminuir las importaciones encareciendo las divisas, y por ahí, aflojar la presión del colón sobre el dólar en el comercio internacional de Costa Rica.

El efecto esperado es disminuir el circulante y aumentar la reserva internacional, estabilizando la moneda y el índice de precios del país.

Función de tal naturaleza no puede ser fiscal, porque habría insalvable contradicción con los supuestos en que se funda la medida.

Lo tributario va indisolublemente unido a lo fiscal, no en cuanto sólo sea admisible un tributo a fin fiscal, sino en cuanto ese fin tiene que ser, al menos, uno entre los de la medida tributaria, aunque no sea siquiera el más importante.⁽⁸⁾ Es evidente que el im-

(8) Gian Antonio Micheli, *Corso di Diritto Tributario*, pág. 60: "En la noción de tributo se ubica en primera línea la correlación institucional entre gastos

puesto es hoy el medio principal de instrumentar la política de los estados intervencionistas con pretensiones de crear una mejor distribución del ingreso y de la riqueza. Pero pese a ese fin político y extrafiscal, el impuesto, para serlo, tiene que estar tomado en cuenta en el presupuesto del respectivo Estado como soporte de sus gastos o de los de sus entes. Caso opuesto, no es impuesto sino cosa diversa.

Esto no es doctrina en Costa Rica. La finalidad del tributo está incorporada a su definición legal en el artículo 4 del *Código Tributario*, como ya se vio, y en tal noción ese Código tiene el apoyo de la mejor doctrina.

Es, pues, perfectamente correcto decir que para que un tributo sea tal tiene que ir dirigido a suplir los gastos de administración y funcionamiento del Estado, o del ente de servicio, en el caso de las tasas, lo que, respecto de éstas, se halla expresamente "enfaticado" por el antedicho Código al definir las, prohibiendo que las mismas puedan tener otro destino.

Los recargos cambiarios no pueden ser tributo, entonces, porque su finalidad es de estabilización de la moneda y no de creación de rentas en beneficio del Banco Central ni de ningún otro ente público. Si así no fuera se frustraría la finalidad estabilizadora que persiguen, dado que la afectación de ese ingreso al gasto público en cualquier zona o sector administrativo implicaría necesariamente, así como inevitablemente, una nueva emisión de dinero, por igual monto, de parte del Banco Central, con aumento del circulante y de la oferta de colones en relación con los dólares en el mercado internacional, que sería exactamente lo contrario de lo querido y anunciado.

Y se hace necesario aquí repetir la distinción que debe hacerse jurídicamente entre fin institucional de un ingreso público y empleo final del mismo.

Dijimos y creemos haber demostrado ya que una cosa es el fin de la multa, que es un ingreso público, y otro el empleo de su producto. El fin va necesariamente condicionado por su antecedente, que es el delito, y sólo puede ser la sanción penal del delincuente; el empleo es la afectación de su producto a las Juntas de Educación o al ente público que indique la ley. Ese empleo, repetimos, no puede convertir en tributo lo que es una pena, como no puede convertir en impuesto o tasa lo que es una medida de estabilización monetaria.

El antecedente factual de los recargos es siempre un juego de hechos como el invocado por el decreto que los estableció, escasez

y contribuciones pecuniarias a los gastos, a cargo de todos los que están sujetos a la soberanía del Estado".

Y en *Apuntes*, op. cit., pág. 34 y 35, agrega aclarando:

"la necesidad de que los ingresos sirvan para sostener los gastos y la noción de capacidad contributiva no excluyen, en mi criterio, que la prestación coactiva conformada según el esquema del tributo pueda servir para la consecución de otras finalidades económicas, políticas y sociales".

de divisas y exceso de importaciones. Se trata de un fenómeno estudiado abundantemente por la doctrina económica, aunque casi nada por la jurídica, que afecta directamente la convertibilidad de la moneda y que imprime necesariamente a cualquier medida que se adopte para conjurarlo o mitigarlo igual naturaleza monetaria y cambiaria. Es nuestra opinión que esos recargos no llegarían a ser impuesto ni tasa ni aún en el supuesto de que una nueva ley los destinara al gasto público, porque esa ley afectaría su destino o empleo, no su función institucional, que seguirá siendo extrafiscal mientras existan en la realidad los fenómenos monetarios que nominalmente tiende a ordenar. Se trataría evidentemente de una ley equivocada y contradictoria, que desvirtuaría parcialmente el resultado práctico que los recargos tratan de lograr, pero incapaz de desnaturalizar su función, que depende enteramente del motivo del acto y no de la suerte que sufra el producto económico de su ejecución.

Pero esto nos lleva directamente a indagar sobre el hecho curioso de que siempre haya sido necesaria una ley para destinar al gasto público las utilidades o excedentes originados en los recargos cambiarios.

La razón es clara: la función de los recargos supone que esos excedentes no pueden tener destino ni uso alguno, son pena de contradicción con su propio origen. De conformidad con ello, el artículo 11 de la Ley Orgánica del Banco impone la formación, antes de la determinación de las utilidades, de una reserva para las fluctuaciones de cambios y cualesquiera otros fines similares, con lo que claramente indica que los excedentes provenientes de tales fluctuaciones, no son utilidades sino capitalización anterior a éstas. ¿Qué destino tiene esa reserva?

El artículo 14 *ibidem* contiene una disposición referida al destino de los ingresos por concepto de modificaciones a la paridad legal de la moneda, que es claramente aplicable por analogía al caso de los recargos cambiarios: esa norma dispone que sólo pueden emplearse aquellos excedentes para la formación de una Reserva o Cuenta de Revaluaciones Monetarias, con el fin de enjugar las ganancias y pérdidas de esa función.

Todo ello quiere decir que el ingreso por concepto de recargos sólo puede ser destinado a un fin específico y único, que es la formación de una cuenta cuyo destino es el regular la oferta y demanda de circulante, mediante la emisión de la correspondiente reserva.

No se trata de cubrir gastos de la Institución sino de ordenar su función externa de emisión y estabilización de la moneda. Es decir, no se trata de ingreso, sino de una forma de emisión estabilizadora.

La tradición institucional es más drástica. Siempre que se ha querido dar un destino cualquiera a los excedentes provenientes de recargos cambiarios, se ha efectuado la afectación y erogación mediante una nueva ley (la última de las cuales fue la N° 1460 de 21 de junio de 1952).

Todo ello confirma lo dicho primeramente: el recargo cambiario no puede ser tributo por su función institucional, que es la estabilización de la moneda, nunca la cobertura de gastos del Banco ni de ningún otro ente público.

B-4) Conclusión: la naturaleza no tributaria del recargo cambiario.

De conformidad con lo anterior el recargo no es ni imperativo ni ordenado hacia un fin fiscal, de financiación de gastos del Banco Central o de cualquier otro ente público.

El recargo cambiario no puede reputarse tributo, ni impuesto, ni tasa.

Se trata de un precio público o político, dado por el Banco Central a la venta de sus dólares al importador, que no afecta directamente la paridad monetaria del colón y cuya única función es de estabilización de la moneda.

C).—La competencia del Banco para crear los recargos.

C.)—La competencia legal para establecer recargos cambiarios.

a) La competencia desde un punto de vista técnico.

El Banco ha invocado expresamente el párrafo segundo del artículo 97 (y la reforma legal correspondiente) para fundamentar jurídicamente el decreto creador de los recargos cambiarios, como puede leerse de la exposición de motivos.

Cabe preguntar si tal medida encaja o no, puede considerarse autorizada o no, con la potestad de "dictar controles cuantitativos y cualitativos a las importaciones".

No somos economistas y en este aspecto la doctrina jurídica es particularmente pobre, por contraste con la económica, que abunda sobre el tema. Pero podemos manifestar que en materia técnica como ésta el derecho público toma la realidad y los conceptos pertenecientes a otras disciplinas tal y como se dan en éstas, mientras no haya un principio propio que impida hacerlo, como no parece haberlo en este caso. Y dentro de la teoría económica podemos decir no sólo que la distinción es irrelevante, sino, además, que uno de los típicos controles cualitativos parece ser el de los recargos, que suele llamarse en jerga económica sistema de cambios múltiples.

La conclusión dicha parece perfectamente lógica. Cualidad y cantidad son formas de ser de la realidad en toda su dimensión, verdaderas categorías lógicas u ontológicas a las que no escapa ningún ser. Lo que no es cuantitativo es cualitativo y a la inversa, pues entre ambos conceptos se reparte toda la realidad. Desde este ángulo es inevitable que una norma redactada con tal amplitud abarque y autorice, en abstracto y sin más limitación, todo tipo posible de control sobre las importaciones, sea cual fuere su naturaleza, efecto, contenido o finalidad. Los recargos cambiarios son un control sobre las impor-

taciones necesariamente autorizado al Banco, pues si no son control cuantitativo tendrán que ser cualitativo y a la inversa.

El punto nos parece poco importante, desde otro punto de vista. Todo control sobre las importaciones es necesariamente cualitativo, pues inevitablemente se basa en una clasificación de las mercaderías como esenciales, necesarias o superfluas, distinción que es totalmente cualitativa. Los llamados controles cuantitativos —como las cuotas de importación— no son tales, sino mecanismos de aplicación de una decisión previa que implica un control cualitativo según esa jerarquía de mayor o menor importancia para el consumo. El control no está tanto en la cuota, como en la valoración que sirve para establecerla, necesariamente cualitativa. Así, si los automotores se reputan superfluos, la cuota de importación tendrá la apariencia de un control cuantitativo, pero será en el fondo un control determinado por una valoración de calidad (superflua) y esto último es lo que importa. A esta luz parece claro que una cuota —que sí se acepta incluida en los controles cuantitativos— es más restrictiva que el recargo cambiario desde un punto de vista cualitativo, pues garantiza mucho más rígidamente la jerarquía de consumos creada por la autoridad de control, después de alcanzada la cuota. El recargo, en cambio, permite el juego de la oferta y la demanda del producto, aunque encareciéndolo.

Es claro, en mi concepto, que la redacción del párrafo segundo del artículo 97 es omnicompreensiva y autoriza la totalidad de los controles posibles sobre las importaciones. (9)

Ello dicho, conviene examinar, desde otros puntos de vista más propiamente jurídicos, el artículo 97 párrafo segundo, el decreto de los recargos y las relaciones de ambos entre sí y con el resto del ordenamiento.

b) La ilegitimidad del reglamento dictado para fijar los recargos cambiarios.

1.—La competencia reglamentaria del Banco Central.

El artículo 97 párrafo segundo termina disponiendo que el Banco "preparará la reglamentación correspondiente". El Banco ha llamado reglamentos a los decretos que ha emitido con motivo de la

(9) En doctrina económica abunda el tratamiento de los recargos cambiarios, bajo el nombre de "tipos múltiples de cambio": Irving Friedman "Foreign Exchange Control and Evolution of International Payments Systems", pág. 34: "El efecto de varias casas (de cambio) es visto frecuentemente como igual al efecto bien de los subsidios, bien de los impuestos. No tenemos nada que decir en contra de este enfoque, sino sólo que no ayuda mucho para comprender por qué se han introducido cambios múltiples, los resultados que se quieren obtener, la bondad de su preservación ni tampoco lo que pasará si se eliminan, caso de que así se considere conveniente... Al permitir diferentes tasas para importaciones los sistemas de cambios múltiples reducen automáticamente la presión sobre las importaciones desfavorecidas con los tipos más altos o tipos punitivos. Esto hace más fácil administrar un sistema de asignaciones discriminadas de divisas".

crisis cambiaria, uno entre ellos que ahora nos ocupa. Se trata de un enfoque correcto, pues el reglamento no es otra cosa que "el acto unilateral de la Administración que crea normas jurídicas generales" (Sayagués Laso, op. cit., tomo I, pág. 120).

Es claro que el Banco forma parte de la Administración Pública descentralizada, pues es una institución autónoma.

Es claro también que el decreto de recargos y los que lo precedieron son verdaderas normas. Aunque se han dictado por tiempo determinado y para resolver una crisis concreta y bien enmarcada en sus orígenes y probable evolución, esos decretos del Banco se orientan más bien a regular, mientras dure esa crisis, cómo han de distribuirse y venderse las divisas, con independencia de casos o personas concretas. No desaparecen, en consecuencia, con su aplicación, sino que más bien confirman su vigencia y continúan rigiendo para el futuro los casos iguales que se presenten, exactamente como lo hace una ley. En ese sentido puede decirse que el decreto de recargos cambiarios es una norma dictada por el Banco Central y, por consiguiente, un reglamento administrativo. El lenguaje utilizado por la ley y por el Banco coinciden con la realidad jurídica.

2.—La violación del artículo 7 de la Constitución y del artículo 104 de la Ley Orgánica.

El Convenio con el Fondo Monetario Internacional (llamado de Bretton Woods) fue firmado por el Poder Ejecutivo el 22 de julio de 1944 y aprobado por el Legislativo mediante Ley N° 55 de 24 de diciembre de 1945, con lo que dicho convenio internacional entró en plena vigencia y se hizo obligatorio desde ese entonces para Costa Rica.

El artículo IV de dicho Convenio, titulado "Paridad de las Monedas", dispone en su Sección Tercera:

Recopilación y sistematización de antecedentes en derecho económico. Materiales de Enseñanza, Departamento de Derecho Económico de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Concepción de Chile, tomo III. Comercio Exterior y tributación fiscal externa: "Se entiende por tipo de cambio único el hecho de que una misma moneda extranjera tenga, en un momento dado, un mismo valor, cualquiera que sea su origen o su destino"... "Por el contrario, se conoce con el nombre de tipo de cambio múltiple aquel en que el valor de la divisa varía o es diferente atendido el origen o el destino de la misma" (Pág. 1159). "Un tipo de cambio único implicaría que cualquiera que fuera la mercadería a importar, el valor de las divisas sería el mismo. Un tipo de cambio múltiple, en cambio, significará que las divisas destinadas a adquirir artículos esenciales y de primera necesidad sería más bajo que el destinado a mercaderías necesarias, y esté más bajo que el destinado a mercaderías suntuarias". (págs. 1159 y 1160).

La obra de MEADE, ya citada, es de extraordinaria utilidad y claridad para comprender los controles sobre los cambios y muestra igualmente clara aceptación de los recargos cambiarios, bajo el nombre de "tasas múltiples de cambio", como típicas formas de control cualitativo, especialmente págs. 268 a 272 y 163 a 170.

"Transacciones en divisas basadas en la paridad. Los tipos máximo y mínimo para las transacciones cambiarias entre monedas de los países miembros, que tengan lugar dentro de sus territorios, no diferirán de la paridad:

i) en el caso de transacciones cambiarias *spot*, en más del uno por ciento; y

ii) en el caso de otras transacciones cambiarias, en un margen que exceda del fijado para transacciones cambiarias *spot* en más de lo que el Fondo juzgue razonable".

A efecto de controlar la observancia estricta de dicha regla el artículo VIII del mismo Convenio, bajo nueva vigencia está Costa Rica afiliada ahora al Fondo referido, dispone:

Artículo VIII. Sección Segunda. a):

"ningún país miembro impondrá, SIN LA APROBACION DEL FONDO, restricciones a los pagos ni a las transferencias por transacciones internacionales corrientes".

Esto queda reforzado, en punto a eliminación de restricciones cambiarias, por la prohibición contenida en la Sección 3 del mismo Artículo VIII, que dispone:

"Ningún país miembro participará ni permitirá que ninguno de sus organismos fiscales mencionados en la Sección I del Artículo V participe en prácticas monetarias discriminatorias ni empleará prácticas de tipo de cambio múltiples, salvo en aquellos casos autorizados por este Convenio o que el Fondo apruebe".

Deriva de tales normas el artículo 104 de la Ley Orgánica del Banco Central, que dispone en su párrafo primero:

"Artículo 104.—Los tipos de compra y de venta que regirán para las operaciones en divisas del Banco Central y de los bancos autorizados por la Junta, serán fijados por ésta. Los tipos de compra y de venta de giros y letras a la vista no podrán diferir en más del 1%, respectivamente, de las paridades legales correspondientes".

En efecto: la fluctuación hasta el 1% sobre la paridad oficial en los precios de las divisas vendidas por el Banco equivale y se ajusta a lo permitido por el artículo IV, párrafo i) del antecitado Convenio, como fácilmente se desprende de un cotejo entre ambos textos. Es evidente la contradicción entre los recargos fijados y las normas anteriores, por ser superiores aquéllos al 1% máximo de fluctuación permitida en los cambios respecto de la paridad oficial.⁽¹⁰⁾

(10) Esta interpretación es clara y corroborada por la poca literatura existente en la materia, así como por la reiterada negativa del Fondo a aceptar o aprobar fluctuaciones excesivas de ese tipo. Dice la obra colectiva sobre Derecho Económico de la Universidad de Chile, citada en la nota anterior (N° 9): "Como se hiciera presente, la existencia de un sistema de cambios múltiples,

Esta paridad está fijada en el artículo 2 de la Ley de la Moneda y representa ciento cincuenta y ocho mil doscientos sesenta y siete millonésimas de gramo de oro fino, lo que equivale a ₡ 6.62 por dólar.

Los recargos del 15% y del 30%, para alcanzar tipos cambiarios de ₡ 7.65 y de ₡ 8.67 exceden en más de un 1% del ₡ 6.62 referido.

La contradicción revela una violación grave de los artículos IV y VIII, en sus secciones y párrafos indicados, del Convenio Internacional con el Fondo Monetario, dado que no se ha obtenido en el caso la aprobación del mismo para llevar a cabo la variación en el tipo de cambio.

Las violaciones del Convenio Internacional por el decreto son dos en realidad:

i) Se ha decretado un cambio múltiple que excede del 1% (sobre la paridad oficial del colón) permitido por el Convenio referido, sin obtener aprobación del Banco;

ii) Se ha sustituido la aprobación del Fondo Monetario por la del Consejo de Gobierno, según expresa confesión del decreto en examen, que dice:

“Se dispuso asimismo someter al Consejo de Gobierno el presente acuerdo en cumplimiento de lo que al efecto dispone la Ley, *el cual se considerará firme una vez que ese Alto Poder le da su aprobación, en cuyo caso entrará en vigencia el 12 de julio de 1971*”.

Con violar el tratado y disponer contra su texto, dándole vigencia al tipo múltiple de cambio sin la necesaria aprobación del Fondo, se ha violado el artículo 7 de la Constitución Política, que dispone:

“Artículo 7.—Los tratados públicos, *los convenios internacionales* y los concordatos, debidamente aprobados por la Asamblea Legislativa, tendrán desde su promulgación o desde el día que ellos designen, *autoridad superior a las leyes*”.

atenta contra la idea de una paridad fija en los cambios internacionales, propiciada por el Fondo Monetario Internacional. Es interesante consignar la opinión del Fondo a través de las palabras de su personero Woodley, John (*Finanzas y Desarrollo*, Vol. 3, N° 2, 1966, pág. 136): “Ha habido casos en que el Fondo no ha formulado objeciones a una propuesta para implantar un sistema sencillo de tipos de cambio múltiples, porque efectivamente el país no se encontraba en aptitud para implantar un solo tipo de cambio valedero. Pero el Fondo ha encontrado que en casi todos los países los tipos múltiples crean más tarde o más temprano, tantos problemas como los que resuelven y que aún aquellas soluciones que parecen logradas, raras veces perduran. La finalidad que se persigue de que se establezca un tipo de cambio único que proporcione el incentivo de un precio uniforme para las transacciones de exportación e importación continúa siendo vital, tanto para el país de que se trate como para la comunidad internacional”. (Op. cit. pág. 1165).

Si la ley es superior al Reglamento y el tratado superior a la ley, innecesario resulta concluir en que este último también es superior al reglamento. La violación de un tratado por un reglamento hace incurrir a éste no sólo en la ilegalidad común, consistente en quebrantar un precepto de superior jerarquía como el tratado, sino en la violación máxima, que es la de violar la Constitución y concretamente el artículo 7 de la misma.

Pero esto no es todo, como bien se comprende.

El decreto examinado del Banco Central viola no sólo el convenio internacional referido, sino también, como se dijo, el artículo 104 de la Ley Orgánica antecitada, al disponer una variación en los precios o tipos de cambio de las divisas que excede el límite máximo para tales fluctuaciones que esa norma autoriza.

Ahora bien: el reglamento está supeditado no sólo al tratado, sino también a la ley, para demostrar lo cual sobran citas.

La contradicción es evidente entre ambas reglas y por ahí la ilegalidad —y no sólo la inconstitucionalidad— del referido reglamento bancario es bastante clara. La nulidad consiguiente es absoluta e insubsanable, como siempre que hay un conflicto entre normas de diversa jerarquía. El vicio que padece una norma cuando viola otra es, en efecto, de la máxima gravedad, porque se disemina y propaga en todos sus actos de aplicación. (11)

Ello no obstante, podría pensarse —y tal es la posición de algunos servidores del Banco— que el artículo 104 está en suspenso y sin aplicación actual, en razón de la emergencia que prevé el párrafo segundo del artículo 97. Se trataría, según ello, de un reglamento con capacidad para dejar en suspenso o sin aplicación una ley, lo que es desconocido en nuestro sistema y amerita párrafo aparte. Pero desde ahora podemos alcanzar la siguiente conclusión: el reglamento bancario es ilegal siempre y en todo caso, pues o bien estaba vigente el artículo 104 y lo violó, o bien no lo estaba y entonces ese reglamento está fundado en una ley inconstitucional, el artículo 97, párrafo segundo, que otorga a un reglamento la posibilidad de aplicarse como si dejara sin efecto una ley, lo que está prohibido en nuestro sistema.

3.—La inconstitucionalidad del artículo 97, párrafo segundo. Planteo.

Todo lo dicho revela que muchos de los vicios del reglamento bancario derivan del artículo 97, párrafo segundo de la Ley Orgánica del Banco Central, como pasamos a demostrarlo.

(11) Eduardo García de Enterría, *Legislación Delegada, Potestad Reglamentaria y Control Judicial*, pág. 12: “La consecuencia de la inaplicación de los Reglamentos ilegales encuentra una expresión técnica suficiente en una calificación sumamente simple: los Reglamentos ilegales son nulos de pleno derecho... Esta nulidad radical de los Reglamentos ilegales es una simple consecuencia de la prevalencia de la Ley violada por los mismos respecto de sus propios pronunciamientos, que hace por fuerza a éstos totalmente ineficaces”.

El artículo 97, párrafo segundo, consagra, en el decreto, la posibilidad de que el Banco prepare un reglamento que imponga los controles cuantitativos y cualitativos a que se refiere. No dice el artículo 97 expresamente que el Banco podrá decretar el reglamento, pero se sobreentiende que intenta hacerlo cuando pone al Consejo de Gobierno a aprobarlo, para que la norma adquiera firmeza. El Banco Central así lo ha interpretado, según se dijo, decretando él mismo el Reglamento, dándole firmeza y vigencia inmediatamente después de obtenida la aprobación del Consejo de Gobierno, como el decreto respectivo expresamente lo dispone. Ahora bien, una de dos: o el Banco interpretó mal el término "preparará" y se excedió en su función al decretar por sí, en cuyo caso el reglamento es nulo por hacer del uso de una potestad reglamentaria no conferida; o el Banco actuó bien y entonces sólo queda concluir —como parece lo lógico— que el artículo 97 autorizó al Banco a reglamentar para imponer los controles contemplados, en cuyo caso —como veremos— actuó de acuerdo con la ley, pero contra la Constitución.

Creemos que la interpretación lógica del artículo 97 párrafo segundo no puede ser otra que la dada por el Banco Central, pues resultaría absurdo, caso contrario, que el Consejo de Gobierno tuviera que aprobar lo que el Poder Ejecutivo (Presidente y Ministros de Hacienda y/o de Industrias), que está presente en ese Consejo, tendría que decretar después. Si el Consejo de Gobierno aprueba es porque el Poder Ejecutivo no tiene que decretar el Reglamento, potestad que, en el caso, parece claramente atribuida al Banco por el artículo 97 antecitado. Caso opuesto, tendríamos albarda sobre aparejo, con un Poder Ejecutivo que primero aprueba como parte del Consejo y después decreta como órgano independiente.

En tal sentido toca juzgar de la constitucionalidad de la potestad reglamentaria concedida al Banco por el artículo 97 párrafo segundo en examen, reiterando la conclusión de que si el Banco no la tuviera, habría incurrido siempre en ilegalidad que anularía el reglamento de los recargos, por violación del artículo 97, el cual, según ello, no se la habría concedido, sino que se la habría negado. Lo que nos lleva directamente a analizar la potestad reglamentaria del Banco Central frente a la Constitución.

Suponemos ahora que el artículo 97 párrafo segundo de la Ley Orgánica del Banco confiere a éste la potestad de imponer controles cambiarios por reglamento, cuando dice, para rematar, que el Banco "preparará la reglamentación correspondiente".

4.—La situación de emergencia como origen de un derecho especial.

a) Los dos enfoques de la urgencia.

El artículo 97 párrafo primero alude expresamente al motivo de los controles que autoriza exigiendo que sea una "emergencia". Supuestos más graves contemplan los artículos siguientes de la misma ley y todo el capítulo pareciera regular las crisis monetarias en el comercio internacional.

No hay un concepto jurídico preciso de emergencia. Uno aproximado lo tenemos en el artículo 3 párrafo final de la Ley de Defensa Económica (Nº 1208 de 9 de octubre de 1950), que dispone:

"Se entiende por estado de emergencia o de necesidad pública el que por cualquier causa produzca o amenace producir interrupción o paralización grave, en toda la República o parte de ella, del abastecimiento indispensable de uno de varios artículos imprescindibles para el consumo".

Tal definición es aplicable a las divisas como artículo indispensable en el comercio internacional. Sería una emergencia relativa a las mismas, en este sentido, la escasez de divisas por exceso de importaciones que amenace la estabilidad monetaria y puede provocar inminentemente una devaluación.

Lo característico de la emergencia o urgencia es que coloca a la Administración en el deber de violar o desaplicar el derecho para lograr la realización de los fines públicos que le están encomendados y evitar males mayores a la comunidad. Desde este punto de vista la urgencia o emergencia en el derecho administrativo se distingue por la doble nota de ser funcional y derogatoria.

Lo de funcional hace relación con el cumplimiento del cometido público. Surgen ocasiones en que es imperativo e inaplazable realizar un fin público, por ejemplo: el de mantener la estabilidad monetaria y el nivel de precios, porque si ello se difiere se produce un daño irreparable y cuantioso. Si, entonces, el ordenamiento escrito no ofrece los medios para lograrlo u ofrece medios insuficientes, la Administración tiene que utilizar los que sean eficientes, aunque sea violando o desaplicando la ley. Esto último es lo que se alude cuando se habla del carácter derogatorio de la urgencia. Quiere decirse con ello que la urgencia en derecho público tiene siempre como consecuencia la suspensión o desaplicación del orden escrito para la aplicación de otro derecho, temporal y más adecuado a la circunstancia, de origen administrativo. En esta hipótesis es posible reputar legal lo que sería ilegal en una situación normal, lo que habilita a la Administración para prescindir de formalidades y aún para dictar actos que son posibles únicamente en esa circunstancia de excepción.

En tanto que todos los autores coinciden en cuanto a esa doble nota (funcionalidad y carácter derogatorio), hay una permanente polémica sobre las condiciones y límites en que la urgencia puede funcionar dentro de un ordenamiento. Más que diversidad de enfoques, lo que hay es una diversidad de métodos para acoger e incorporar la urgencia o emergencia al ordenamiento escrito.

i.—Según una doctrina la urgencia (o emergencia) funciona de acuerdo con el ordenamiento escrito, en el silencio de y contra el ordenamiento escrito. Es decir: la urgencia se impone al ordenamiento, forzando de hecho la derogación y sustitución de las normas de éste inadecuadas en situaciones de excepción, en forma tal que el Juez se ve obligado a aceptar los hechos cumplidos por razón de la necesidad, aun cuando no haya ley que lo autorice y aun cuando haya ley

que los prohíba. La obligación de salvar los valores y los bienes jurídicos de la comunidad, por encima de la ley considerada como una entre los varios instrumentos con igual fin, legitima la actuación irregular de la autoridad y crea el derecho que ésta necesita. La urgencia, en estas condiciones, tiene alcances imposibles de medir y puede autorizar no sólo la derogación y sustitución de la ley ordinaria sino también de la Constitución, pues la necesidad por sí misma es fuente suprema del derecho en el caso de urgencia. Un principio tan amplio de admisión de ésta y de su derecho especial no puede estar consagrado por la ley escrita, pues significa por sí su anulación sin límites ni condiciones cuando surge aquélla. El origen de esta doctrina especial es siempre y necesariamente la jurisprudencia, los fallos de los jueces. El Juez puede resolver caso por caso y con toda prudencia, con la ventaja sobre el legislador de que no tiene que formular principios ni reglas generales, que enunciados en abstracto pueden ser muy peligrosos (como el que nos ocupa). Pero, por otro lado, sus fallos definitivos tienen carácter de cosa juzgada y pasan por encima de cualquier otra norma dentro del caso concreto fallado, lo que garantiza la estabilidad definitiva de la sentencia. Si se dictan varias por el Juez de última instancia, aceptando un derecho especial para la urgencia aun contra el texto expreso de una ley, se crea la llamada jurisprudencia, que en definitiva viene a constituir una regla general, derogatoria y sustitutiva de la ley.

Es así como ha llegado a consolidarse en Francia la llamada doctrina de las circunstancias excepcionales, de origen enteramente jurisprudencial, en virtud de la cual las autoridades administrativas pueden actuar sin sujeción al ordenamiento escrito y aun contra éste, cuando surge una situación de emergencia, sin límite jurídico ni de ningún otro tipo, siempre y cuando sus decisiones sean estrictamente necesarias para cumplir el fin público en el caso y para salvar los bienes jurídicos que se trata de proteger.⁽¹²⁾

En otros sistemas —como Italia— la doctrina apoya en parte la misma tesis, pero la jurisprudencia no es tan clara. La anterior posición no existe en Costa Rica. Nos abstenemos aquí de tomar partido sobre los postulados de fondo de la misma, pero queremos ha-

cer ver que en Costa Rica no hay jurisprudencia que sostenga consistentemente el punto de vista anterior en cuanto a la urgencia. Se ha responsabilizado al Estado por actos ilegales realizados en situaciones de emergencia o conmoción nacional, como cuando ocurrió la invasión del país en 1955, afirmando que tales actos estaban justificados por la especial situación en que se dieron (se trataba de la requisición de vehículos, ganado y víveres por las tropas en tránsito hacia el frente de fuego); pero nunca —que sepamos— se ha discutido la validez de un reglamento o decreto general de emergencia cuando está todavía en curso de aplicación, que es justamente el punto de nuestro interés. No hay, entonces, jurisprudencia que permita sostener la tesis de que la urgencia puede actuar como fuente de un derecho especial y adecuado a su naturaleza, sin otro límite jurídico y racional que el carácter necesario de las medidas y los reglamentos adoptados como único medio para lograr el fin perseguido. Esta teoría, con tal amplitud, no puede sostenerse en Costa Rica.

ii.—El otro enfoque es el que podríamos llamar “legitimista”.

Esta doctrina sostiene, en síntesis, que el origen del derecho en un ordenamiento sólo puede ser el ordenamiento mismo y más concretamente, en relación con la derogación y creación de sus nor-

Esta regla tan amplia como radical, cuenta nada menos que con el respaldo del ilustre Consejo de Estado de Francia que ha creado la llamada teoría de las: “circunstancias excepcionales”, en la forma en que lo describe claramente André de Laubadere (*Traite Elementaire de Droit Administratif*, tomo I, pág. 220, 221 y 222): “La teoría de las circunstancias excepcionales es una construcción jurídica elaborada por la jurisprudencia del Consejo de Estado, según la cual ciertas decisiones administrativas que serían ilegales en tiempos normales pueden llegar a ser legales en ciertas circunstancias, porque son indispensables, entonces, para asegurar el orden público y la marcha de los servicios públicos... pág. 220)... “La teoría jurisprudencial de las circunstancias excepcionales no es una simple aplicación de la idea general de estado de necesidad. La misma encuentra su fundamento en los deberes generales de las autoridades administrativas. Estas tienen, en efecto, la obligación primordial de asegurar el orden público y el funcionamiento de los servicios públicos; es cuando esta obligación se halla entorpecida por la aplicación de la legalidad, que la autoridad administrativa puede suspender dicha legalidad... (221)... “No es posible precisar con exactitud la extensión de los poderes administrativos en caso de circunstancias excepcionales; no se puede sino enunciar el siguiente principio director: se toman legítimas las medidas que exija como indispensables la buena marcha de los servicios públicos”... (222). La opinión discrepante es la que podría llamarse la postura pro-derecho, legalista o legitimista. El publicista panameño César Quintero la ha sabido plantear muy bien, diciendo: “*Salus populi suprema lex*, es el socorrido adagio que se cita... Pero este aforismo, como tantos otros de rutinario empleo, nada dice jurídicamente. Podría ser utilizado como pretexto para hacerlo todo si el concepto de bienestar popular quedara a merced de lo que por él entendieran en cada momento los gobernantes de turno. Precisamente para asegurar ese bienestar popular, se establecen normas fundamentales, previsoras y ordenadoras de la actividad administrativa. Negar la efectividad de esas normas es rechazar la posibilidad de existencia del Estado jurídico. Y en semejantes condiciones, el derecho público todo perdería su razón ser”. (*Los Decretos con valor de Ley*, pág. 107).

(12) Giovanni Miele. *La situazione di necessita de lo stato*, Archivo Giurídico, Vol. I, págs. 433 y 434: “La necesidad funciona con la máxima eficacia. La misma hace improrrogable, indiferible, el logro de un fin. En presencia de graves desórdenes que amenazan la paz pública, o de calamidades que amenazan las vidas y propiedades, la Administración no puede cruzarse de brazos y observar el curso de los acontecimientos. Debe actuar y hacerlo del modo más rápido y oportuno para conjurar el peligro o dismuntirlo. El fin debe ser logrado a toda costa, si es realmente necesario... (pág. 432) “Surgida la necesidad de lograr un fin y no habiendo otro medio para ello que ignorar el derecho escrito; presente, quiero decir, la necesidad imperiosa tanto del fin como del medio único disponible, esta necesidad real funciona como un imperativo jurídico al cual los órganos de la institución no pueden sustraerse. Respecto de ese imperativo se encuentran en la situación del inferior que debe seguir el mandato del superior, pese a su ilegitimidad”. (433 y 434).

mas, la Constitución suprema fuente jurídica a la que todas las demás están subordinadas. Es posible y aún necesario, según este enfoque, el reconocer y regular la urgencia o la emergencia como fuente de un derecho especial, distinto del aplicable a situaciones normales, que permita a la Administración enfrentarse ágil y eficazmente a los peligros públicos. La Administración debe, entonces, tener el poder de prescindir de la ley (de la Asamblea) para crearse su propio derecho, pero ello sólo puede ocurrir si la Constitución lo permite y en la estricta medida en que ésta lo haga. Si así no es, la urgencia carece de todo valor derogatorio o creativo del ordenamiento y la autoridad, aún en situaciones de crisis, tiene que cumplir y hacer cumplir el derecho normal, que se reputa suficientemente flexible como para enfrentarse también a las crisis institucionales o de cualquier otro tipo (como las monetarias). Es claro y definitivo que no hay normas de urgencia, en este planteo, que puedan superar la Constitución, sino tampoco las reglas no escritas, implícitas en los textos escritos a modo de fundamento, y eje, en último término, de la filosofía política e institucional que inspira la Constitución.

b) Las técnicas de la urgencia como fuente de un derecho especial.

Desde este ángulo lo importante es determinar en qué forma puede la Constitución o el ordenamiento escrito fundado en ella hacerle frente a la urgencia. Varias son las técnicas conocidas.

i.—Los decretos legislativos. La Constitución autoriza a la Asamblea para que, en situaciones de emergencia, habilite a la Administración para dictar por una sola vez y sobre una materia perfectamente delimitada, dentro de un tiempo prefijado, el régimen adecuado, confiriéndole la misma fuerza que a la ley. Esto lo hace exclusivamente en beneficio del Gobierno o Poder Ejecutivo, órgano supremo de la Administración, el cual, al actuar, tiene que sujetarse a las directivas, bases y límites de regulación que le ha impuesto la delegación, más allá de los que desaparece su potestad para regular el campo y sus actos se tornan meros reglamentos administrativos, sin fuerza de ley.⁽¹³⁾ Esta teoría está prohibida en Costa Rica por el artículo 9, que dispone:

(13) Eduardo García de Enterría, *Legislación Delegada, Potestad Reglamentaria y Control Judicial*, pág. 123: "Cuando la ley decide elevar a su propio rango una norma administrativa ya elaborada, esa elevación se produce total y absolutamente para el contenido pleno de la norma asumida, salvo que otra cosa se determine en la propia ley. Pero cuando la norma administrativa a asumir por la ley no existe todavía, la ley ha de referirse a ella necesariamente como portando un determinado contenido. No puede la ley, según sabemos, referirse en blanco a lo que la Administración decida, porque ello supondría no una delegación legislativa, sino algo sustancialmente distinto, una ley de Plenos Poderes, una abdicación de la posición y poderes del órgano legislativo en favor de otro órgano constitucional". (pág. 123)... "de ello se deriva una consecuencia ineludible: la norma de elaboración administrativa quedará asumida, en efecto, por el legislador —o, en términos más simples, su rango será el de Ley formal— sólo en la medida en que haya respetado los límites con que esa asunción se decidió". (pág. 125).

"Ninguno de los Poderes puede delegar el ejercicio de funciones que le son propias".

Pero es importante destacar desde ahora lo siguiente: la delegación legislativa, en los países en que está permitida, supone siempre y necesariamente límites en la delegación, cuya ausencia la hace inconstitucional e ilegítima, porque esos límites son los que expresan el mínimo de voluntad de la Asamblea en cuanto a la regulación delegada, que de otro modo se convertiría en una auténtica enajenación de la potestad legislativa.

ii.—Los decretos de urgencia.

La urgencia o la emergencia inviste a la Administración, por sí sola y sin necesidad de delegación por parte de la Asamblea, de la potestad de legislar, derogando, reformando y sustituyendo leyes, mientras dure la situación anormal. Esas leyes de emergencia deben ser sometidas posteriormente y dentro de un plazo razonable a ratificación de la Asamblea Legislativa. Es muy discutido qué pasa si no son ratificadas, en cuanto al efecto consiguiente: ¿desaparece la vigencia del decreto de urgencia retroactivamente o sólo hacia el futuro? Sea cual sea la solución debe apuntarse que tal tipo de decreto —ley de urgencia— no está previsto en nuestra Constitución, al menos según la interpretación común de su texto.

Es nuestra personal opinión —y así siempre lo hemos expuesto en la cátedra— que cuando el artículo 140 inciso 18 habla de las "ordenanzas" necesarias para la pronta ejecución de las leyes, se está refiriendo precisamente a este tipo de decreto de urgencia, pues es ese justamente el nombre usual que se le da tanto en otras legislaciones como en la doctrina en general.

Pero aún admitido esto, cabe apuntar de inmediato que la potestad de dictar esas ordenanzas es atribución constitucional conjunta de Presidente y Ministro, según la norma citada, no del Banco Central. Si una ley se la diera a éste —como podría interpretarse que se la da el artículo 97 párrafo segundo— estaría violando la Constitución, al usurpar una potestad exclusiva del Poder Ejecutivo.

iii.—Los reglamentos delegados. Bien podría decirse que el aparte anterior se refería a las leyes delegadas o dictadas en virtud de delegación legislativa. Este aparte se refiere, por contraste, a los reglamentos delegados. ¿Qué significa ello? El reglamento se rige en Costa Rica por la doble regla de que no puede regular materia que está reservada a la ley (los impuestos, por ejemplo) y de que no puede regular materia que está ya regulada por la ley (aunque no sea exclusiva de ésta) en contra de la ley. Estos principios suelen llamarse de "reserva de ley" y de "preferencia de ley".

En Francia y en Inglaterra el Parlamento, agobiado por el exceso de trabajo, inició la práctica, antes de la guerra del 39, de encomendar al Gobierno la regulación de materias claramente reservadas a la ley (como la materia penal o tributaria) o bien el modernizar la regulación de una materia ya regulada por una ley, reformándola y sustituyéndola. Desde el punto de vista del efecto de-

rogatorio y creativo, en nada pareciera diferir esta hipótesis de la ya expuesta, de las leyes delegadas o decretos legislativos. La diferencia, sin embargo, es bien clara en las hipótesis que ahora nos ocupan las normas dictadas por el Gobierno en uso de la habilitación expresa conferida por la Asamblea, eran y seguían siendo reglamentos y no leyes, a la inversa de lo que ocurre con las leyes delegadas o dictadas por delegación, que tienen la fuerza formal de una ley y se pueden equiparar a la ley de la Asamblea. En el caso de los reglamentos delegados lo que ocurría era que el Parlamento confería aparentemente al Gobierno el poder de dictar normas capaces para derogar leyes, pero no le confería el poder de crearlas, porque las dictadas en sustitución no tenían el rango de ley, sino el de simples reglamentos administrativos. La prueba de ello radicaba muy claramente en el hecho de que el Gobierno podía continuar regulando esa materia y que el último reglamento común y corriente que dictaba sobre la misma derogaba el anterior, dictado en uso inicial de la habilitación legislativa. Todavía más; reglamentos ejecutivos, dictados por el Poder Ejecutivo o Gobierno para lograr la aplicación de otras leyes, y sin ninguna relación con la autorización de la Asamblea, podían derogar y reformar los reglamentos dictados, en cambio, en uso de ésta. Si, a la inversa, la habilitación dada por la Asamblea hubiera sido para crear verdaderas leyes, ello hubiera sido imposible —como ocurre en el caso de las leyes delegadas— porque una vez dictada la norma en uso de la delegación, la misma era una verdadera ley, totalmente fuera del alcance de cualquier futuro reglamento del mismo Gobierno, que como tal tenía que estar subordinado a ella. De aquí nace la otra diferencia complementaria entre ambos fenómenos, de que mientras los reglamentos dictados en materia regulada por ley y con derogación de ésta pueden continuarse dictando indefinidamente sobre la misma materia por el Gobierno, mientras la Asamblea no revoque la autorización al efecto, las leyes delegadas o dictadas por delegación se dan por una sola vez, desde luego que inmediatamente después de promulgadas quedan fuera del alcance del Gobierno o Poder Ejecutivo, que ya no puede modificarlas ni derogarlas en virtud de simple reglamento, por adquirir de inmediato el rango superior de una verdadera ley.

El fenómeno resulta insólito: se trata de reglamentos que derogan leyes como si fueren leyes, pero que continúan siendo reglamentos, sujetos a derogación por cualquier otro reglamento futuro del Gobierno. Una categoría de semileyes.

La doctrina ha intentado varias ingeniosas explicaciones, todas tendientes a demostrar que cuando el reglamento deroga una ley es la ley la que se deroga a sí misma, sea previendo de antemano que dejará de surtir efecto cuando se dicte el reglamento (como si éste fuera una condición resolutoria de su vigencia), sea porque, desde que autoriza al reglamento para ordenar materia ya regida por ley, está “deslegalizando” ese campo, con lo que quiere decirse que está degradando la ley, quitándole su rango de ley, para convertirla en mero reglamento. Es la ley la que al autorizar al reglamento a de-

rogar la ley degrada ésta a reglamento, por modo que cuando el reglamento nuevo surge y regula diversamente la misma materia (antes gobernada por ley) deroga reglamentos, no leyes, que ya desde antes habían dejado de existir. La ley se “deslegaliza” o degrada a reglamento, habilitando a éste para que regule una materia que antes le estaba prohibida, por estar regulada por ley.⁽¹⁴⁾

Desde este ángulo aparece clara la diferencia radical y más importante entre leyes delegadas y reglamentos delegados: las leyes delegadas le permiten al Poder Ejecutivo darle rango de ley a una regulación suya que sin la delegación legislativa sería un simple reglamento, elevando así la categoría o rango formal de éste; los reglamentos delegados suponen, a la inversa, que la ley desciende de categoría, para convertirse en mero reglamento, sujeto a derogación, reforma y sustitución por otro futuro reglamento cualquiera del Poder Ejecutivo.

Mediante la técnica del reglamento delegado la ley habilita a la Administración para regular una materia ya legalmente regulada como si no lo estuviera. Se trata de un fenómeno cuyo impacto normativo sobre el ordenamiento es tan grave e importante, e incluso mayor, que el del fenómeno inverso de las leyes delegadas, ya arriba descrito. Porque mientras, como se dijo, estas últimas suponen que el Gobierno adquiere una competencia para dictar leyes por una sola vez, sobre una materia, dictadas las cuales pierde su competencia para continuar regulándola, en virtud del principio de que la ley no puede ser afectada por un reglamento (que es lo único que en el futuro el Gobierno podrá dictar); los reglamentos delegados suponen, en cambio, que la materia como tal pasa a la competencia propia del Poder Ejecutivo, aunque no deje de pertenecer a la Asamblea, pues ese Poder podrá seguir dictando reglamentos en el campo de que se trate mientras no desaparezca la desautorización legislativa de base.⁽¹⁵⁾ La verdadera delegación es una atribu-

(14) Eduardo García de Enterría, op. cit. pág. 168. “Llamamos deslegalización, de acuerdo fundamentalmente con la doctrina francesa, como más atrás hemos expuesto, a la operación que efectúa una ley, que, sin entrar en la regulación material de un tema, hasta entonces regulado por Ley anterior, abre dicho tema a la disponibilidad de la potestad reglamentaria de la Administración... Una Ley de deslegalización funciona como *contrarius actus* de la Ley anterior de regulación material, pero no para innovar directamente esta regulación, sino para degradar formalmente el rango de la misma de modo que pueda ser modificada en adelante por simples Reglamentos”.

(15) Lorenza Carlassare, *Regolamenti Dell'Esecutivo e Principio di Legalita*, pág. 252: “La idea de que el conferimiento de poder reglamentario delegado sea cosa “de menos” respecto de la delegación de la potestad legislativa, corresponde a una visión superficial de la situación. Si se consideran las consecuencias derivadas de la atribución a un órgano diverso del Parlamento del poder de dictar actos dotados de fuerza innovativa en ámbito legislativo, pero sin el valor de una ley, se debe reconocer que el órgano mismo llega a obtener por esa vía poderes que son mucho mayores y peligrosos que los que se adquieren por una delegación legislativa común. Pues, si bien se mira, la falta del valor

ción de competencia legislativa al Poder Ejecutivo transitoria y pe-
recedera con su primer acto de ejercicio, mientras que la autorización
para dictar reglamentos delegados es una atribución permanente y
estable de competencia administrativa. Y esa atribución se hace jus-
tamente para que el reglamento pueda sustituir la ley, haciendo las
veces de ésta.

En consecuencia, debe regir la autorización para dictar regla-
mentos delegados a todas las normas y principios que rigen la delega-
ción legislativa, por mayoría de razón, en bien del interés público
y de la seguridad jurídica de los ciudadanos.

¿Qué reglas son esas?

Esos principios son los siguientes a grandes rasgos y sin entrar
en detalle en lo posible:

1.—La autorización legislativa (de la Asamblea Legislativa o
de la ley) para que un reglamento deje sin efecto una o varias leyes
tiene que ser expresa, o, al menos, inequívoca en ese sentido, exac-
tamente como tiene que ser expresa la delegación legislativa (en sen-
tido estricto) cuando se da. Se trata del fenómeno sumamente grave
de cambiar la jerarquía de las normas que constituyen el ordena-
miento (realzándola o degradándola) y eso exige expresa y clara ma-
nifestación del legislador.

2.—La autorización no sólo debe darse dentro del marco de la
Constitución y con pleno respeto para sus principios, sino que debe
ser posible en virtud de un texto constitucional que la admita, exac-
tamente por la misma razón por la que antes se exigió manifestación
clara y expresa de la ley al respecto.

3.—La autorización legislativa del reglamento delegado debe
ser tasada y limitada, es decir: no puede ser una autorización en blanco
o prácticamente en blanco, para que la Administración regule una
materia a su antojo. Es necesario, en otras palabras, que haya una
especificación de las leyes que podrá derogar, de lo que no podrá ha-
cer, de las bases y directrices que deberá seguir, de los fines que
perseguirá y del tiempo justo en que ejercerá la potestad reglamen-
taria delegada la Administración, exactamente como ocurre con la
delegación legislativa en sentido propio.⁽¹⁶⁾

de ley implica necesariamente la posibilidad para el órgano en cuestión que
ha emanado el reglamento, de modificarlo sucesiva y aún reiteradamente en
el tiempo, o sea se traduce, en último término, en la atribución estable y
definitiva de competencia normativa en un sector dado".

(16) Eduardo García de Enterría, op. cit. pág. 171: "La ampliación del ámbito ma-
terial de la potestad reglamentaria se hace siempre delimitando dicho ámbito
de una manera más o menos precisa, pero siempre expresa, puesto que no
cabe una deslegalización general de todo el bloque de la legalidad. Esa deli-
mitación puede incluir, además de unas determinaciones materiales externas,
una finalidad más o menos explícita y, también frecuentemente, un plazo tem-
poral. Esas determinaciones materiales, ese fin y, en su caso, el plazo se cons-
tituyen en límites concretos de la delegación de que se trata". En igual sentido
pero todavía con más énfasis en la necesidad de límites claros en la auto-

iv.—El principio de legalidad sustancial vigente en Costa Rica
y los reglamentos delegados.

Es este último requisito exigible de toda ley que autorice un
reglamento delegado —la indicación de límites precisos que permitan
conocer la voluntad del legislador sobre la materia delegada al regla-
mento, y sobre todo, de las leyes que podrán dejarse reglamenta-
riamente sin vigencia dentro de la misma— lo que creemos que es
la clave para averiguar la posibilidad de ese tipo de reglamentos en
Costa Rica, y, caso afirmativo, los límites y condiciones dentro de los
que deberán darse, bajo sanción de inconstitucionalidad si los ignoran.

El principio que está detrás de esta exigencia de una precisión
legislativa respecto del reglamento delegado es el mismo principio de
legalidad, llevado al plano de producción de normas. Este principio
consiste en decir que la Administración no podrá actuar sin una ley
que lo autorice a hacerlo y regule, en un mínimo, el contenido del acto
autorizado. Normalmente se admite una excepción a esta regla en el
caso de urgencia o emergencia, en el cual es posible autorizar el acto
regulando únicamente el motivo —como lo está en el caso del artículo
97 párrafo primero— sin delimitar el contenido. Pero cuando se
trata de la producción de normas, dada la importancia de esa materia,
la regla es que el contenido de la norma administrativa tiene que estar
predeterminado en un mínimo por la ley que le da base, sin lo cual
el reglamento se convierte en ley y resulta inconstitucional. Es decir,
lo propio de la ley no es sólo poder regular una materia con fuerza
suficiente para dejar sin efecto cualquier otra norma que se le oponga

rización de reglamentos delegados, Lorenza Carlassare, op. cit., 258, 265 y
260: "Ciertamente sería inadmisibles la atribución de una potestad reglamen-
taria que se acompaña del poder de derogar o modificar las disposiciones de
una ley indicada en forma totalmente genérica: inconstitucional sería por lo
tanto una ley del Parlamento que dejase a los órganos ejecutivos la disciplina
de una materia en forma eventualmente diversa de la legislación existente,
según quieran modificarla o derogarla libremente los órganos titulares de la
respectiva potestad reglamentaria... Diverso es el caso en el que las disposi-
ciones legislativas modificadas por reglamento sean puntualmente identifi-
cadas por la ley, o, al menos unívocamente identificables... Desde un punto
de vista sustancial, una ley de este tipo será legítima o ilegítima según su
contenido: deberá determinarse, efectivamente, caso por caso, si el sucesivo
ejercicio de potestad reglamentaria está suficientemente vinculado en forma de
respetar las exigencias de una legalidad sustancial: quiere decirse, si la ley
ha disciplinado ella misma la materia en forma tal que el ejercicio de la
potestad reglamentaria pueda reconducirse a la ley y controlarse o medirse
efectivamente su legalidad".

En lo que toca a Latinoamérica la experiencia es igual. Dice al respecto el cono-
cido tratadista Miguel Marienhoff en su Tratado de Derecho Administrativo, tomo
I, pág. 249: "La Corte Suprema de Justicia de la Nación acepta que el re-
glamento delegado pueda emitirse en nuestro país, sin que implique agravio a
texto o principio alguno de orden constitucional. Pero supedita la validez de
esos reglamentos a ciertas condiciones: las facultades normativas otorgadas al
Poder Ejecutivo deben serlo dentro de un ámbito cierto y determinado ex-
presamente".

—excepto la Constitución— sino también poder regular materia no regulada previamente por ninguna otra norma, disponiendo de plena libertad para dar esa regulación por primera vez. Lo propio de la Administración, en cambio, es tener que actuar siempre sometida a la ley y, cuando se trata de reglamentos, servir únicamente para facilitar la aplicación y ejecución de la misma. La Administración no tiene otros poderes que los que la ley le confiere, dentro de los límites que la ley debe imponerle. Si le confiere una potestad plenamente libre y sin límites ni guías de ninguna especie, la ley está realmente abdicando de su papel propio y delegando en el reglamento lo que ella misma debe hacer.

El principio anterior está consagrado expresamente por el artículo 11 de la Constitución, que dice:

“Artículo 11: Los funcionarios públicos son simples depositarios de la autoridad y no pueden arrogarse facultades que la ley no les concede. Deben prestar juramento de observar y cumplir esta Constitución y las leyes”.

Tratándose de reglamentos, como se dijo, la regla es más estricta todavía.

Nuestra Constitución sólo regula una clase de reglamentos de la Administración, capaces para regir sus relaciones con el ciudadano. Se trata de los llamados reglamentos ejecutivos, contemplados por los incisos 3 y 18 de nuestra Constitución, que disponen al respecto:

“Artículo 140 incisos: Son deberes y atribuciones que corresponden conjuntamente al Presidente y al respectivo Ministro de Gobierno: 1), 2)...

3) Sancionar y promulgar las leyes, reglamentarlas, ejecutarlas y velar por su exacto cumplimiento;

18) Darse el reglamento que convenga para el régimen interior de sus Despachos y expedir los demás reglamentos y ordenanzas necesarios para la pronta ejecución de las leyes”.

El reglamento ejecutivo es, para decirlo con el propio texto constitucional, el que sirve para “la pronta ejecución de las leyes”. Su contenido está condicionado y limitado por el de la ley que trata de ejecutar, pues con esa función no puede hacer otra cosa que iluminar aspectos oscuros de la ley o tratar de complementar sus preceptos sobre la materia, para lograr que se apliquen mejor, pero nunca disponer algo en contra o totalmente nuevo respecto del texto de aquélla. Esto es tan conocido que sobran citas para apoyarlo.

Se encuentra ahora la clara diferencia entre reglamento delegado y reglamento ejecutivo. Con el primero la ley nada dispone en concreto sobre la materia a regular, sino que simplemente enmarca en límites y directivas la potestad que le confiere a la Administración para que ella regule la materia, en lugar de la ley; el segundo, en cambio, encuentra frente a sí una ley que ya regula la materia y frente a la cual su única función es de aclaración y complementación, es decir, de mera ejecución.

Demos un ejemplo y escojamos, precisamente, el del artículo 97 párrafo segundo.

Si de lo que se trata es de regular la materia de los controles sobre las importaciones, habría autorización para dictar reglamentos delegados si el artículo 97 se limitara a decir en qué plazo, cuáles leyes y artículos de la ley podrían ser específicamente derogados, reformados o sustituidos por el reglamento, qué tipo general de controles se podrían crear y qué límites deberían tener los reglamentos en relación, por ejemplo, con los derechos humanos o legales, para regular la materia. Si el artículo 97 sólo dijera eso, nada dispondría directamente sobre la materia, sino que se limitaría a guiar al futuro reglamento, para que éste lo hiciera por su cuenta.

El caso del reglamento ejecutivo es otro. El mismo se daría si, en lugar del artículo 97, párrafo primero, existiera ya (inserta en la Ley Orgánica del Banco Central o en cualquier otra) una ley que regulara el tipo, los alcances, los fines, los procedimientos, la forma, etc. de los controles cambiarios. El reglamento ejecutivo vendría, entonces, a completar esa regulación ya existente, agregándole claridad o cabalidad de detalle y operación.

Ahora bien: explicado el principio de legalidad y la naturaleza del reglamento ejecutivo es fácil llegar a la conclusión buscada, en la siguiente forma:

Nuestra Constitución sólo admite un tipo de reglamento de las relaciones del ciudadano con la Administración, que es el ejecutivo de la ley que regula esas mismas relaciones, y excluye y prohíbe el reglamento delegado. La prueba mejor de ello es que expresamente prohíbe la delegación de funciones legislativas en el Poder Ejecutivo (artículo 9 *in fine*), por la razón de que encuentra que, aún habiendo limitaciones y directrices claras y aplicables en la delegación legislativa, como se vio que es práctica institucional que ocurra, aún así la vinculación entre ley y reglamento sería muy vaga e imprecisa en ese campo y equivaldría a erigir a la Administración en legisladora, dándole un gran margen de libertad para regular una materia todavía no regulada directamente por la ley.

El reglamento delegado, desde este ángulo, aparece como contrario, en nuestro ordenamiento, al principio de legalidad consagrado por el artículo 11 de la Constitución, dado que equivaldría darle a los funcionarios del Poder Ejecutivo una facultad que la Constitución no les concede, cual es la de regular por primera vez y con gran libertad una materia, sin sujeción estricta a una ley previa reguladora de la misma. Equivale igualmente, el reglamento delegado, a una violación de la norma constitucional que exige que todo reglamento se oriente necesariamente a la “pronta ejecución de la ley” o a su “ejecución” a secas, tal y como categóricamente lo preceptúa el artículo 140 incisos 3 y 18, suponiendo una estricta sujeción del reglamento a las disposiciones materiales de la ley reguladora previa, como reglamento ejecutivo de ésta.

Y ese tipo de reglamento delegado es, finalmente, una violación del artículo 9 *in fine* de la Constitución, porque equivale, des-

de el punto de vista de la dosis de libertad permitida a la Administración en relación con la ley y con el uso de sus potestades normativas y reglamentarias, a una delegación de funciones legislativas en el Poder Ejecutivo (con la única variante de que aquí no hay atribución de la fuerza formal de la ley en favor de este último).

La doctrina no ha dejado sola a nuestra Constitución. Esta postura de radical desconfianza ante la Administración —se comparte o no— es hoy un rasgo común a gran parte del pensamiento constitucional y administrativo.

A riesgo de extensos, volvemos a citar a García de Enterría, el gran publicista español, que ha manifestado como nadie su repudio y el de la filosofía política contemporánea por las normas administrativas de alcance ilimitado por ley:

“la articulación entre la Ley y el Reglamento se hace sobre el principio formal de jerarquía normativa, en virtud del cual la ley precede al Reglamento y no puede ser, consiguientemente, derogada por éste, lo cual no es sino una consecuencia de la jerarquía previa de los órganos de que respectivamente emanan una y otra norma. El reglamento es, pues, una norma subordinada y secundaria, tanto en su fuente de legitimidad como en su eficacia normativa... (pág. 9, op. cit.) “la ley es esencialmente “soberana”, expresión de la voluntad comunitaria organizada, disposición de la comunidad sobre sí misma, en tanto que el reglamento no es sino una disposición de la Administración, que no es en modo alguno la comunidad sino un ente servicial y secundario de la misma, o, si se prefiere, una organización instrumental de gestión, carente de soberanía, más bien obligada a justificarse a cada momento por el respeto a los límites y atribuciones legales que pautan su actuación y por la persecución del fin servicial al que se debe”.. (pág. 8, op. cit.).

Y después de tan fundamental toma de posición, García de Enterría reafirma con toda rotundidad:

“Contra lo que una primera impresión pudiera dejar suponer, es un hecho de fácil comprobación que suelen ser más perfectas como instrumentos normativos las leyes elaboradas por colegios de representantes políticos, entre los cuales sólo excepcionalmente hay verdaderos técnicos, que los reglamentos salidos de los gabinetes y secretarías técnicas ministeriales. La circunstancialidad de estos reglamentos, su consustancial fugacidad, subrayada por el cambio normativo frenético que registra la salida diaria del Boletín Oficial del Estado, expresión viva de la “legislación motorizada”; el detallismo absorbente, el casuismo, inmediatamente caducado antes de las transformaciones sociales incesantes; su tendencia hacia la objetualización de los ciudadanos, cuya independencia o libertad, o cuyas iniciativas y facultades rara vez respetan; su interpretación inevitablemente extensiva y centralizadora de toda competencia administrativa y aún la constante autodefinición de nuevas competencias; su esquematismo tomado del propio ambiente burocrático, desconocedor, cuando no impugnador, de la complejidad del mundo social y eco-

nómico, son todas aquellas notas presentes habitualmente en las normas de la Administración” (op. cit. págs. 30 y 31).

No creemos que sea posible un inventario más completo de incriminaciones y quejas contra las nuevas formas de reglamentación administrativa.

5.—La inconstitucionalidad del artículo 97, párrafo segundo de la Constitución. Conclusiones.

Es a la luz de todo lo expuesto inmediatamente antes, que podemos juzgar sobre la constitucionalidad del artículo 97, párrafo segundo de la Ley Orgánica del Banco Central.

Es evidente que el artículo 97, párrafo segundo es una ley que delega en el Banco Central, por razones de emergencia, la regulación o reglamentación del campo llamado controles (cuantitativos o cualitativos) sobre las importaciones.

Que hay delegación se desprende claramente del hecho de que todavía no existe ley de la Asamblea sobre la materia en Costa Rica, pues en todo el extenso articulado de la que contiene el artículo 97 no se encuentra el texto adecuado y aplicable a aquélla. Hay aquí una primera característica que acentúa al máximo el grado de libertad de la Administración (Banco Central): es que normalmente el reglamento delegado —como se hizo ver— deroga o parece que deroga leyes preexistentes, que así resultan “deslegalizadas”, en tanto que en este caso la deslegalización hecha por el artículo 97 a favor del Banco Central funciona en el vacío legislativo, pues, repetimos, no hay leyes especializadas sobre la materia, sino sólo normas colindantes y colaterales, como la Ley Orgánica aquí dicha.

Que la delegación tiene alcance derogatorio de ley es casi seguro, no sólo porque así lo indica la conducta del Banco, que ha ignorado y dejado sin efecto con su decreto de recargos cambiarios el artículo 104 de esa Ley Orgánica, sino sobre todo porque es una delegación en el reglamento hecha con el específico propósito de hacerle frente a una “emergencia” y ya se vio que la consecuencia primera y más característica de ésta es ese efecto derogatorio, en medida en que el ordenamiento lo permita.

Y procede reiterar, como quedó dicho, que si fuera cierto que el artículo 97 no autoriza a dictar reglamentos derogatorios o delegados, entonces de todos modos sería ilegal la actuación del Banco por violación del artículo 104 de la Ley Orgánica de éste, que su decreto ha dejado momentáneamente sin vigencia.

Dado que hay aquí una autorización al Banco para dictar reglamentos delegados sobre controles cambiarios, procedamos a analizar la corrección de ese conferimiento de potestad reglamentaria, de acuerdo con los principios que rigen ese tipo de delegación, antes puntualizados.

i.—Violación de los artículos 9, 11, 140 incisos 3 y 18.

Vimos ya que los reglamentos delegados son prohibidos en nuestro sistema, que no admite una relación de tanta desvinculación entre ley y reglamento y opta por dar cabida en su ámbito únicamente a los reglamentos ejecutivos.

ii.—La total indeterminación de la potestad reglamentaria autorizada.

Vimos ya que aquí se autoriza al Banco a regular en el vacío, pues no hay leyes sobre la materia. Ante tal situación era de esperar que, con más claridad y abundancia que nunca, se impusieran al Banco ciertos límites, bases y guías para reglamentar los controles sobre las importaciones, puesto que la materia es amplia y los controles son variadísimos, tanto en doctrina económica como jurídica. No sólo eso: no hay la menor indicación en el artículo 97 sobre cuáles son o serán las leyes conexas con la materia, colindantes o colaterales como dijimos, que puedan resultar derogadas o privadas de efecto, por medio de la ya explicada deslegalización. Hay aquí una delegación total del bloque de la legalidad, por falta de imposición de límites al respecto, que puede reputarse —como lo hace García de Enterría en su cita de nota N° 16— como una forma de conferimiento de plenos poderes, constitucionalmente imposible en Costa Rica ni aún previa suspensión de las garantías y mucho menos en favor de una entidad técnica de servicio, sin fines ni orientaciones políticos, como el Banco Central.

En efecto, cabe preguntar: si el Reglamento dictado por el Banco, con base en el artículo 97, derogó o suspendió la vigencia del artículo 104 de la Ley Orgánica referida, ¿qué límite tiene esa misma potestad derogatoria respecto de otros artículos y capítulos de la misma ley, y aún de otras leyes, dado que el artículo 97 no hace indicación ni limitación al respecto?

Baste enumerar brevemente y sin comentarios las múltiples medidas de control cualitativo y cuantitativo que el Banco puede adoptar por reglamento delegado, sin ley reguladora preexistente, para percibir las muchas derogaciones legislativas más que el Banco podría llevar a cabo sobre esa misma base y en idénticas condiciones, medidas que son, entre otras y sin que la enumeración sea exhaustiva:

1.—Licencias y cuotas de importación: se permite la importación de ciertas mercaderías y se prohíbe la de otras; también se establece el número de unidades que se puede importar de determinados artículos;

2.—Depósitos previos: se exige a los importadores depositar anticipadamente el total o un porcentaje del precio a pagar por la importación; el plazo del anticipo es variable;

3.—Sistema de autorización para el compromiso de importación: se necesita la autorización del Banco Central para cerrar la importación en firme;

4.—Fijación de utilidades mínimas: se fija a los importadores de productos no esenciales una utilidad mínima a obtener con la venta de su producto, para encarecerlo, lo que se logra también fijando precios mínimos en contra del consumidor;

5.—Establecimiento de categorías por eficiencia, no por esencialidad.

Se fijan recargos pero no contra lo no esencial, sino contra industrias poco productoras de divisas, favoreciendo a las que permiten el ingreso de las mismas, de las cuales se levanta lista, con el fin de excluir a todos los demás del respectivo beneficio. Este sistema puede llegar al establecimiento de subcategorías dentro de las listas, hasta el punto de hacer fijaciones individuales de recargos por empresa o grupo de empresas, de acuerdo con su comportamiento económico-efectivo y no de acuerdo con la índole de la industria o comercio clasificado, favoreciendo con subsidios como los descritos o de cualquier otro tipo únicamente aquellas entidades que tienen un desempeño económico-eficiente para el país en el comercio internacional.

6.—Regulación del crédito privado (además del público). De esto han hablado ya el diario La Nación y el señor Gerente del Banco Central en declaraciones varias a la prensa. Una forma indirecta de control sobre las importaciones puede ser la contracción coactiva del crédito público y privado.

7.—La participación financiera del sector público en actividades industriales o mercantiles altamente productivas de divisas. Esto ocurrió en Alemania nazi; es una posibilidad remota, pero es siempre una verdadera posibilidad.

8.—Las congelaciones de divisas. Se trata de su nacionalización (con o sin indemnización?).

La lista anterior revela que, contra lo que se cree del artículo 97, su problema no es la fijación de límites rígidos que permita verificar una extralimitación del Banco en el uso de las potestades que le confiere, sino, a la inversa, la total indeterminación del objeto y contornos legales de la potestad reglamentaria delegada que crea, habilitando así al Banco para interferir seriamente en la iniciativa económica privada, por la vía de reglamentos que instrumenten una simultánea deslegalización de las leyes que puedan ser obstáculos.

En síntesis: si los reglamentos están prohibidos cuando no tienen base en una ley reguladora de la misma materia, es evidente que la potestad reglamentaria creada por el artículo 97 está constitucionalmente prohibida también por el artículo 9, como una forma de delegación indebida de funciones por la Asamblea.

Pero aún suponiendo que la autorización de reglamentos delegados en Costa Rica fuera posible, aun suponiendo válido el reglamento que verse sobre una materia de la que no hubiera todavía una ley reguladora, justamente por encargo de la ley, aún así el artículo 97 sería inconstitucional e implicaría una delegación de funciones en el Banco Central, puesto que el artículo 97 no indica cuáles leyes podrán ser dejadas sin efecto por los reglamentos del Banco Central, no define ni aproximadamente qué controles cuantitativos o cualitativos se podrán establecer y con qué límites, y no da directrices en absoluto que puedan orientar al Banco en su labor y que expresen, en todo caso, la voluntad clara de la Asamblea en cuanto a la re-

regulación delegada que autoriza. Se trata no de una potestad reglamentaria, sino de una verdadera y grave abdicación de la Asamblea en favor del Banco, sin límites ni cortapisas de ninguna especie, ni en beneficio de la Asamblea, ni en beneficio de los derechos y libertades del individuo.

iii.—La duración indefinida de la delegación operada.

Finalmente, el artículo 97, párrafo segundo no es claro en cuanto a la duración de la competencia reglamentaria delegada al Banco, pues expresamente no dice —ni tampoco es posible entenderlo claramente implícito en su texto— cuántos meses, días o años durará ese estado de emergencia que crea.

De todo lo cual es posible inducir el que el artículo 97 es realmente inconstitucional y atenta en forma directa contra la seguridad jurídica del ciudadano.

Qué es lo que conviene examinar finalmente.

iv.—La violación del principio de reserva de ley.

Todo individuo tiene derecho a hacer lo que la ley no le prohíbe, lo que significa que toda imposición del Estado que limite esa libertad (o el uso de su propiedad) tiene que ser dispuesto por ley, o, al menos, con base *suficiente* en la ley (de la Asamblea).

Este principio está claramente formulado por el artículo 28 de nuestra Constitución, párrafos primero y segundo que dicen:

“Nadie puede ser inquietado ni perseguido por la manifestación de sus opiniones ni por acto alguno que no infrinja la ley”.

“Las acciones privadas que no dañen la moral o el orden público, o que no perjudiquen a tercero, están fuera de la acción de la ley”.

Dicho más brevemente: sólo la ley puede limitar la libertad del individuo. Esto se halla reforzado en norma constitucional, otorgada por el artículo 46 de la Carta, que dispone generosamente:

“Son prohibidos los monopolios de carácter particular y cualquier acto, aunque fuere originado en una ley, que amenace o restrinja la libertad de comercio, agricultura e industria”.

Como esta norma es excesivamente favorable al ciudadano, ya nuestra Jurisprudencia constitucional se ha encargado de consagrar la posibilidad de que una ley (de la Asamblea) pueda restringir la libertad de industria y comercio.

Hay aquí, respecto de la libertad y de la propiedad del individuo, con base en el artículo 28 de la Constitución Política, una repulsa de las intromisiones administrativas similar a la que hay en relación con la producción de normas en general. Así como está prohibido delegar en el reglamento la regulación completa y sin límites de una materia, sobre todo si ésta se deslegaliza, así también hay la prohibición de interferir, comprimir o suprimir derechos de libertad, de empresa o de propiedad sin una ley de base, que indique, en un mínimo, cómo ha de llevarse a cabo el efecto nocivo.

Hemos visto, de la enumeración hecha de controles posibles sobre las importaciones, que éstos se abren en una amplia gama, muchos de ellos con grave incidencia sobre la libertad y propiedad del ciudadano (como las autorizaciones para importar, las fijaciones de utilidades y precios mínimos contra el consumidor, las congelaciones o nacionalizaciones, etc.), todo lo cual, según el artículo 28 y el artículo 45 de la Constitución (garantía de la inviolabilidad de la propiedad y patrimonio en general, en relación con el artículo 46 ibídem (libertad de industria y comercio), tiene que hacerse por ley o con base en la ley, sin lo cual se destruye la garantía constitucional de esos derechos, fundada en los citados textos constitucionales.

Y esa violación es particularmente patente cuando la delegación de potestad reglamentaria para regular materia no legalmente regulada, la efectúa el artículo 97 en comentario en forma totalmente abierta e indeterminada, según quedó demostrado, sin fijación de bases, directrices, tiempo, o criterios de interpretación, que permitan saber la opinión y la voluntad del legislador al respecto.

Es por una problemática igual a la descrita y presente en este caso, que la doctrina se inclina así unánimemente por prohibir los reglamentos delegados en la materia reservada a la ley, como ésta de la libertad y propiedad del industrial o del comerciante.

Los testimonios de la doctrina son de particular claridad en el punto.

Dice el tratadista Miguel Marienhoff, op. cit. tomo I, pág. 248 y 249:

“Bielsa acepta la posibilidad de que estos reglamentos sean constitucionalmente emanados, “en materia de administración, siempre que no importen usurpación del poder impositivo, ni represivo penal, ni de imposición fiscal, ni de cargas personales, ni actos que restrinjan el derecho de propiedad, la libertad personal de locomoción, industria, trabajo, enseñar y aprender, ni la inviolabilidad del domicilio”. Pero como lo advierte un tratadista, “es obvio que resulta de lo más difícil establecer la distinción entre materias legales y materias administrativas”. Lo cierto es que la emisión de reglamentos “delegados” debe restringírsela o limitársela, en beneficio de las libertades públicas”. Dice Enrique Sayagués Laso, op. cit. tomo I, pág. 123:

“Hay cierta materia que no admite la regulación mediante reglamento. Es la llamada reserva de la ley, que en nuestro país está consagrada expresamente en la Constitución. El ejemplo más claro lo constituye la regulación de los derechos individuales y de las actividades privadas”.

Y cerramos con la palabra certera, otra vez, de García de Enterría, cuando dice:

“Por su naturaleza, parece que puede afirmarse con firmeza que la técnica deslegalizadora no es aplicable a las materias

constitucionalmente reservadas a la ley. Esta reserva de una materia a la Ley se infringiría, evidentemente, si pretendiese cumplir con una Ley de contenido puramente formal, operante en el ámbito abstracto del rango, Ley que justamente viene a entregar la regulación de la materia de que se trata a los Reglamentos". (op. cit. pág. 171).

Creemos que es claro e indiscutible que los controles sobre las importaciones (cuantitativos y cualitativos) comprenden la adopción de medidas que—como las enumeradas arriba— pueden lesionar seriamente los derechos de libertad y de comercio y de empresa del ciudadano, actividades privadas reservadas constitucionalmente a la ley, no sólo en Costa Rica (donde la reserva se efectúa por el artículo 28 y los artículos 45 y 56 antecitados) sino, como se desprende de las citas, en todo el mundo occidental.

Sobre esas materias no puede funcionar el reglamento delegado ni puede una ley habilitarlo para que lo haga, como lo hace el artículo 97 párrafo segundo en examen.

Es, en consecuencia, una clara violación del artículo 28 de la Constitución, puesto en relación con los artículos 45 párrafo final y 46 párrafo primero *ibidem*, el otorgamiento de potestad reglamentaria abierta e indeterminada, para incidir sobre esas libertades legalmente reservadas, que hace el artículo 97 en favor del Banco Central. Violación ésta que completa el cuadro anterior de vicios de inconstitucionalidad que infician y matan la vida del artículo 97 dicho.

6.—Resumen de inconstitucionalidad del artículo 97.

El artículo 97 párrafo segundo de la Ley del Banco es inconstitucional por las siguientes razones:

1.—Porque crea una forma de potestad reglamentaria por delegación legislativa, libre e indeterminada, que la Constitución no prevé y más bien prohíbe, todo con violación de los artículos 9 (que prohíbe la delegación de funciones) 11 (que enuncia e impone el principio de legalidad y la sujeción de la autoridad administrativa y todos sus actos, incluso el reglamento, a la ley) y 140 incisos 3 y 18 (que permite sólo una forma de reglamento, que es el ejecutivo).

2.—Porque permite reglamentos delegados sin determinación de bases, directrices ni límites legales de ninguna especie, en materia reservada a la ley, como la atinente a la libertad de comercio e industria, que se ven directamente afectadas con los controles cambiarios, con violación de los artículos 28, 45 y 46 de la Constitución Política.

3.—Porque viola el Convenio del Fondo Monetario Internacional (artículos IV y VIII del mismo) con violación del artículo 7 de la Constitución que establece la superioridad del tratado y convenios internacionales sobre la ley y sobre los reglamentos de cualquier tipo (sean delegados o no).

D.—La jurisdicción y la vía de impugnación aprobadas.

Contra la ley (artículo 97 párrafo segundo) el recurso de inconstitucionalidad, previa interposición de la acción contenciosa contra el reglamento del Banco. Contra el reglamento del Banco la vía contenciosa ordinaria (no especial) común. Hay un plazo de dos meses para la interposición de la acción, a partir del 12 de julio pasado.

E.—Los escollos del juicio.

i.—El artículo 97, párrafo segundo como un derecho de emergencia.

La norma que examinamos expresamente autoriza los controles cualitativos y cuantitativos en casos de emergencia. ¿Qué importancia tiene esto en el caso?

Creemos que el planteo de la polémica anterior al respecto fue necesario (con las citas que lo apoyan) porque revela que la emergencia como fuente de un derecho especial es, por lo menos, polémica y no, en absoluto, inconcebible en un Estado de Derecho. La teoría de la urgencia administrativa se discute con igual brío tanto en estados totalitarios (como los nazistas o fascistas, donde se abusó de la misma) como en estados democráticos (como los EE.UU., Francia e Italia, donde ha sido acogida con efecto gravemente derogatorio de la ley ordinaria) y en muchos la jurisprudencia ha terminado por aceptarla como fundada en realidades que los jueces no pueden desconocer.

Esto significa, para el caso, lo siguiente: que no es inconcebible una interpretación del artículo 97, párrafo segundo de examen en forma amplia a favor de los poderes del Banco Central y naturalmente distinta de la antes esbozada.

La interpretación podría ser la siguiente: El Banco Central puede dictar reglamentos como el creador de los recargos cambiarios, con violación de los artículos y principios constitucionales antes citados, porque va implícito en la Constitución que ello es posible en situaciones de emergencia.

El principio de legalidad, la división de poderes, las libertades públicas, el carácter subordinado de la potestad reglamentaria, son todas reglas constitucionales que quedan en suspenso mientras haya una emergencia, paralelamente a una ampliación de las potestades de acción y regulación de la Administración para hacerle frente a la crisis.

Un planteo favorable a la doctrina de la urgencia pero respetuoso de la Constitución podría buscar una solución de tipo intermedio, que manteniendo la validez y vigencia de las regulaciones de emergencia del Banco Central, circunde con límites esas potestades excepcionales, en garantía de la Constitución y del ciudadano.

Esta teoría puede plantearse afirmando que los actos y reglamentos de urgencia o emergencia están permitido, aún cuando se otorguen en forma indeterminada e imprecisa, siempre que se ejer-

zan dentro del límite de la Constitución y respetando sus principios, aunque violen la ley.

Contra afirmación de esta naturaleza caben todos los argumentos ya esgrimidos para probar la imposibilidad de la doctrina de la urgencia en Costa Rica, salvo como principio doctrinario cuya consagración positiva —por vía de jurisprudencia o de legislación— podría ser conveniente. Pero resulta oportuno tomar en cuenta este argumento porque sería con toda seguridad uno entre los principales del Banco para defender su posición, si es que hubiera juicio.

ii.—Los límites del Banco Central en el uso de los controles de emergencia.

Debe advertirse que, en todo caso, el Banco Central está obligado a observar ciertos límites en el uso de los poderes de emergencia que le confiere el artículo 97, párrafo segundo, aun si se sostiene la tesis de que, por la urgencia, su indeterminación y falta de contorno legal son constitucionales y permitidos.

Esos límites son los que frenan cualquier poder discrecional de la Administración, para evitar que se convierta en arbitrariedad.

En primer término, la emergencia debe existir, tal como antes quedó definida.

Son muchos los economistas destacados del país que han sostenido que la crisis era inexistente; si esto es técnicamente comprobable, la medida es nula por ilegal y violatoria del artículo 97.

En segundo término, y aun existiendo la emergencia, procedería controlar si la medida era necesaria o, mejor dicho, indispensable, pues caso opuesto no debió tomarse, dado que la medida urgente debe tener ese carácter.

Y finalmente, procede controlar si cualquier otra medida hubiese sido peor, pues la Administración está obligada en esta condición a causar el menor daño posible al ciudadano, realizando sólo aquello que es inevitable dentro de la circunstancia y que represente prácticamente el único medio para actuar con éxito. Todo esto lo puede y tiene que controlar el Juez, aun si se admite que el artículo 97 es constitucional.⁽¹⁷⁾

F.—Dictamen final:

El juicio es posible y hay buena probabilidad de obtener un resultado favorable. No podemos garantizarlo; actúan en contra el carácter obviamente político del negocio y la posibilidad de una interpretación auténtica del artículo 97 de la ley, aplicable retroactivamente, que venga a eliminar los vicios de indeterminación acusados en la delegación legislativa.

Creemos que, en todo caso, la violación del artículo 7 de la Constitución Política a través de la violación del Convenio con el Fondo Monetario Internacional es una base seria y sólida para el triunfo.

(17) André de Laubadere, op. cit. tomo I, pág. 223 y 224.

CONTRIBUCION AL ESTUDIO DE LA SELECCION DEL CONTRATISTA PUBLICO EN COSTA RICA (*)

Dr. Jorge Enrique Romero Pérez

SUMARIO

Parte I: Trayectoria histórica.— *Parte II:* Aportación al estudio de la selección de contratistas públicos.— *Parte III:* Comentarios a resoluciones de la Contraloría General de la República referidas a apelaciones contra actos de adjudicación de licitaciones públicas.— *Parte IV:* Caso especial de impugnaciones a los actos de adjudicación en donde la institución interesada es la Contraloría General de la República.— *Parte V:* Una modalidad específica de la contratación pública administrativa: el concurso de antecedentes.— *Parte VI:* ¿Tiene apelación, en vía jurisdiccional, el acto que declara desierta una licitación pública?— *Parte VII:* Comentario al Reglamento para la creación del Departamento Administrativo Financiero de la Dirección General de Aviación Civil.

(*) La Oficina de Publicaciones de la Universidad de Costa Rica editó nuestro estudio titulado "La licitación pública en Costa Rica" (San José: 1975) que fue la monografía con la que obtuvimos el Doctorado en Derecho con la calificación de sobresaliente. Esta tesis fue premiada por el Instituto de Cultura Hispánica de Madrid en el Concurso "Tesis Doctorales Hispanoamericanas" según certificación de 28 de junio de 1973 extendida por el entonces Secretario de ese Instituto, Don Juan Ignacio Tena Ybarra.

PARTE I: TRAYECTORIA HISTORICA

SUMARIO

I.—INTRODUCCION.— II.—Evolución histórica: 1) *Código Fiscal de 1885*; 2) *Reglamento de organización de obras públicas nacionales del 21 de diciembre de 1889*; 3) *Acuerdo Ejecutivo N° 142 del 14 de mayo de 1910*; 4) *Creación de la Oficina de Control, por ley N° 8 del 26 de mayo de 1922*; 5) *Centro de Control a nivel constitucional, 1924*; 6) *Decreto Ejecutivo N° 4 del 19 de mayo de 1924*; 7) *Reglamento de compras por montos menores a los ₡ 500.00*; 8) *Acuerdo Ejecutivo N° 44 del 9 de setiembre de 1924*; 9) *Acuerdo Ejecutivo N° 144 del 2 de mayo de 1931*; 10) *Decreto Ejecutivo N° 1 del 9 de mayo de 1940*; 11) *Leyes de ordenamiento fiscal de 1945*; 12) *Ley N° 541 del 17 de junio de 1946*; 13) *Artículo 182 de la Constitución Política de 1949*; 14) *Ley de Administración Financiera de la República, ley N° 1279 del 2 de mayo de 1951*; 15) *Reglamento de la Prvoeduría Nacional de 1952*; 16) *Decreto Ejecutivo N° 18 del 30 de abril de 1968*; 17) *Normas de protección a las empresas constructoras nacionales*; 18) *Ley N° 5176 del 20 de febrero de 1973*; 19) *Ley N° 4574 (Código Municipal)*; 20) *Memorias Anuales de la Contraloría General de la República: 1971, 1972 y 1973*; 21) *Memorias Anuales del Ministerio de Hacienda: 1972 y 1973*; 22) *Pliego de condiciones generales para la construcción de caminos, carreteras y puentes*. III.—Conclusiones generales. IV.—Apéndice.

I

INTRODUCCION

En estas breves líneas trataremos de dar una idea de la evolución de la licitación en Costa Rica. El propósito es el de presentar los pasos por los que este sistema de selección de contratista público ha ido pasando hasta llegar a la actual legislación. Como todo desarrollo de una institución jurídica, hay en él inserta una problemática social, política y económica. Hay, pues, una situación histórica, insoslayable y sin la cual la institución jurídica en estudio no tiene sentido alguno. Por ello existe la necesidad de apuntar uno que otro detalle histórico. Pero, no se trata de "historicar" partes de la historia nacional, ya que esta intención no está dentro de nuestras expectativas. De lo que se trata es de plantear los hitos de la legislación criolla en materia de licitaciones.

Como se verá a lo largo de este escrito, la licitación en Costa Rica, viene del siglo pasado y se proyecta hasta nuestros días. Su principio medular del "contratista interpuesto", es un eco del liberalismo económico prevaleciente en la sociedad costarricense. Este enfoque y esta actitud ante el sistema económico han variado según los condicionantes ante los cuales se han visto enfrentados los empresarios nacionales, pero mantiene la tesis de fondo de la no-intervención estatal en sectores rentables para los particulares y en los que ellos quieran participar con fines de lucro.

Como es sabido, entre las aceptables y posibles definiciones de la voz "licitación", se puede decir que esta palabra denota el procedimiento que utiliza la Administración Pública para escoger el mejor postor y asignarle un determinado contrato. Leyendo a MARIENHOFF, vemos que este autor manifiesta que la licitación es un procedimiento de selección del contratante de la Administración Pública que, sobre la base de una 'previa' justificación de idoneidad moral, técnica y financiera, tiende a establecer qué persona o entidad es la que ofrece el 'precio más conveniente' para aquella Administración.⁽¹⁾ Como se observa en Argentina, es el factor precio

(1) MARIENHOFF, Miguel. *Tratado de Derecho Administrativo. Contratos administrativos*. (Abeledo-Perrot. Buenos Aires. T. III-A. - Pág. 163).

el que decide la adjudicación del contrato público administrativo. En España, ocurre lo mismo, cuando se piensa en la 'subasta' y en el 'concurso subasta'; en cierto tipo de contratos. En su origen, el contrato citado nace con la figura del contrato de obra pública. Tanto en Argentina como en España, para citar sólo estos dos países, la adjudicación de este contrato recaía sobre aquella oferta que cotizaba el precio más bajo de todos los presentados en las respectivas propuestas. Se trata del sistema de la 'puja a la baja' o 'puja a la llana'; es decir, los oferentes se esfuerzan por cotizar precios lo más bajos posibles, con la finalidad de convertirse en contratistas de la Administración. La tesis predominante en nuestro país ha sido, y es, la de estimar como "mejor oferta" aquella cuyos elementos globalmente considerados, le propone a la Administración condiciones atractivas e idóneas, que la hacen merecedora de la correspondiente selección. Por ello, no se está en el caso de una 'puja a la llana' ya que todos los elementos o factores integrantes de una propuesta se toman en cuenta para los efectos de la selección pertinente o de la declaratoria de concurso desierto, según actúe la Administración.

Volviendo a lo que el autor mencionado expresó, el mismo añade que en ese sistema de adjudicación de la 'puja a la baja', se da el fenómeno de la "adjudicación automática", ya que se contrata con aquel que ha ofrecido el precio más bajo, jugando un papel pequeño la discrecionalidad administrativa en este acto de selección de cocontratante.⁽²⁾ Al contrario, en nuestro sistema legal, la discrecionalidad de la Administración sí desempeña un "rol" importante, ya que, luego de ponderar todos los elementos conformantes de una oferta, decide seleccionar una de ellas que califica como "mejor propuesta"; o, si lo prefiere, declara desierto el concurso. En relación con este aspecto de la cuestión, se polemiza acerca de si basta que la entidad licitante indique que declara desierto el concurso por "razones de interés público"; o, por "no convenir a los intereses del Fisco"; o, porque "pudieran conseguirse condiciones más ventajosas para el Tesoro". La costumbre se ha institucionalizado en el sentido de admitir como buena la declaratoria de concurso desierto, mediando sólo la mera expresión de la Administración consignada en el acta correspondiente de que se da ese acto administrativo en ese sentido por los motivos ya señalados (interés público; protección al Fisco; posible obtención de ventajas futuras al Tesoro). Aquellos, que quieren que la Administración razone exhaustivamente el acto de comentario, impugnan este proceder de la licitante, diciendo que puede darse el caso real en que la Administración hace tal declaratoria de acuerdo con arreglos "bajo cuerda", con un determinado postor (o postores), dejando burlados a los otros oferentes y al espíritu de la licitación pública. Asimismo, agregan que el acto administrativo de declaratoria de desierto un concurso está constreñido, como cualquier acto administrativo —en este caso "discrecio-

(2) Apud MARIENHOFF, Págs. 165 y 166; T. III-A.

nal"— a las reglas del acto administrativo discrecional; o sea, a la lógica, a la moral y a la sana gestión administrativa. En otras palabras, que el acto en cuestión, rechazando todas las ofertas, esté permitido, ello no implica que ese acto sea arbitrario. Sabido es que arbitrariedad y discrecionalidad no son sinónimos. Ahora bien, si en lugar de frases ambiguas, que a la vez son una salida fácil, como las indicadas, se obliga a la Administración a dar razón minuciosa de por qué declara desierto un concurso determinado, entonces la licitante se verá en la circunstancia de estudiar todas las plicas presentadas y decir por qué las rechaza todas. Esto significa trabajo de parte del burócrata público respectivo, que por el momento, por lo general, prefiere no hacer, ya que, como conocen quienes ven de cerca estos procedimientos, una vez que las ofertas son conocidas, la Administración selecciona una o varias (según el caso) y las demás, marginadas, son vistas superficialmente. Por ello, cuando un oferente apela del acto de adjudicación, la Administración se ve en la necesidad de auscultar la oferta del recurrente para buscarle vicios y defectos, y poder así tener armas con qué defender su adjudicación, y a la vez contraimpugnar. Pero, esta tarea de análisis profundo de la plica, se viene a realizar cuando un postor dado impugna la selección de mérito. Generalmente, el marginado del concurso, no sabe por qué lo rechazaron, y la Administración tampoco tiene muchos criterios en la mano como para decirle al marginado por qué es tal. Esto ocurre, generalmente, en la práctica. Así, pues, es una salida fácil manifestar que se declara desierto el concurso del caso, por "razones de interés público", o "para proteger al fisco", o ya que se "esperan cambios favorables para la Administración". Esta vía de escape puede apantallar arbitrariedades y ocultar actuaciones insanas de los administradores públicos. Por este motivo, estimamos que la declaratoria de desierto un concurso público debe ser detalladamente razonada, para obligar así a la licitante a estudiar minuciosamente las propuestas, evitando —de este modo—, y en lo posible, que se den arreglos y maniobras de los administradores públicos con ciertos proponentes poco escrupulosos. En fin, así se protege la gestión pública, y, por supuesto, los fondos de la colectividad. Y, este es un problema que debe ser resuelto, para evitar prácticas insanas y ayunas de moralidad administrativa.

Indudablemente, que no se pretende que la Administración contrate contra su voluntad o en contra de sus intereses; de lo que se trata es que so pretexto de "protección a los intereses públicos", se lleven a cabo arreglos dañinos para el Estado, sus finanzas y la comunidad. La práctica, por ejemplo y como dicen, "para mayor abundamiento", informa de casos en los que la Administración ha seleccionado un oferente dado; y, posteriormente, revoca su acto de adjudicación, ante la presión de otro postor que se encuentra entre los marginados. En esta circunstancia, la Administración ha recurrido a la senda de la declaratoria de desierto el concurso en cuestión. En el supuesto de la revocatoria de un acto de adjudicación, la licitante puede readjudicar la oferta del otro postor que ha presionado,

en el caso de que este proponente se ajuste al cartel. Caso opuesto, cuando este oferente incumple con el pliego de condiciones, la Administración procede a declarar desierto el concurso, "por razones de interés público". Al menos, parte de estas actuaciones irregulares de la Administración se aminorarían o se harían más sutiles (y no tan burdas como en la actualidad), si se obligara a la licitante a razonar en detalle sus actos de declaratoria de desierto el concurso. La complejidad de la contratación pública administrativa y el monto cuantioso que se invierte en licitaciones públicas hace impostergable una solución a este problema práctico.

II

EVOLUCION HISTORICA

Después de las anteriores consideraciones, nos vamos a referir a la evolución del sistema de licitación nacional, en sus normas de más relieve.

1) Código Fiscal de 1885

Este Código fue emitido el 31 de octubre de 1885, durante el Gobierno de Bernardo Soto; siendo secretario del Despacho de Hacienda, Mauro Fernández. Ambos firmaron la puesta en vigencia de ese cuerpo legal. El artículo 747 de este Código expresa que todos los contratos que celebre el gobierno, sea para la compra de materiales y especies, sea para la construcción de una obra o edificio, deberán ser precedidos de licitación publicada por la Secretaría de Estado correspondiente, en el periódico oficial. Esta licitación, deberá publicarse con 15 (quince) días, lo menos, de anticipación, al día señalado para cerrar el contrato y explicará las condiciones en que el gobierno desea celebrarlo. Añadiendo que, el Secretario de Estado, o la autoridad o funcionario que éste comisione, será quien reciba las propuestas escritas y firmadas, y quien al día señalado haga la adjudicación del contrato al mejor postor.

Esta disposición merece aunque sea un breve comentario.

1º) La totalidad de los contratos administrativos deben ser llevados a cabo "bajo licitación"; es decir, mediante el procedimiento de concurso. En la misma norma, 747, se observa que quien redactó tal disposición quiso ilustrar la negociación de comentario, al hablar de los contratos de obra pública y de suministros. Como se sabe el contrato administrativo público original fue el de obra pública. Alrededor de esta figura nace el contrato indicado y toda la problemática a que ha dado lugar, como ejemplo, la de determinar las diferencias y las semejanzas entre el contrato civil y el contrato público

administrativo. Discusión que todavía se mantiene con todo vigor. José-Ramón PARADA VAZQUEZ, Catedrático de la Facultad de Derecho de la Universidad de la Laguna, en España, ha calificado esta polémica como "bizantina".

2º) El aviso de licitación debe ser publicado por la Secretaría correspondiente o interesada en ella, en el periódico oficial, por lo menos, con 15 días de anticipación al día indicado para cerrar el contrato. Esta disposición atañe a uno de los principios básicos de la licitación pública: la publicidad. Efectivamente, mediante la publicación señalada, los potenciales postores y los administrados se enteraban de la invitación a concursar. Los primeros, para incitarlos a presentar ofertas; y, los segundos, para que pudieran darse cuenta, de la gestión financiera de la Administración. Tanto la primera disposición de que todos los contratos de la Administración deben hacerse por medio de licitación, como esta segunda, de que el aviso de licitación debe ser hecho público en el periódico oficial, por supuesto que se mantienen en la licitación pública actual; cosa que es explicable, obviamente, que tales disposiciones forman parte, "per se", de la naturaleza de esta licitación.

3º) También, en ese artículo 747, se hace relación al pliego de condiciones, pliego de bases, instructivo, memorial de condiciones o bases, o "cartel".⁽³⁾

Este pliego de condiciones o "cartel", en el cual la Administración fija las cláusulas negociales, debía publicarse, de acuerdo con el citado artículo 747, "al menos", con 15 días de anticipación a aquel en que se efectuara la adjudicación respectiva. Es decir, que el plazo de recepción de ofertas, era de 15 días, "por lo menos". O sea, que el lapso de presentación de plicas⁽⁴⁾ debía ser, como plazo mínimo, de 15 días. El numeral no explica si se trata de días naturales o hábiles; pero, la interpretación cede en favor de la tesis de que se trata de días hábiles, que son aquellos en los que, efectivamente, se pueden presentar propuestas en las correspondientes oficinas estatales, ya que es cuando están abiertas al público. De acuerdo con la redacción de ese artículo, el plazo de recepción de ofertas, podría ser de más de 15 días, para darle oportunidad a los potenciales licitadores de depositar sus ofertas en la oficina respectiva. Lo que ese numeral

(3) "Cartel" viene del francés, quien sufrió la influencia del italiano, en cuyo idioma se escribe "cartello", derivado de "carta". Su primera acepción es la de papel que se fija en un paraje público, para hacer saber alguna cosa. La voz "cartella", derivada —también— del italiano, y asimismo de "carta", significa el material en el cual se escribe alguna cosa. Tanto en Grecia como en Roma, en los contratos con el "gobierno", se usaban estos "carteles" o avisos llamando oferentes.

(4) La voz "plica" significa sobre cerrado y sellado en que se reserva algún documento o noticia que no debe publicarse hasta la fecha u ocasión determinada. Viene del latín "plica". En España, se usa como sinónimo de oferta en un contrato administrativo. Originalmente, implicó el sobre que contenía el documento; ahora, significa ambas cosas.

no precisa en lo referente al límite superior de ese lapso, ya que no dice cuántos días, como máximo, puede abarcar ese plazo de recepción de propuestas. Señala el límite inferior; pero no el superior.

4º) Las ofertas debían ser hechas por escrito y debían venir firmadas. Esto, trivialmente dicho, forma parte de lo que se define como plica u oferta en materia de licitación pública. Cabalmente, en la licitación, tanto en la privada como en la pública —en nuestro medio ambiente jurídico—, deben ser hechas por escrito, y, como cualquier documento, deben firmarse, para que tengan efectos legales, pues, de lo contrario, simplemente, no existe documento alguno, ya que es la firma la que, entre otras cosas, le otorga realidad legal y efectos jurídicos al mismo, no sólo en el aspecto material, sino además, en el ideológico o sustantivo.

Así, pues, en teoría documental, este documento privado que es la plica, propuesta u oferta del particular a la Administración, existe en el “mundo del derecho” si tiene firma; la cual, *lato sensu*, puede ser un signo gráfico convencionalmente aceptado como tal: rúbrica, iniciales, “recibido”, “visto bueno”, impresión digital o huella dactilar, “x”, etc. Claro está, que en el campo de las licitaciones, la firma debe ser el trazo abreviado de la denominación o nombre completo del correspondiente postor, ya se trate de una persona física o del representante legal de la persona jurídica o “moral”. (5)

Aquí se materializa el principio “licitatorio” (6) de que la oralidad no funciona en licitaciones, sino, el sistema escrito. El expediente debe recoger las actuaciones de las partes; y, el expediente no puede asimilar la comunicación oral o “verbal”. En el legajo correspondiente, se incluyen los documentos o papeles escritos, aquellos que manifiestan actos de voluntad o declarativos de las partes. Los que tienen relevancia jurídica; los que producen efectos legales.

En cuanto a la firma, con ella, la parte del caso, se supone que expresa su consentimiento y su conocimiento acerca de lo que firma. A propósito indicamos aquí el criterio de la Sala Segunda Civil, materializado en la sentencia N° 273, de las 15 horas y 15 minutos del 26 de setiembre de 1973, en la cual dijo que “el reconocimiento de una firma hace presumir que es cierto el contenido del documento, pues la firma al pie de éste, conforme a los usos oficiales, tiene tal significado”. (7)

(5) ROMERO PEREZ, Jorge Enrique. *La prueba de documentos en el proceso civil costarricense*. (Monografía doctoral dirigida por el Prof. Leonardo Prieto-Castro y Ferrándiz, de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid. De próxima publicación. Págs. 275 a 280. 1973.— Un resumen de esta monografía se publicó en el *Anuario de Derecho Civil de España* (Madrid: Instituto Nacional de Investigaciones Jurídicas. 1975).

(6) La palabra “licitatorio” no existe en el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española sin embargo, es una voz de uso común y que ha ocupado su lugar en el léxico de la contratación administrativa. Significa “relativo a la licitación”.

(7) Boletín informativo de la Corte Suprema de Justicia. 1º de octubre de 1973. N° 214 San José. Pág. 45.

5º) Interesante es hacer sobresalir la disposición contenida en el artículo 747, mencionado, en el sentido de que el día indicado como final para la recepción de plicas, se deben abrir las mismas y realizar la adjudicación al “mejor postor”. La norma no habla de que las ofertas deben presentarse cerradas; pero, ello debe suponerse, ya que se trata de una licitación pública, y en ella, el principio del “secreto de las ofertas” juega de modo sustancial. Pero, subrayemos el hecho de que la adjudicación debía realizarse de conformidad con el criterio de “mejor postor”, y no de quien ofrezca el precio más bajo. Así, pues, a partir de este Código Fiscal de 1885, la regla es que se adjudica tomando en consideración todos los factores y elementos integrantes de una plica, y no fijándose nada más en el factor precio. Implícitamente, se asumía que lo “barato, resulta, por lo general, caro”.

Esta expresión “adjudicación al mejor postor”, tiene plena vigencia como es sabido, en la licitación costarricense de hogaño. Es un concepto vital en nuestra licitación: resulta del análisis combinado e íntegro de todos los elementos y factores que componen la plica, como habíamos dicho. Así, en condiciones de paridad de tales elementos, aquel que sea distinto y favorezca a la administración puede decidir la adjudicación del caso. De acuerdo con este punto de vista, visible desde 1885, a nivel de ley, la adjudicación en Costa Rica no es “automática”; es decir, no se cristaliza sobre la plica de menor precio, sino que la Administración, una vez que decide negociar, vuelca su decisión de selección sobre la oferta que mejores condiciones le proponga. Así, pues, la licitación es “necesaria”, porque por medio de ella se debe efectuar la contratación administrativa, pero, no es “automática”, sino que es “opcional”, vale expresar: en virtud del estudio de los componentes globales de la plica. “Opcional”, porque se juega en un “set” de “opciones”, de posibilidades de elección entre los factores componentes de cada plica y entre las ofertas conjugadas en su relación recíproca. Este carácter “opcional” de la elección, en cuanto a decisión administrativa se refiere, juega —además— en lo atañente a la facultad que tiene la licitante de declarar desierto el concurso. Es una opción que tiene y que si quiere la realiza.

6º) Aquí, someramente, recordamos, que durante la década de 1880 a 1890, “en que gobernaron los Presidentes Próspero Fernández y Bernardo Soto, tuvo su mayor auge la ideología liberal, que se hizo sentir en una serie de medidas para limitar el poder de la Iglesia Católica y mejorar sustancialmente la educación popular”. (8)

También, como es sabido, el 18 de julio de 1884, Próspero Fernández expulsa de Costa Rica al Obispo Bernardo Augusto Thiel,

(8) FERNANDEZ GUARDIA, Ricardo. *Cartilla Histórica de Costa Rica* (Ed. Lehmann. San José. 1967, Págs. 119 a 125). GAMBOA G., Francisco. *Costa Rica Ensayo histórico*. (Ed. Revolución. San José, 1971. Pág. 59).

alemán, y a los jesuitas. Este obispo regresa al país, en 1886, durante el gobierno de Bernardo Soto. Ya, en tiempos de Bernardo Soto, Mauro Fernández, en el Despacho de Educación, el 22 de febrero de 1886, funda la Escuela Normal; y, el 26 del mismo mes y año, dicta la Ley General de Educación Común, con una orientación laica y liberal al sistema educativo. Esto ocurre luego de que, en 1885, se había dictado la Ley Fundamental de instrucción pública. Se establece la enseñanza primaria de modo gratuito, obligatorio y laico. Fruto de este liberalismo filosófico integral —ya que es una cosmovisión— se crean los centros de enseñanza siguientes: Liceo de Costa Rica, Colegio Superior de Señoritas, el Instituto Nacional de Alajuela, la citada Escuela Normal. Se elimina la Universidad de Santo Tomás, dejándola reducida a una Escuela de Derecho. También, se crearon el Museo y la Biblioteca Nacional.

Durante esa década de 1880 a 1890, los altos precios del café favorecieron la acción del gobierno y la economía del país. Esto nos recuerda lo que Ricardo Jiménez decía sobre el café: "El mejor ministro de Hacienda de Costa Rica es un buen precio para el café".

También en esta década a un contratista peculiar del Estado costarricense, se le da, en virtud del Contrato Soto-Keith de 1884, el 8% del territorio nacional. Minor Cooper Keith, realiza —entre otros— estos contratos administrativos: instalación del sistema de luz eléctrica en San José; además de la construcción de la red de cloacas y cañerías en esta ciudad. Construcción de los mercados centrales de Heredia y Cartago. Instalación del tranvía en la vieja metrópoli. Construcción de los baños públicos en Agua Caliente de Cartago. A propósito de este sujeto ilustrador de la tesis Joseph Alois SCHUMPETER, del desarrollo capitalista generado por los empresarios, (9) dice Watt STEWART que "existieron, en realidad, pocas formas de hacer dinero en las que no hubiera participado, a veces en gran escala". (10) Como se sabe John Keith Meiggs vino a nuestro país llamado por el Presidente Tomás Guardia para construir el ferrocarril al Atlántico. El y sus tres sobrinos murieron en Costa Rica. Por lo que respecta al cuarto sobrino, Minor Cooper, le correspondió la tarea de desempeñar un papel importante en la historia nacional. Lucró a expensas del gobernante de turno. Se casó con la hija número 11 de los 15 hijos que tuvo el hogar formado por el Dr. José María Castro y Pacífica Fernández de Castro. El matrimonio se celebró el 31 de octubre de 1883 en Brooklyn, Nueva York. Esto le facilitaba sus negocios con la anuencia y participación de la clase alta costarricense u oligarquía plutocrática.

Una de las notas relevantes del liberalismo, como actitud integral frente a la vida, que prevaleció en la década de 1880 a 1890, fue el espíritu laico en contraposición al lineamiento de grupos reli-

(9) SCHUMPETER, Joseph Alois. *Teoría del desenvolvimiento económico*. (Fondo de Cultura Económica. México. 3ª ed. 1963).

(10) STEWART, Watt. *Keith y Costa Rica*. (Ed. Costa Rica. San José. 1967. Págs. 154 y 155).

giosos u órdenes eclesiásticas. Un hecho que proyectó ese tipo de postura filosófica fue la masonería. Recordamos aquí al fundador de la logia "Caridad", el sacerdote Francisco Calvo, quien en 1865, llevó a cabo tal realización. (11) Buena parte de la oligarquía nacional fue, en la segunda mitad del Siglo XIX, simpatizante o miembro de las logias. La masonería fue (y todavía lo sigue siendo, aunque con otros matices) una corriente filosófica, con indudable influencia en las decisiones que se tomaban en el país. En parte, por los conflictos entre la maquinaria estatal y la maquinaria eclesiástica, movidas ambas por las élites de poder correspondientes, se ven nacer, en el tapete de fuerzas políticas y económicas en pugna, agrupaciones religiosas con proyección política; la masonería. Ambas en una lucha de intereses y de poder. Claro está, y; por supuesto que detrás de estas agrupaciones de poder, estaban los respectivos núcleos de la alta clerecía y de la plutocracia nacional e internacional; representada esta última en la persona de Minor Cooper Keith. En fin, anotar aquí que el poder lo ejercen los miembros de las oligarquías, en su beneficio, es una trivialidad. Pero, este hecho rutinario y cotidiano, cuántos distorsionantes "interesados" tuvo, tiene y tendrá! Precisamente, esos ideólogos al servicio, y pertenecientes, por lo general, a las oligarquías plutocráticas de nuestro país, hacen todo lo posible por disfrazar la realidad para proteger a "los que mandan", en lenguaje de José Luis DE IMAZ. (11a)

2) *Reglamento de organización de las obras públicas nacionales de 21 de diciembre de 1889*

También en la década de 1880 a 1890, se dictó este reglamento, durante el gobierno de Carlos Durán.

Los aspectos medulares, en lo que nos interesa de este reglamento son los siguientes:

1º) Todos los contratos nuevos que deban ejecutarse por cuenta del Gobierno y que demanden un gasto mayor de "quinientos pesos", se harán por contrato, previa licitación (Artículo 19). (11 b)

2º) La licitación se adjudicará al oferente que proponga las mejores condiciones para el Gobierno (artículo 19).

3º) El principio de "contratista interpuesto" no juega en las tareas de mera conservación de carreteras, edificios públicos, obras de arte y todos los trabajos nuevos cuyo costo sea inferior a "quinientos pesos". De acuerdo con este numeral 20, la Administración podría realizar por sí misma este tipo de trabajos. Aquí no se nece-

(11) OBREGON LORIA, Rafael. *Pbro. Dr. Francisco Calvo. Organizador de la masonería en Costa Rica*. (Imprenta Borrásé. San José, 1963. Págs. 79 a 86). BLANCO SEGURA, Ricardo. *Historia eclesiástica de Costa Rica*. (Ed. Costa Rica. San José. 1967. Págs. 306 a 322).

(11a) DE IMAZ, José Luis. *Los que mandan* (EUDEBA. Buenos Aires. 1969).

(11b) Al respecto, se puede ver —entre otras— la resolución de 9:50 horas del 30 de agosto de 1935 (Municipalidad de Cartago vs. Avila Santurce).

sitaba un particular que negociara con el Estado, sino que es el mismo gobierno quien se encarga de hacer esas labores.

4º) De conformidad con los artículos 19 y 20, citados, la licitación pública regía para contratos por montos superiores a los “quinientos pesos”; y, para sumas inferiores a ésta, le correspondía a la Administración la ejecución de las citadas tareas. La distinción se daba, como todavía ocurre, mediante sumas de dinero que hacían (y hacen) el papel de “barreras de permisión”; es decir, de límites dentro de los cuales, el Estado quedaba (y queda) habilitado para negociar de un determinado modo (licitación pública — Art. 19—; o ejecución de obras por el Gobierno).

5º) Este reglamento, llama lo que se conoce como “cartel”, con el nombre francés, traducido literalmente al castellano, de “cuaderno de condiciones” (“cahier des charges”). Se podría plantear a modo de hipótesis que en esa época, de fuerte influencia francesa en nuestra legislación, probablemente, contarían los redactores de esta norma con algún texto francés relativo a la contratación administrativa, del cual tomaron algunas o muchas ideas. Nos inclinamos a pensar que fueron “muchas ideas”, ya que en el texto de tal Reglamento aparecen una serie de disposiciones muy apegadas a la tesis del ‘contrat administratif’.

6º) En los artículos 66, 67 y 68 del citado Reglamento, se dice que los contratos administrativos se ejecutarán por “ajuste o precio alzado”, por “serie de precios”, y por “arrendamiento”.

7º) Cada proyecto de ejecución de obras debería acompañarse, entre otras cosas, de un presupuesto del costo del trabajo proyectado y de una explicación escrita de las obligaciones para la ejecución del contrato, al tenor del artículo 12. Estas obligaciones contractuales escritas, constituyen el pliego de condiciones o “cartel” de la licitación correspondiente.

8º) Las obras públicas nacionales estaban a cargo de una Dirección General e Inspección superior, cuyo titular, el Director e Inspector General, era nombrado por el Poder Ejecutivo; y, dependía, directamente, de la Secretaría de Fomento (artículo 12).

9º) Todos los proyectos y documentos preparados por el Departamento de Estudios debían ser sometidos a la aprobación del Director General, mencionado, de acuerdo a la disposición contenida en el numeral 11. Este Departamento se encargaba de la tarea de análisis acerca de la futura obra pública nacional que se pensaba realizar en el futuro.

3) Acuerdo Ejecutivo N° 142 del 14 de mayo de 1910

Este Acuerdo es del Presidente Ricardo Jiménez, durante su primer gobierno.

Los rasgos esenciales de este Acuerdo son estos:

1º) La motivación del mismo fue la siguiente:

“Atendiendo a la conveniencia de regularizar el servicio de compras para los diferentes departamentos de la Administración Pública, y como medida de buen manejo, de orden y de economía”, procedía a dictar el citado Acuerdo.

El decreto ejecutivo N° 4 del 19 de mayo de 1924, emitido durante el segundo gobierno de Ricardo Jiménez, presentó la misma redacción en cuanto a la motivación se refiere.

2º) Todas las compras que haga el Gobierno, así como todas las erogaciones a que esas compras den lugar, serán hechas por la Secretaría de Hacienda, a la cual deberán remitir, los jefes de Departamentos y Oficinas, nota detallada de lo que necesiten, con expresión del uso y destino que se les daría.

3º) La Secretaría de Hacienda, cuando se trate de compras en plaza, cuyo valor exceda de cien colones (¢ 100.00), llamará a licitación a los vendedores, por medio de un aviso publicado en el Diario Oficial.

Como se observa fácilmente, se está frente al contrato de suministros. En lo que a este contrato atañe, operaba la licitación pública, para montos superiores a los cien colones, en cotizaciones en plaza.

4º) Este anuncio de licitación publicado en el Diario Oficial, debería señalar el plazo de recepción de ofertas; el cual se determinaba de acuerdo con la naturaleza del respectivo contrato de suministros. Al tenor de la redacción del Acuerdo dicho: “señalando como término para oír ofertas, el que cada orden por su carácter especial demande”. Con respecto de esta expresión, anotamos que en la Ley N° 201 o Ley Orgánica de Tesorería Nacional y Proveeduría Nacional del 6 de setiembre de 1945, en su artículo 23 se da una redacción similar. Veamos: “Para las compras mayores de mil colones, deberá proceder licitación pública *con mayor o menor plazo, según la importancia y naturaleza de la compra*”. El artículo 97 de la Ley de Administración Financiera de la República, en vigencia, expresa que “salvo lo establecido en el artículo anterior, para toda otra clase de contratos o compras mayores de cinco mil colones (¢ 5.000.00), deberá procederse a licitación pública *con mayor o menor plazo, según la importancia y naturaleza de la obra o de la compra*”. En el fondo, la idea en la misma: el plazo de recepción de plicas, se supeditaba a la naturaleza del contrato que se deseaba celebrar.

Cuando analicemos la Ley de Administración Financiera de la República nos referiremos a un caso en el cual la Contraloría le señaló, en Resolución anulatoria del respectivo acto de adjudicación, que esa expresión “con mayor o menor plazo”, no podía ser interpretada por la licitante de un modo arbitrario en contra de los intereses de los oferentes y de los principios que rigen la licitación pública. Con estas ideas, nada más quisimos subrayar que la citada expresión tiene un antecedente en el Acuerdo N° 142 de comentario.

5º) Cuando se trata de pedidos no en plaza, como en el supuesto anterior, sino al exterior, la Administración invitará a participar en la licitación a las fábricas o casas comisionistas.

Como se ve, las tales "casas comisionistas", es lo que el actual Código de Comercio, llama "representantes de casas extranjeras", o simples colocadores de órdenes de compras.

6º) La adjudicación recaerá sobre la oferta que ofrezca mejores condiciones a la Administración.

Con esta afirmación termina el Acuerdo de marras. Aquí, también se reafirma la tesis de la licitación pública costarricense: seleccionar al postor que propone mejores condiciones a la licitante. Ya habíamos dicho que la elección de la mejor oferta, de aquella que le ofrezca a la Administración las "mejores condiciones", implica el estudio global de cada plica, la ponderación de todos y cada uno de sus elementos integrantes de la propuesta correspondiente.

7º) Así, pues, el contrato de obra pública lo regulaba el Reglamento de 21 de diciembre de 1889, ya comentado; y, el contrato de suministros estaba normado mediante este Acuerdo N° 142. De esta suerte, los contratos administrativos clásicos venían a estar sujetos a derecho por medio de tales ordenaciones legales. Todo esto sucedía en la década de 1880.

8º) El procedimiento de la licitación pública era necesario, en el contrato de obra pública, en montos de negociación superiores a "quinientos pesos"; y, en los contratos de suministros, para sumas de transacción mayores de cien colones. Esta distinción respondía a la diferente naturaleza de ambos contratos, ya que la ejecución de obras públicas requería sumas de dinero muy altas comparadas con las que necesitaba el contrato de suministros para su cristalización. Esta matización todavía se mantiene en la legislación actual y responde a esa situación relativa a la complejidad y cuantía de la ejecución de los contratos de obra pública.

9º) Ya a estas alturas del desarrollo histórico de nuestro país, el poder de los "cafetaleros" y de los "bananeros", se había afianzado y robustecido en la estructura económica y política costarricense.

Con estas notas relevantes de las élites de poder radicadas en suelo costarricense, nuestro país acentuaba su carácter de enclave colonial, con una oligarquía supeditada a los centros de poder ingleses, franceses y estadounidenses. Tal es parte de la historia de nuestro país "subdesarrollado" y explotado por las metrópolis de ayer, de hoy, y de mañana. ¿Es posible que la historia costarricense sea la historia de la presencia de los imperialismos vigentes en cada época dada? Primero, el ibérico,⁽¹²⁾ luego, el franco-anglosajón; y, posteriormente, el de aquella nación "superdesarrollada" de turno. Es que, acaso, las páginas de la historia de Costa Rica, serán escritas

(12) Stanley, J. y, Bárbara H. STEIN. *La herencia Colonial América Latina*. (Siglo XXI. México. 1970).

por la dialéctica relación colonialismo-imperialismo omnipresente? Es este el pasado, el presente y el futuro de un país pequeño, como el nuestro, sujeto a la "fábula del tiburón y las sardinas",^(12a) como otrora dijera Juan José Arévalo? Si, parte significativa de las élites de poder ubicadas en territorio "nacional", son turcos, libaneses, españoles, italianos, cubanos, estadounidenses, judíos, etc.; ¿qué se puede esperar del porvenir de Costa Rica, si sus destinos están controlados por núcleos humanos provenientes de otros países, sin más arraigo en el nuestro que el deseo del lucro?

Con estas palabras estamos entrando en el campo de la sociología política. Pero; ¿cómo hacer un auscultamiento de la contratación administrativa costarricense, sin ubicar la problemática en su contexto real y cotidiano? Escribir un ensayo jurídico sobre especulaciones ceñidas a la exégesis de la letra de la norma legal no tiene sentido, es un absurdo. Sencillamente porque las normas están referidas a realidades concretas. A realidades perfectamente visibles. Los contratistas, los oferentes, los administradores públicos, son seres humanos, de carne y hueso. No categorías abstractas, jugando en el vacío. De lo que se trata es de una lucha por el Poder!

4) *Creación de la Oficina de Control, mediante Ley N° 8 del 26 de mayo de 1922*

La Oficina de Control es creada durante el Gobierno de Julio Acosta, sobrino de Braulio Carrillo, ex mandatario nacional.⁽¹³⁾

El Artículo primero de esta ley, entre otras cosas, decía que se creaba esta oficina para "vigilar la adjudicación que se haga de todas las licitaciones para servicios, construcción o provisión del Estado". Por su parte el numeral segundo, manifestaba que todo giro contra la Tesorería Nacional, debía llevar, necesariamente el "refrendado" de la Oficina de Control, sin cuyo requisito sería nulo el pago que se efectuase.

La motivación que Durán le dio a esta ley fue que "ha sido una necesidad vivamente sentida la creación de una Oficina de Control que encarrile y ordene todas las entradas y erogaciones de la Hacienda Pública".

Por lo que se refiere al nombramiento del Jefe de la citada Oficina, el mismo estaba a cargo del Poder Legislativo; y, el resto del personal lo nombraba el Poder Ejecutivo, de acuerdo con la redacción del artículo tercero.

El muy citado, a propósito de estos temas, Tomás Soley Güell, nos dice que la Oficina de Control empezó a funcionar a partir del 1º de julio de 1922, pero para convertirse en Ley definitiva tenía

(12a) AREVALO, Juan José. *Fábula del tiburón y las sardinas*. América Latina estrangulada. (Buenos Aires. Ed. Meridión. 1956).

(13) NUÑEZ, Francisco María. *Julio Acosta*. (Ed. Ministerio de Cultura, Juventud y Deportes. San José. 1973. Pág. 13).

que recibir la sanción de una nueva legislatura y "en el entretanto vivir en situación precaria, expuesto a derrumbarse en el primer choque con el Ejecutivo".⁽¹⁴⁾ A Juan Bautista Quirós le correspondió la labor de organizar la mencionada oficina y de encuadrarla, adecuadamente, en la gama de instituciones estatales.

Mario Alberto Jiménez nos refiere sobre este punto de Julio Acosta, en su Mensaje del 1º de mayo de 1924, había dicho que su Gobierno había iniciado la creación de la Oficina de Control, al presentarle al Congreso un proyecto de empréstito. El Congreso recogió la iniciativa y le dio forma, un tiempo después, introduciendo una reforma constitucional.⁽¹⁵⁾ Acosta se refiere al proyecto de reforma a la fracción 11ª del artículo 73 de la Constitución Política de 1871; la cual formuló el Congreso el 25 de junio de 1923. En dicho Mensaje, Acosta, expresa que le parece bien que la Oficina de Control, creada por "ley especial", esté presente en la Carta Magna.

A su vez, Tomás SOLEY GÜELL, nos informa sobre este aspecto que para aliviar la situación fiscal, el Poder Ejecutivo (Carlos Durán, en ese entonces), envió al Congreso un contrato de empréstito por un millón de dólares. Precisa este autor que "corto era el remedio", ya que la deuda interna era de "cuarenta millones", los cuales "consistían, en su mayor parte, en giros, vales a pagar y contratos bancarios; todo de plazo vencido".⁽¹⁶⁾ Dice el citado escritor que no fue la insuficiencia del empréstito lo que motivó su rechazo en la Cámara sino las condiciones de la negociación, y, entre ellas, especialmente, la "impuesta por el banco prestamista para cobrarse, como buena, una deuda que el Estado no reconocía". Es decir, la representada por el millón de colones en "billetes sábanas que el Royal Bank guardaba en sus arcas". El contrato, en mención, obligaba al pago de esa suma y de sus intereses. Además, imponía la obligación de darle al indicado banco los dólares del empréstito a un tipo de cambio (350%) inferior en cincuenta puntos al tipo que regía en la plaza. Los intereses se fijaban al 10%; y, el pago de ellos y del capital debía hacerse en cuatro cuotas trimestrales, lo cual implicaba un plazo sumamente corto.⁽¹⁷⁾

El contrato señalado llevaba las cláusulas en las cuales se proponía el establecimiento de una Auditoría y Contraloría fiscalizadora de los gastos públicos y celadora del cumplimiento de la ley de presupuesto.⁽¹⁸⁾ El Congreso aprovechó la ocasión, nos cuenta SOLEY GÜELL para no aceptar la idea de la contraloría tal como la proponía el citado Banco extranjero. Eso sí, los legisladores estimaron conveniente que nuestro país contara con un ente contralor de la Ha-

(14) SOLEY GÜELL, Tomás. *Historia económica y hacendaria de Costa Rica*. (Ed. Universitaria. San José. 1949. T. II. Págs. 199 y 200).

(15) JIMENEZ, Mario Alberto. *Obras completas*. (Ed. Costa Rica. San José. T. II. Págs. 251-252).

(16) Apud. SOLEY GÜELL. T. II, pág. 181.

(17) *Idem.*, pág. 181-182.

(18) *Ibídem*, SOLEY GÜELL. Pág. 182.

cienda Pública. Así, pocos meses después, es ley de la República. El Poder Ejecutivo, al ver el sentido que tomaba la discusión del contrato de empréstito, optó por retirar del concurso tal proyecto negocial.

Como efecto de esa medida, Carlos Durán se vio forzado a efectuar empréstitos con la United Fruit Company, Minor Cooper Keith y otros empresarios más, como los Collado, los Sasso, Pirie, etc.⁽¹⁹⁾

Cabe hacer notar que toda esta política estatal, en materia de hacienda pública, se llevaba a cabo dentro de los cánones del liberalismo económico y político. Lo cual es una perogrullada, pero resulta conveniente hacerla resaltar. Como bien señala ARAYA POCHE, la influencia del capital extranjero, se hace sentir de un modo muy marcado sobre el país en general.⁽²⁰⁾ Así, los señores —extranjeros y nacionales— del café y del banano, controlan la maquinaria estatal en su beneficio y en su política de robustecimiento de sus posiciones dentro de la estructura de poder de nuestra nación.

Esta ley N° 8, le tocó sancionarla a Ricardo Jiménez, en su segundo mandato presidencial, debido a la específica tramitación legal correspondiente, ya que para convertirse en "ley definitiva tenía que recibir la sanción de una nueva legislatura".⁽²¹⁾ como se dejó sentado antes.

5) El Centro de Control a nivel constitucional en 1924

Como se ha escrito, la Oficina de Control o Contraloría (entidad pública encargada del control o de la fiscalización jurídico-contable de la Hacienda Pública, se origina en la imposición de contar con "una Auditoría y Contraloría fiscalizadora de los gastos públicos",⁽²²⁾ como uno de los requisitos para otorgar el préstamo al Gobierno costarricense, en tiempos de Julio Acosta García. Ahí está el nacimiento de la entidad de derecho público, conocida como la "Contraloría":⁽²³⁾ en una imposición del capital extranjero; como las cláusulas que se observan ahora en las licitaciones públicas promovidas por el Estado, y con fondos de la Agencia Internacional del Desarrollo (A.I.D.). Ahora bien, en lo que a estas cláusulas del cartel atañe, es conveniente señalar que una institución como el contrato público

(19) SOLEY. *Op. cit.* Págs. 182 y 183.

(20) ARAYA POCHE, Carlos. *El desarrollo económico y social de Costa Rica a partir de 1821*. En el libro "El desarrollo nacional en 150 años de vida independiente". Universidad de Costa Rica. San José. 1971. Págs. 92-93.

(21) SOLEY GÜELL. *Op. cit.* Pág. 199. T. II.

(22) *Idem.* Pág. 182. T. II.

(23) En el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, aparece la palabra "Contralor", con el significado siguiente: 1. Oficio honorífico de la casa real, según la etiqueta de la Borgoña, equivalente a lo que, según la de Castilla, llamaban veedor. Intervenia las cuentas, los gastos, las libranzas... 3. En algunos países de América es el funcionario encargado de examinar la contabilidad oficial. La voz "contraloría" no aparece en este libro.

administrativo, enraizado en Costa Rica, con una tendencia francesa ("contrat administratif"), se ve influenciada por el Common-Law por medio de estos carteles redactados en los Estados Unidos. Es este un fenómeno interesante, ya que se está dando una simbiosis entre el derecho francés y el derecho anglosajón, que confluye en la discutida y ambigua figura del contrato administrativo. Pero esta idea apenas la dejamos esbozada aquí, ya que en páginas posteriores nos ocuparemos de ello, con un poco de detalle.

Le corresponde a Ricardo Jiménez elevar a rango constitucional, a través de la reforma (propuesta por Julio Acosta García, y tramitada en su Gobierno, como ya se dijo),⁽²⁴⁾ por Ley N° 6 del 26 de mayo de 1924 (recordemos que Acosta García estuvo en el poder del 8 de mayo de 1920 al 8 de mayo de 1924), de la fracción 11ª del artículo 73 de la Carta Magna de 1871. Tanto la Ley N° 8 del 26 de mayo de 1922, por la que se creaba la Oficina de Control, como esta reforma constitucional, se gestaron en el tiempo de Julio Acosta, como se indicó anteriormente.

En el texto constitucional, aparece con el nombre de "Centro de Control", y no de "Oficina de Control". La Ley N° 200 del 6 de setiembre de 1945, relativa al "Centro de Control", mantuvo, obviamente, ese mismo nombre. Posteriormente, en la Constitución Política de 1949, se le cambió por el de "Contraloría General de la República".

Es interesante señalar aquí lo que nos dice RODRIGUEZ VEGA, acerca de esta época:

Ricardo Jiménez estaba al frente del Partido Republicano y Alberto Echandi comandaba el Partido Agrícola. Jorge Volio se les enfrenta, con su partido Reformista. Volio y Jiménez se entienden y este último sube a la silla presidencial por segunda vez. Así, este representante de la generación de "los hombres de 1889", toma las riendas del poder nuevamente; y, con ello se plasma el liberalismo "a lo costarricense": "es decir, la separación nítida del Estado y la Iglesia".⁽²⁵⁾ Como bien indica este autor, Volio hizo Presidente, otra vez, a Jiménez, tiene dos Ministros y cinco Diputados, "muchas de sus ideas se han metido para siempre entre los electores, pero, precisamente por eso, el movimiento ha ido perdiendo parte de su impulso general".⁽²⁶⁾

También SOLEY GÜELL nos habla de estos episodios, cuando nos refiere que el Congreso le manifestaba una política contraria a Ricardo Jiménez. La cual se explicaba por el hecho de que la mayoría de los Diputados del Congreso pertenecían al bando de Alberto Echandi, "vencido en las elecciones por corto número de votos y por componendas electorales no muy limpias".⁽²⁷⁾ En una ocasión, estos Di-

(24) JIMENEZ, Mario Alberto. Op. cit. Págs. 252 y 253. T. II.

(25) RODRIGUEZ VEGA, Eugenio. *Los días de Don Ricardo*. (Ed. Costa Rica. San José. 1971. Págs. 97 a 121.

(26) Idem. Pág. 113.

(27) SOLEY GÜELL. Op. cit. T. II. Pág. 223.

putados "echandistas", trataron de vengarse de la derrota, cuando el Jefe de Control, General Quirós, preparaba un viaje al exterior. Esta circunstancia trató de aprovecharla la tendencia "echandista" contra Ricardo Jiménez, pues, nombró como sustituto de Quirós, "a un político, seriamente agraviado contra el Presidente".⁽²⁸⁾ Ante esta situación, Quirós anuló su viaje y se mantuvo "al frente de la Contraloría".⁽²⁹⁾ Termina diciéndonos el escritor de marras, que la actitud de los "echandistas" varió ante la "fructuosa labor de reconstrucción económica y hacendaria que caracteriza esta segunda administración de Don Ricardo Jiménez".⁽³⁰⁾

6) Decreto Ejecutivo N° 4 del 19 de mayo de 1924

La motivación que dio Ricardo Jiménez para emitir este Decreto es una copia literal de la que ya había dado en el Acuerdo N° 142 del 14 de mayo de 1910, al cual se hizo relación: que atendiendo a la conveniencia de regularizar el servicio de compras para los diferentes departamentos de la Administración Pública, y como medida de buen manejo, de orden y de economía, procedía a dictar el siguiente Decreto.

Lo fundamental de los cinco artículos que componen este Decreto N° 4, es que la licitación pública es obligatoria en compras cuyos montos sean superiores de los quinientos colones (₡ 500.00). La diferencia de este Decreto con el Acuerdo N° 142, es que en este del año de 1910, la licitación pública era necesaria para el contrato de suministros por montos superiores a los cien colones (₡ 100.00); mientras, que en 1924, la suma, a partir de la cual tal licitación era obligatoria, era la de quinientos colones (₡ 500.00). Se trataba, como en la actualidad, de una simple adecuación de los montos al poder adquisitivo de la moneda en el mercado respectivo.

7) Reglamento de compras por montos menores a los ₡ 500.00

El mismo Ricardo Jiménez dictó este Reglamento relativo a las adquisiciones por sumas inferiores a los ₡ 500.00 mediante Decreto N° 6 del 21 de mayo de 1924.

Este Reglamento contiene seis artículos. Lo más relevante de él, es que se regula la licitación privada, al prevenir al administrador público que debe invitar a este concurso privado, al menos, a tres oferentes; prefiriendo, al momento de adjudicar, en igualdad de condiciones, al importador o al fabricante en lugar de cualquier intermediario o revendedor (artículo tercero).

De este modo, en este Gobierno de Ricardo Jiménez, se daban normas para el contrato de suministros: regía la licitación pública

(28) Idem., misma página y tomo.

(29) Ibidem.

(30) Apud SOLEY GÜELL. T. II. Pág. 223, 'in fine'.

para compras superiores a los ₡ 500.00 (Decreto N° 4 del 19 de mayo de 1924, ya citado); y, la licitación privada, debía usarse para negocios por sumas inferiores a la indicada, de conformidad con este Decreto N° 6 del 21 del mismo mes y año).

SOLEY GÜELL nos ilustra sobre estos tópicos, al manifestarnos que Ricardo Jiménez "centralizó en la Secretaría de Hacienda todas las compras del Gobierno, las cuales se hicieron en lo sucesivo por medio de licitaciones públicas. Para ello, creó la Sección de Compras y liquidó el Almacén Nacional, fuente —este último—, de constantes pérdidas para el erario".⁽³¹⁾

8) Acuerdo Ejecutivo N° 44 del 9 de setiembre de 1924

Mediante este Acuerdo en el segundo gobierno de Ricardo Jiménez, se le dio a la Municipalidad de San José el Reglamento de administración local. El capítulo XI de este Reglamento se dedicaba al "Almacén". Su artículo 49, le asignaba al Jefe del Almacén, entre otras tareas, la de practicar licitaciones privadas para la provisión de materiales o efectos que necesite la Municipalidad.

9) Acuerdo Ejecutivo N° 144 del 2 de mayo de 1931

Fue en el segundo gobierno de Cleto González Víquez, en el que se dicta este Acuerdo. Lo llamaron "Reglamento de licitaciones". Por este Acuerdo se reformó el artículo 52 del Reglamento de Administración local, citado o Acuerdo N° 144 del 9 de setiembre de 1924.

Este Acuerdo N° 144 mandaba que procedía la licitación pública, en adquisiciones por montos superiores a los doscientos colones; y, licitación privada, en montos de negociación inferiores a tal suma.

Sobre la gestión, en el campo de la Hacienda Pública, de González Víquez, SOLEY GÜELL apunta que, por ejemplo, en los contratos para la construcción de carreteras, se originaron diferencias entre el Gobierno y los contratistas por el monto del costo de las obras, por la calidad del trabajo y por la recta inversión de los fondos que afrontaba el Estado.⁽³²⁾

10) Decreto N° 1 del 9 de mayo de 1940

En esta época la Presidencia la ocupa Rafael Angel Calderón Guardia, nacido el 10 de marzo de 1900. Médico y político nacional. Su figura, como expresa AGUILAR BULGARELLI, "será muy con-

(31) SOLEY GÜELL. Op. cit. Pág. 212.

(32) Apud SOLEY GÜELL. T. II. Pág. 276.

tradictoria".⁽³³⁾ Efectivamente, este discípulo de Galeno, se introduce en el campo político. Su destino tropieza con el de un súbdito español, nacionalizado costarricense hasta los 32 años de edad:⁽³⁴⁾ José María Figueres Ferrer, nacido en San Ramón el 25 de setiembre de 1906. Hijo del médico Mariano Figueres Forger y de la maestra Paquita Ferrer Minguella, ambos catalanes.⁽³⁵⁾ "Calderonismo" y "figuerismo", serán las corrientes políticas (de corte *populista*) patentes en el destino del país. Todavía hoy, aunque ya esté muerto Calderón Guardia, sus partidarios siguen aglutinados sobre un tapete de postulados ideológicos —más o menos perfilados— que persisten en llamar "calderonismo", cuyo aspecto melular es la actitud del mencionado médico con respecto de las denominadas "reformas sociales" (promulgación del Código de Trabajo, establecimiento del Seguro Social, etc.). Por su parte, los "figueristas", presentan dos aristas, entre otras: la de tener una adhesión a un líder carismático, en el sentido de lo que Max Weber entendía por tal,⁽³⁶⁾ fruto de haber resultado el dirigente vencedor de la guerra civil de 1948; y, la de participar de una social democracia, no muy bien definida, más bien imprecisa y vaga, a veces equívoca y zigzagueante, propuesta por el Partido Liberación Nacional.

Si Calderón Guardia plasmó un cierto tipo de líder carismático, fundado, esencialmente, en "sus buenas y caritativas obras como médico"; José María Figueres cristalizó el carisma del caudillo militar vencedor, que a la vez, gracias a los "glostoras"⁽³⁷⁾ o "centristas", ofrecía una tesis política, bajo la denominación de "social democracia". De este modo el Partido Republicano, jefeadado por dicho médico no contuvo una "programática" ideológica, propiamente dicha; fue más bien una "praxis", que una "theoria".

La motivación del Dr. Rafael Angel Calderón Guardia, al citado Decreto N° 1, fue que el mecanismo de la Administración de la Secretaría de Fomento y Agricultura requería, para su mejor funcionamiento una mayor "expedición y estricto control".

Sus aspectos básicos fueron los siguientes:

1º) Se creó la auditoría general de la Secretaría de Fomento y Agricultura. Adscritas a esta auditoría, se crearon la Sección de Compras; y, la Sección de Cuentas, de acuerdo al artículo primero del mencionado Decreto N° 1.

(33) AGUILAR BULGARELLI, Oscar. *Costa Rica y sus hechos políticos de 1948. Problemática de una década.* (Ed. Costa Rica. San José. Pág. 27).

(34) GONZALEZ VIQUEZ, Cleto. *Personal del Poder Ejecutivo de Costa Rica.* (Edición actualizada por el Instituto Geográfico Nacional. San José. 1969. Pág. 25).

(35) CASTRO ESQUIVEL, Arturo. *José Figueres Ferrer. El hombre y su obra.* (Tomo. San José. 1955. Págs. 13 a 15).— González Víquez. *Idem.*

(36) Entre las obras de este intelectual alemán (1864-1920), se puede consultar, fundamentalmente, "Economía y Sociedad" (Fondo de Cultura Económica. México. 1964) y "Ancient Judaism" (A Free Press U.S.A. 1967).

(37) CHASE, Alfonso. *Actualidad de los glostoras.* (Periódico "Pueblo" del 16 de febrero de 1974; págs. centrales. San José).

2º) Se exceptuó del procedimiento de la licitación pública, las compras de la Secretaría de Fomento y Agricultura; con lo que se reformaba el numeral primero del Decreto N° 4 del 19 de mayo de 1924, indicado. Al mismo tiempo se mandaba que las compras de esta secretaría, se harían por intermedio de la Sección de Compras, suprasedalada, adscrita a esta Secretaría, según se lee en el artículo tercero de este Decreto N° 1.

Sobre la labor de este Presidente, FERNANDEZ GUARDIA, nos dice que a los dos años de su mandato, la gestión de Calderón Guardia había perdido mucho de su prestigio por la liberalidad y el desorden administrativo que se le atribuía, principalmente, en la Secretaría de Fomento. (38)

Como se observa con facilidad, el Decreto en comentario fue el primero de la Administración del Presidente en cuestión, y lo firmó al día siguiente de su toma de posesión. Esto nos hace pensar que, probablemente, fue en el Gobierno de León Cortés Castro, de "eficiencia fachistoide", (39) durante el que empezó a tramitarse tal Decreto.

11) Las leyes de ordenamiento fiscal de 1945

Ya durante el Gobierno de Teodoro Picado, se procedió a dictar las llamadas "leyes de ordenamiento fiscal". Para este fin, el Secretario de Estado, en el Despacho de Hacienda, Alvaro Bonilla Lara, contrató los servicios profesionales del economista salvadoreño, Dr. Manuel Enrique Hinds. Este técnico investigó los campos del presupuesto, de control, de tesorería y contabilidad nacionales. Realizó, pues, un análisis íntegro de nuestra hacienda pública. Fruto de su diagnóstico fue la emisión de las indicadas leyes: Ley de Presupuesto, N° 199; Ley del Centro de Control, N° 200; y, Ley de la Tesorería y Proveeduría Nacionales, N° 201.

Aquí nos referiremos a la Ley N° 201.

Los aspectos más sobresalientes de la misma, en el área de nuestro interés, son los siguientes:

1º) Los artículos 1º al 18 se relacionan con la Tesorería Nacional; y, del numeral 19 al 28, atañen a la Proveeduría Nacional. Los restantes contienen disposiciones tanto para una como para otra entidad, según corresponda.

2º) Su artículo 19 manda que se cree la Proveeduría Nacional y se le encomienda la función de comprar todo cuanto requieran las dependencias y empresas del Estado. La de controlar las existencias en las dependencias oficiales, y tramitar las licitaciones de toda clase de contratos.

(38) FERNANDEZ GUARDIA, Ricardo. *Cartilla Histórica de Costa Rica*. (Lehmann. San José. 1967. Pág. 154).

(39) Apud CHASE, págs. centrales.

3º) Las compras que requiera hacer la municipalidad de San José, por sumas mayores a los mil colones (¢ 1.000.00), se realizarán por medio de la Proveeduría Nacional. En sentido inverso, el ente local, podrá negociar sin la intervención de la citada proveeduría, cuando los montos de los contratos sean inferiores a tal suma (artículo 19).

4º) La Tesorería Nacional y el Centro de Control, de común acuerdo, podrán disponer, cuando lo estimen conveniente, que esta disposición se haga extensiva a otras Municipalidades e instituciones que administren fondos de la comunidad (artículo 19).

Es interesante esta disposición, ya que la misma facultaba a esos entes a ampliar el radio de acción de la licitación pública a aquellas entidades "que administren fondos de la comunidad". Como luego comentaremos, a propósito del Instituto Costarricense de Electricidad (I.C.E.) y del Banco Popular, este criterio para someter a un organismo al concurso público, nos parece adecuado, pues, cuando una institución administra fondos públicos, debe estar sometida al procedimiento de la licitación pública.

5º) Lo expuesto en el punto inmediato anterior, se debe complementar con lo que dispone el artículo 34, en el que se exceptúa del procedimiento de la licitación pública a estas instituciones: Universidad de Costa Rica, Banco Nacional de Seguros, Banco Nacional de Costa Rica, y a la Caja Costarricense del Seguro Social. Este mismo numeral añade que tales entidades "deben dar cuenta del movimiento completo de fondos al Centro de Control y a la Tesorería Nacional, por lo menos, una vez al año". Los Bancos citados debían realizar esta obligación mediante la superintendencia de Bancos.

6º) Todas las dependencias de los poderes públicos, a excepción de las que contempla el inciso cuarto del artículo 15 de la Ley Orgánica del Presupuesto, N° 199, (40) cuando necesiten realizar compras de equipo, materiales o mercancías, enviarán a la Proveeduría Nacional, la especificación completa, que contendrá:

- descripción de los artículos;
 - cantidad y calidad requeridas;
 - uso a que se destina;
 - casas proveedoras, marcas de fábrica, etc., correspondientes a las compras de los últimos cinco años;
 - precio y condiciones obtenidos para los pedidos del mismo período;
 - especificación técnica y un proyecto de licitación si fuere el caso;
 - plazo para la entrega de lo pedido; y,
 - partida de presupuesto a que corresponde la erogación.
- Ello al tenor del numeral 20.

(40) Artículo 15, inciso 4º de la Ley N° 199.

7º) Los contratos de provisión de materiales no podrán comprender sino las necesidades del año fiscal como máximo (numeral 20). (41)

8º) A la solicitud para que se saque a licitación un contrato de ejecución de obras, deberá acompañarse el estudio técnico completo y el presupuesto tan detallado como sea posible, de los materiales y mano de obra; y, sus precios, los cuales se mantendrán en secreto (numeral 21).

9º) Las mismas formalidades que se apuntaron en el punto octavo, anterior, rigen para las obras mayores de mil colones que se hagan por administración, antes de dar principio a ellas (numeral 21).

10) La licitación privada prevalece para las compras menores de mil colones. Se invitará a los comerciantes patentados, especializados, e importadores, con intervención de la dependencia administrativa interesada.

11º) La licitación pública funciona en compras por montos superiores a los mil colones: "para las compras mayores de mil colones, deberá proceder licitación pública con mayor o menor plazo, según la importancia y naturaleza de la compra". (42)

Lo que hemos subrayado ha provocado problemas prácticos, ya que en algunas ocasiones, la Administración ha indicado plazos de recepción de ofertas muy pequeños, con el fin, suponemos, de favorecer a un determinado postor y perjudicar a los demás proponentes, quienes en un lapso tan ínfimo no pueden cotizar. La expresión subrayada, como casi toda la Ley Nº 201, de comentario, se trasplantó a la actual LAFR, quien en muy buena parte, sentó sus bases y su estructura en estas Leyes de Ordenamiento Fiscal, como ya detallaremos en su oportunidad. (43)

12º) Tanto los contratos de suministros como el de obras públicas, por sumas menores a los mil colones, se deben realizar por medio de licitación privada. La licitación pública rige para toda clase de contratos, por sumas mayores a los mil colones (numeral 23). Este mismo artículo añade que el contrato que se celebre sin la formalidad de la licitación, "será absolutamente nulo". (44)

13º) La tramitación de las licitaciones es la siguiente:

a) Recibido el proyecto de la dependencia oficial interesada en la compra, lo examinará y aprobará la Proveduría Nacional.

(41) Con respecto del artículo 19 de la Ley Nº 199, es conveniente compararlo con el numeral 8 de la Ley de Administración Financiera de la República (LAFR). La redacción es muy similar. Con respecto del art. 20 de la Ley Nº 199, es idóneo confrontarlo con los arts. 89 y 94 de la LAFR; la redacción es muy parecida. Lo mismo vale con referencia al art. 21 de la Ley Nº 199 y el art. 95 de la LAFR.

(42) El subrayado es nuestro.

(43) Es conveniente tener presente este "trasplante" de normas.

(44) Ver, al respecto, los arts. 96 y 97 de la LAFR.

b) Si la Proveduría, estima procedente tal solicitud, la trasladará al Centro de Control con dos objetos: primero: para que tome nota del posible gasto y autorice a su tiempo los pagos que implica la compra o contrato. Segundo: para recabar su parecer sobre las condiciones formuladas.

El primer aspecto atañe a la "reserva de crédito", destinada a hacerle frente a la correspondiente "orden de compra", la cual es una orden de pago que el contratista presenta al Estado para que éste le dé el precio convenido en el respectivo negocio. El segundo punto tiene relación con el análisis del pliego de condiciones o cartel. Es de suponer que por uno y otro extremo el Centro de Control podía devolver a la Proveduría la solicitud en trámite para sujetarla a derecho.

c) Si se hubiere cumplido con los anteriores requisitos del punto b), se procederá a la publicación del aviso de licitación en el Diario Oficial.

d) El día y la hora señalados para presentar ofertas, serán recibidas y abiertas, en presencia de tres funcionarios: uno, de la Proveduría; otro, del Centro de Control; y, el tercero, de la dependencia administrativa que solicitó la compra. A este acto de apertura de ofertas, tienen libre acceso los licitantes interesados.

e) El procedimiento de licitación se hará constar en una acta, que se escribirá en el libro destinado al efecto y suscribirán los asistentes.

f) La adjudicación la hará la Proveduría Nacional con aprobación de la Tesorería, "en el mismo acto, salvo que la resolución para seleccionar al postor adecuado, requiera mayor estudio, en cuyo caso, podrá postergar la elección por seis días hábiles.

g) La Proveduría está facultada para no aceptar ninguna proposición cuando no se ajuste a los términos de la licitación, o si, por razones fundadas, pudieran conseguirse condiciones más ventajosas para el Tesoro.

h) En todo el trámite puede apersonarse un delegado nombrado por la dependencia interesada en la licitación. (45)

i) De lo resuelto por la Proveduría, puede apelar el interesado ante el Centro de Control, si interpone su recurso dentro de un plazo de tres días contados desde la publicación.

Para dejar sentado nuestro punto de vista, digamos que sólo el acto de adjudicación es apelable ante la Contraloría. Así, el acto administrativo que declara desierto el concurso no es recurrible ante ella.

Asimismo, nos interesa destacar aquí lo que el profesor ORTIZ ORTIZ escribiera en su oportunidad:

(Rogamos se nos excuse la cita larga, pero estimamos conveniente transcribirla, para los efectos de este aspecto de la cuestión tratada ahora).

(45) Redacción similar presenta el numeral 98 de la L.A.F.R.

"2) Diversos tipos de interés jurídico.

2-1) En primer lugar, el interés se da frente al destinatario del acto administrativo. El interés puede consistir en esta hipótesis y en una doble expectativa:

- a) En la obtención de un derecho nuevo;
- b) En la conservación de un derecho preexistente.

Ejemplo típico del primer caso (obtención de un derecho nuevo) es el de las licitaciones públicas, en que se disputa la obtención de un contrato con la Administración. La potestad de adjudicar no sólo depende de factores de apreciación discrecional, sino que es, en Costa Rica, casi totalmente libre por la llamada reserva para declarar desierto el concurso, a exclusivo juicio de la Administración. No hay un particular concursante que pueda tener derecho a la adjudicación, aún si es el mejor, si la administración juzga que tampoco llena —con todo y serlo—, el mínimo o el máximo de requisitos para un contrato adecuado al interés público. En esta hipótesis, sin embargo, todos y cada uno de los concursantes tienen interés en la observancia de la legalidad del trámite de la licitación, porque si otro resulta adjudicatario con violación de la misma, pueden recobrar su condición de concursantes, anulando la adjudicación y colocándose nuevamente en la posición de eventuales favorecidos.

Es aquí donde se revela claramente la existencia de deberes a cargo de la Administración que no corresponden a ningún derecho del particular. La Administración no está obligada a adjudicar a nadie, pero sí lo está a observar las formalidades legales del concurso. Este deber ha sido establecido a cargo de los órganos que dirigen la licitación, en beneficio de interés público y para asegurar la mejor adjudicación posible. Es el Estado mismo, a lo sumo, quien puede pretender un derecho a esa legalidad, no los participantes interesados. La irrelevancia de dicho trámite para cada uno de éstos se descubre cuando se advierte que el mismo puede conducir eventualmente a favorecer al competidor, si éste resulta legítimamente favorecido; y, todavía más, si se piensa que la anulación de una adjudicación ilegal tampoco garantiza por sí misma el interés del reclamante, porque la decisión nueva que sustituya la anulada puede darse en beneficio de un tercer competidor, que ha hecho mejor oferta que él. Puede llegarse al extremo de una nueva adjudicación en favor del primer adjudicatario, si la nulidad se fundó en simples violaciones de trámite que dejaron intactas en beneficio de éste las razones de fondo que llevaron a la primera decisión.

El deber de la Administración de observar la legalidad en el trámite no asegura la adjudicación del contrato a ningún concursante, sino la mera eventualidad de la misma. Es posible constatar, entonces, que el particular tiene una expectativa frente a la Administración en la hipótesis que analizamos, por doble razón: a) porque la ley de forma y de procedimiento no regula una conducta de la Administración capaz por sí misma para procurar una satisfacción al administrado; b) porque la conducta final de la Administración

que puede producir esa satisfacción y reputarse como bien autónomo para el administrado, es discrecional en cuanto a contenido o motivo y, por eso mismo, puramente eventual.

Puede admitirse que aquella expectativa es un interés legítimo del particular, la regla general, subyacente es la de que una de las formas del interés legítimo se da o bien cuando el particular puede exigir de la Administración una conducta que no le sirve directamente para llenar sus necesidades, o bien cuando puede eventualmente obtener sin exigir una conducta discrecional que sí tenga para él ese carácter de utilidad sustancial, exigiendo el cumplimiento de la ley que regula la organización de la Administración y el procedimiento y la forma de sus actos. El carácter discrecional y el carácter formal de estos últimos, en relación con un derecho nuevo solicitado o buscado por el particular, representa la causa del interés en ellos y en el derecho que de ellos puede surgir. (46)

También recordamos aquí lo que el maestro ORTIZ ORTIZ añade al respecto, en cuanto que la Administración tiene la posibilidad de declarar desierto el concurso. Se trata de una regla aplicable aún si no hay norma o cláusulas expresas que la consagren. La Administración tiene siempre y en todo caso libertad para no contratar, salvo abuso de discrecionalidad correspondiente. Para atacar una declaración de deserción es necesario contar con muy evidentes elementos de razón, de justicia y de oportunidad que revelen como totalmente inconveniente lo resuelto. Caso opuesto, debe estimarse que el ente licitante utiliza bien su potestad. De acuerdo con este principio de libertad en la contratación [que se aplica también en el derecho común, del que se traslada al contrato administrativo] tampoco está obligado a adjudicar al que sigue, en la graduación de concursantes, cuando otro mejor ha sido vencido o desechado por razones legales o de forma, ni tampoco a abstenerse de una nueva licitación, porque quedan candidatos elegibles. El ente público puede, a su libre voluntad, declarar desierta una licitación, y convocar otra nueva o no convocar ninguna. (47)

Cabe hacer una pequeña observación: 1º) que los principios del contrato privado se trasladan al contrato administrativo; 2º) que el sistema de licitación vale para ambos contratos; 3º) que, por ello, es explicable que las partes no están obligadas a negociar, ya se trate de cualquiera de tales negociaciones.

Así, pues, ya establecidos los criterios anteriores, podemos decir que hemos comprobado que funcionarios de la Administración prefieren que la redacción de este inciso diga que sólo el acto de

(46) ORTIZ ORTIZ, Eduardo. *Interés legítimo, Derecho subjetivo y reforma al Contencioso Administrativo*. Revista de Ciencias Jurídicas, N° 2. 1963. Ps. 158 a 160. San José).

(47) ORTIZ ORTIZ, Eduardo. *Derecho Administrativo*. (Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica. T. II. San José. 1971. Lecciones del curso de Derecho Administrativo, cuyo titular es el profesor mencionado. Pág. 12 de la Tesis XXIII "Selección de Contratistas").

adjudicación es apelable ante la Contraloría. Tratemos aquí, la redacción del numeral 30 del Reglamento de la Proveeduría Nacional de 24 de enero de 1952, Decreto N° 5, en la que se dice que "respecto de una resolución de la Proveeduría, podrá presentarse ante el proveedor recurso de apelación para ante la Contraloría General de la República, dentro de un plazo de tres días contados a partir de la fecha en que sea publicada".⁽⁴⁸⁾ Esta redacción es pésima y fuente de constantes confusiones entre los interesados. La apelación exclusivamente se presenta ante la Contraloría. En su momento conveniente, al analizar la Ley de Administración Financiera y el Reglamento de cita, nos ocuparemos un poco más de este asunto. Baste, por ahora, esta leve indicación.

j) Para dictar y justificar su resolución, tanto el Tesorero Nacional como el Jefe de Control pueden aportar dictámenes de técnicos o acudir en consulta, a institutos y organizaciones especializadas.

Por ejemplo, diremos que el numeral 20 del Reglamento de la Proveeduría Nacional, ya citado, sostiene que esta dependencia debe consultar el parecer de las oficinas del Estado, interesadas en una licitación, con el fin de formar un mejor juicio en materia de adjudicaciones. Cuando una consulta de esta naturaleza se produzca, las dependencias evacuarán forzosamente dentro de la mitad del plazo que medie entre la apertura de las ofertas y la última fecha hábil para adjudicar. Dicho término será improrrogable; y, una vez transcurrido, la Proveeduría Nacional procederá a adjudicar conforme mejor convenga a los intereses del Estado. Agregando que, sin perjuicio de lo anterior, el Proveedor Nacional podrá asesorarse de personas técnicas sobre los distintos aspectos de una licitación, antes de proceder a la adjudicación. El asesor o asesores deberán ser escogidos entre personas que no tengan interés en la licitación, directa ni indirectamente.

k) Las licitaciones serán numeradas y su resultado se publicará semanalmente, con esa identificación.⁽⁴⁹⁾

l) Ningún contrato u orden, ni interés alguno en el mismo, podrá ser traspasado por la persona favorecida sin el consentimiento previo y expreso del Poder Ejecutivo y del Centro de Control.⁽⁵⁰⁾

Como se sabe, el contrato administrativo nace alrededor de la figura del contrato de obra pública. En ocasión de este negocio, el Estado prefería que el contratista con el que llevaba a cabo la operación mercantil, se mantuviera como su cocontratante, ya que si éste cambiaba podría perjudicarse la ejecución del contrato respectivo. Además, frecuentemente el Estado costarricense adjudicaba sus contratos a los allegados al gobernante de turno o por otra razón de índole personal.

(48) El subrayado es nuestro.

(49) Ver el art. 100, inciso i) de la LAFR, párrafo primero. Es muy similar.

(50) El párrafo segundo del inciso i) del art. 100 de la LAFR es muy semejante.

Lo dicho implicaba que el principio que regía, de modo preponderante, era el de que el contrato administrativo era "intuitu personae". Conforme la racionalidad jurídica del sistema capitalista se desarrollaba acorde con la racionalidad económica del mismo, tal regla se fue haciendo flexible, y con restricciones y controles, se acepta que se den los subcontratos.

m) Para que sea tomada en cuenta una propuesta en una licitación pública de compra, deberá acompañarse como garantía de cumplimiento un cheque bancario certificado por el 10% del precio de la oferta.⁽⁵¹⁾

De acuerdo con esta disposición, la caución de cumplimiento debía ser por un 10% del total adjudicado. La Contraloría General de la República ha venido sosteniendo que las cauciones tienen un monto máximo del 10%, pudiendo la Administración estipular un porcentaje inferior a ese; o, del todo no pedir en el cartel, caución alguna, si lo estima conveniente a sus intereses.

n) Adjudicada la licitación, se comunicará al Centro de Control para que él y la Tesorería Nacional tomen nota en firme de la erogación correspondiente.⁽⁵²⁾

El trámite de la licitación se inicia, entre otras cosas, con la llamada "reserva de crédito" que se hacen la partida respectiva del Presupuesto Nacional para hacerle frente a la erogación relativa a la licitación pública dada. El documento con el que el contratista puede cobrarle a la Administración el precio convenido, es conocido como "orden de pago" u "orden de compra."⁽⁵³⁾

Tales son los aspectos del numeral 24 de la Ley N° 201, en mención.

Con respecto de estas leyes de ordenamiento fiscal hay que hacer patente la observación de que en la emisión de las mismas hubo influencia de los "glostoras" o miembros del conocido Centro para el Estudio de los Problemas Nacionales ("Centro"). Efectivamente, al respecto Raúl HESS ESTRADA nos informa que el hecho más llamativo del "Centro", en el año de 1944 fue el de la toma de la dirección del Diario de Costa Rica. Se hicieron cargo de la Dirección y de la publicación de este medio de comunicación colectiva, cuyo Director y propietario Otilio Ulate Blanco, había tomado la decisión de retirarlo de la circulación como protesta contra los acontecimientos políticos que "culminaron con la elección presidencial

(51) Inciso k) del art. 100 de la LAFR tiene una redacción similar.

(52) El inciso l) del art. 100 de la LAFR, presenta un lineamiento parecido.

(53) Consideramos que la "reserva de crédito", responde al hecho de que en la partida presupuestaria respectiva, se destina un monto para pagar el precio de la futura negociación. La "orden de compra", es el documento público por el que la Administración manifiesta su intención de contratar determinados objetos en condiciones prefijadas. Por su parte la "orden de pago", es el documento público por el que se le paga, contra su presentación, al contratista el importe del contrato correspondiente. En la práctica, se les llama indistintamente "orden de compra" u "orden de pago". (Ver arts. 28, 38, 40 del Reglamento citado).

del 13 de febrero del citado año". Luego de varios días de suspensión, reaparece la indicada publicación, bajo la dirección de los "glosatoras". Es el 18 del mencionado mes y año, el día en que el Comité responsable, formado por Otón Acosta, Rodrigo Facio y Jorge Rossi, hace posible que el Diario de Costa Rica vuelva a la circulación. Por lo que se refiere a Rodrigo Facio, éste tuvo a cargo, preferentemente, tres secciones de ese periódico: "entérese y juzgue", "columna de humo" y el editorial. Agrega HESS, que como una victoria inicial, los del "Centro" lograron que el Presidente Picado les prometiera que la hacienda pública sería ordenada, "no haciéndose esperar el envío al Congreso Constitucional de las leyes llamadas de «Ordenamiento fiscal» que abrieron camino para una adecuada organización financiera del Estado Costarricense, y vigorizando los principios de control del manejo de los fondos públicos, con lo que aminoró el peculado que había caracterizado los años recientes de manejo de caudales públicos".⁽⁵⁴⁾

12) Ley N° 541 de 17 de junio de 1946

Mediante esta ley, promulgada durante el gobierno de Teodoro Picado, se reformó el artículo 23 de la Ley N° 201, indicada, en el sentido de que el principio general de que toda clase de contratos y compras superiores a ₡ 1.000.00, deben hacerse por medio de licitación pública, "con mayor o menor plazo, según la importancia y naturaleza de la compra o del contrato", no regía para los contratos que otorgara el Poder Ejecutivo para las "agencias de licores en provincias y para la alimentación de los cuarteles y cárceles".

13) Artículo 182 de la Constitución Política de 1949

El Partido Social Demócrata, cuyo padre espiritual fue Roberto Brenes Mesén,⁽⁵⁵⁾ del cual formaban parte "los glosatoras" "clases medias", con escrúpulos de clase burguesa, que los hace humanistas, "allí donde el humanismo se refiere al resguardo de la vida humana y las libertades burguesas, incluidas la propiedad privada y la libertad de prensa, que son para ellos la existencia misma del sistema", y cuya mano ejecutora —del 'socialdemocratismo' ha venido siendo José María Figueres Ferrer,⁽⁵⁶⁾— también jugó papel importante en la innovación constitucional que introdujo la licitación a este rango legal.

(54) HESS ESTRADA, Raúl. *Rodrigo Facio. El economista.* (Universidad de Costa Rica. San José. 1972. Págs. 44 y 45). También Francisco GAMBOA, en su monografía "Costa Rica", citada, págs. 121 a 130.

(55) Apud CHASE, Alfonso. Págs. centrales del Semanario "Verde y Blanco", publicado en el periódico "Pueblo".

(56) Idem.

Este grupo de clase media en ascenso, de burgueses con conciencia de clase y del papel histórico que jugaban contra las "viejas oligarquías", como las llamó el representante intelectual de "los glosatoras", Rodrigo Facio, plantea que la Carta Magna debe contener la obligación de que el Estado cumpla con el principio de "contratista interpuesto"; es decir, con el procedimiento "licitatorio".

El Acta N° 164 de la Asamblea Nacional Constituyente de 1949,⁽⁵⁷⁾ dice lo siguiente:

Se discutió el proyecto de artículo del Partido Social Demócrata:

"la ejecución o reparación de obras públicas, las compras que ejecuten con fondos del Estado, de las Municipalidades o de las instituciones autónomas y la venta o arrendamiento de bienes pertenecientes a los mismos, se harán, tratándose de obras u operaciones cuyo valor y naturaleza señala la ley, mediante licitación pública. La ley establecerá las medidas que aseguren en toda licitación el mayor beneficio para el Estado y plena justicia en la adquisición".

Gonzalo Ortiz Martín, segundo secretario, del partido Unión Nacional, expresó que el artículo no era lo suficientemente claro, diciendo que por ejemplo, la reparación de un edificio de la Administración, que podría llevarse a cabo por el Taller de Obras Públicas, "deberá sacarse a licitación pública. ¿A cuáles reparaciones se refiere el artículo". Agregando que "en muchas ocasiones el Estado puede construir obras, locales escolares; reparar edificios, acudiendo a sus propios organismos. De mantenerse la moción como está, todas estas obras tendrían que hacerse mediante licitación pública. No está claro tampoco lo referente a municipalidades e instituciones autónomas".

El diputado Alvaro Chacón Jinesta, suplente del Partido Unión Nacional, expresó que por experiencia reconoce que no siempre el sistema de licitación pública produce los mejores beneficios. Si bien se trata de un sano principio, en la práctica las licitaciones no dan los buenos resultados que se espera. Lo más conveniente sería no decir nada al respecto en la Constitución.

A su vez, el diputado José Antonio Castro Sibaja, suplente del Partido Unión Nacional, indicó que el mismo compañero Chacón Jinesta reconoce la bondad del principio. Entonces. "por qué oponerse a consignarlo en la Constitución?". Enfatizando que era necesario llevar ese principio al texto constitucional para que no vuelvan a ocurrir "los llamados 'contratos sin licitación' del régimen pasado, que tanto criticara la Oposición".

Juan Rafael Arias Bonilla, del Partido Constitucional, expresó que el sistema de licitaciones era conveniente. Luego de esta in-

(57) Acta N° 164, publicada en el Alcance N° 47 a la Gaceta N° 197 del viernes 31 de agosto de 1951, págs. 2184 y 2185. Recogida, íntegramente, en el tomo III de la publicación que hizo la Imprenta Nacional, en 1957, de las actas de la Asamblea Nacional Constituyente de 1949, pág. 447.

tervención, Chacón Jinesta, volvió a tomar la palabra para decir que en muchos casos las licitaciones privadas daban mejores resultados que las licitaciones públicas; precisando que la fórmula que se debatía no contemplaba las licitaciones privadas. A esto le dio la razón Castro Sibaja, manifestando que por ello, proponía esta nueva fórmula.

“Los contratos para la ejecución de obras públicas que celebran el Estado, las Municipalidades y las instituciones autónomas, las compras que se hagan con fondos de esas entidades y las ventas o arrendamientos de bienes pertenecientes a las mismas, se harán mediante licitación de acuerdo con la ley en cuanto al monto respectivo”.

“Sometida a votación la moción anterior, que fue acogida por los proponentes, fue aprobada”.

Por lo que se refiere al proyecto de Constitución Política, elaborada por la “Junta Fundadora de la Segunda República”, presentado ante la Asamblea Nacional Constituyente el 1º de febrero de 1949, en ella no venía incluida ninguna norma relativa a licitaciones.

Aquella redacción propuesta por José Antonio Castro Sibaja, se mantiene todavía en el artículo 182 de la Carta Magna de 1949.

Le correspondió esta iniciativa al Partido Social Demócrata; entre cuyos inspiradores estaba tanto Brenes Mesén como Alfredo González Flores.⁽⁵⁸⁾ Este fue un paso importante para “sanear” la Administración Financiera del país en la medida de lo posible.

14) *Ley de Administración Financiera de la República.*
Ley N° 1279 de 2 de mayo de 1951.

Esta ley está montada e inspirada sobre las leyes de ordenamiento fiscal, fundamentalmente, la N° 201 y la N° 199. Ello lo confirma la carta de remisión, del proyecto de esta ley N° 1279, de 18 de diciembre de 1950, firmada por el Ministro de Hacienda, Alfredo Fernández Volio, en la cual afirma que ese proyecto “tiene pocas modificaciones en relación con las leyes de Ordenamiento Fiscal”.⁽⁶⁰⁾ También los que elaboraron el Dictamen afirmativo (Mariano Sanz, Roberto Fernández Durán —miembro del “Centro”⁽⁶¹⁾ y Eladio Trejos) manifestaron que le hacían muy pocas reformas al proyecto enviado por el Poder Ejecutivo. Esta Comisión de Economía

(58) HESS ESTRADA, Raúl. *Rodrigo Facio. El economista.* (Universidad de Costa Rica. San José. 1972. Pág. 36).

(60) Expediente de la Ley N° 1279, depositado en el Archivo de la Asamblea Legislativa.

(61) ARAYA POCHE, Carlos. *Historia de los Partidos Políticos. Liberación Nacional.* (Ed. Costa Rica, San José, 1968, pág. 19).

y Hacienda de la Asamblea Legislativa, cuyo Dictamen presenta la fecha de 15 de enero de 1951, expresa que las mencionadas leyes de ordenamiento fiscal se dieron por motivos políticos, pero que el Gobierno de Picado no tuvo la intención de aplicarlas; a la vez, que tampoco se pudo “aplacar la inconformidad popular promovida por la convicción existente de que los bienes públicos habían derivado en el Gobierno anterior (el de Picado), y continuaban derivando hacia bolsillos particulares”.⁽⁶²⁾

Recordemos aquí el numeral quinto de la Ley N° 200, o Ley Orgánica del Centro de Control, en el cual se decía que el Jefe de todo Departamento de la Administración Pública que suscriba un contrato, debe remitir inmediatamente al Jefe del Centro de Control una copia oficial acondicionada para su archivo y en éste figurará también el ejemplar o ejemplares del Periódico Oficial que lo contenga. “Todo contrato debe publicarse en el Periódico Oficial, dentro de los quince días siguientes a su otorgamiento, bajo pena de nulidad si no se hace”.

Relacionamos la segunda parte de ese artículo 5º, que hemos transcrito literalmente, con el inciso i) del numeral 100 de la LAFR. Comparemos redacciones:

Ley N° 200/1945

Art. 5º: Todo contrato debe publicarse en el Periódico Oficial, dentro de los quince días siguientes a su otorgamiento, bajo pena de nulidad si no se hace”.

Ley N° 1279/1951

Art. 100, inciso i): el resultado de las licitaciones se publicará *inmediatamente después* de efectuada la adjudicación con su número correspondiente y los otros elementos de identificación que se crean convenientes.

Como se observa fácilmente, el art. 5º era muy claro y concreto: si la publicación no se hacía dentro de los 15 días citados, la adjudicación resultaba nula. En cambio, el inciso i) del art. 100, ha dado lugar, en la práctica a casos en los que la Administración se muestra negligente, y publica el acto de adjudicación cuando le apetece en daño de los intereses de una sana gestión administrativa y de los administrados. Increíblemente, la expresión “inmediatamente después”, ha sido interpretada, en casos reales, por la entidad pública, como sin plazo fijo y realizable a su gusto y capricho. Efectivamente el inciso i), en cuestión podría usar una delimitación precisa, al igual que la que contiene el numeral 5º de la ley N° 200 de 1945 y con el efecto de nulidad que ahí se indica.

Esa Ley N° 200, en su artículo 20 afirmaba que todo contrato que implique desembolso de fondos nacionales llevará inserta certi-

(62) Expediente citado.

ficación expedida de previo por el Centro de Control, de que existe la partida aplicable en cantidad bastante para cubrir la erogación. Declarando esenciales los requisitos establecidos por este artículo para la validez de los contratos, en cuanto a las obligaciones del Estado.⁽⁶³⁾

Esta misma ley N° 200, en su artículo 23 mandaba que era indispensable en la adjudicación de alquileres, contratos de construcción" suministros y demás servicios o provisiones que demande el Estado mediante licitaciones públicas, la intervención de un delegado del Centro de Control y la conformidad de éste en acatamiento al numeral 24 de la Ley N° 201 del mismo año de 1945.⁽⁶⁴⁾ Este mismo artículo 23, añadía que los contratos sólo pueden adjudicarse mediante licitación privada, si su valor es de "1000 colones o menos; pública en los demás casos".

Por su parte, el artículo 36 de la citada ley N° 200/1945 expresaba que toda persona física o legal que contrate con el Estado o con cualquier entidad pública, debería garantizar el cumplimiento del contrato y los daños y perjuicios eventuales. La garantía debería ser calificada y aceptada, previamente, por el Centro de Control y se otorgaría dentro del texto del contrato, bajo la pena de nulidad absoluta de éste. No pudiendo ser el monto de la garantía inferior al 10% del precio total estipulado.⁽⁶⁵⁾ Agregando que en contratos de ejecución de obras públicas, sería requisito ineludible el derecho de retención de un 10% de todo pago y que no será entregado al contratista, sino una vez recibida la obra a entera satisfacción de la Administración, pues en otro caso, quedaría definitivamente en poder del Estado o entidad contratante a cuenta de daños y perjuicios.

Las anteriores disposiciones han quedado incorporadas, de un modo o de otro a la actual LAFR. Esta no puede entenderse sin tener muy presentes estas leyes de ordenamiento fiscal de 1945.

Finalmente, en este mismo sentido de afirmar la importancia de tales leyes de 1945, deseamos cerrar estos breves comentarios, con la indicación que hacen los artículos 15, de la Ley N° 199 (ley orgánica del presupuesto) y el 34 de la Ley N° 201 (Ley Orgánica de la

(63) Debe entenderse que se trataba no sólo de la validez, y perfección del contrato, sino, además, de la eficacia jurídica del mismo.

(64) Art. 24, inciso d) de la ley N° 201 de 1945: las licitaciones se tramitarán de acuerdo con estos pasos: el día y hora señalados para presentar ofertas, serán recibidas y abiertas en presencia de tres funcionarios: uno de la Proveduría; otro, del Centro de Control y el tercero de la dependencia administrativa que solicitó la compra. A este acto tienen libre acceso los interesados oferentes. Los arts. 98 y 100, inciso d) de la LAFR tienen una redacción similar.

(65) La Contraloría General de la República viene sosteniendo que ese 10% es un tope máximo; de tal modo que, por ello mismo, la Administración puede fijar un porcentaje menor; o, del todo, si lo estima conveniente, eliminar este requisito. Esto, tanto en lo relativo a la caución de participación y en la de cumplimiento. Lo que no puede hacer el ente público es imponerle al oferente o al adjudicatario un porcentaje mayor a ese 10%. Tal es el principio general.

Tesorería Nacional y de la Proveduría Nacional), en los cuales se exceptuaba de los controles y exigencias de esas leyes a estas instituciones:

- Banco Nacional de Costa Rica
- Banco Nacional de Seguros
- Universidad de Costa Rica
- Caja Costarricense de Seguro Social

En ese entonces por unas razones; y, ahora, por otras, existían situaciones de privilegio o de excepción para ciertas entidades públicas. En estos momentos, injustificadamente en nuestro criterio, el Instituto Costarricense de Electricidad y el Banco Popular y de Desarrollo Comunal están fuera de la fiscalización de la Contraloría General en cuanto al trámite de la licitación se refiere. Nuestro punto de vista es que cualquier ente que maneje fondos públicos, dineros de la comunidad, debe y tiene que estar sometido al control jurídico-contable de la Contraloría General de la República. De lo contrario se estaría (y se está en el caso de esas instituciones) violando el principio medular de que el erario público debe y tiene que estar bajo la vigilancia de una entidad superior que ejerza la fiscalización de los mismos. En el caso de Costa Rica, esa entidad es la Contraloría.

15) Reglamento de la Proveduría Nacional.

Este es el Decreto N° 5 del 24 de enero de 1952, dado durante el Gobierno de Otilio Ulate Blanco.

Contiene 50 artículos; y, esencialmente, regula el procedimiento de la licitación. Su numeral 1° establece que para el desempeño de las funciones que la ley de Administración Financiera de la República le señala a la Proveduría Nacional, ésta tendrá dos departamentos denominados: Departamento de compras y Departamento de Registro de Inventarios. El primer departamento citado constará de dos secciones que se llamarán: sección de licitaciones públicas y sección de licitaciones privadas. Además, habrá una Secretaría para la atención de la correspondencia, servicio de información y todas las demás funciones que le son propias.

Cabe observar aquí que este Decreto N° 5 está plenamente vigente. Lo recalamos porque hemos oído de boca de algunos funcionarios y empleados públicos que este Reglamento es una "religión jurídica" o que es inoperante. La actitud de estos burócratas públicos es esa; pero no corresponde a la realidad legal, debido a que tal Reglamento es válido y eficaz. Pertenece al campo del derecho, al ordenamiento legal costarricense.

Dicho lo anterior, comentemos, rápidamente, algunos artículos de este Reglamento. Por ejemplo, el numeral 30. Este tiene una redacción inadecuada, ya que dice que la apelación se puede presentar "ante el Proveedor, para ante la Contraloría". La redacción co-

recta es ésta: "la apelación se presenta ante la Contraloría". Por ejemplo cuando se licitó "equipo y repuestos", uno de los postores recurrió, entre otros, del acto de adjudicación de la licitación en la cual se habían sacado a concurso tales bienes, ante la Proveeduría Nacional, creyendo que este órgano pasaría el escrito de apelación a la Contraloría General. Ante esta equivocación, provocada por la inidónea redacción del art. 30, comentado, se vio obligado el recurrente a hacer todo lo posible para presentar en tiempo el recurso ante la entidad fiscalizadora de la Hacienda Pública. El resultado fue que el postor desorientado logró hacer llegar su apelación ante la Contraloría. Este organismo resolvió todos los recursos interpuestos contra el acto de adjudicación correspondiente a la licitación pública promovida por la Dirección General de Vialidad del Ministerio de Transportes para "el financiamiento y suministro de equipo y repuestos para la construcción y mejoramiento de caminos públicos", recaído en favor de las firmas: Comercial Pegaso S.A.; Allis Chalmers Manufacturing Co.; Koehring Overseas Corporation S.A.; y, Toyota Motor Sales Co. Ltda., mediante la Resolución de las 13 horas del 29 de julio de 1971, la cual confirmó el acto de selección de contratistas. Fue éste un ejemplo real de los posibles perjuicios que puede originar esa redacción incorrecta.

Veamos, ahora, el artículo 40. Este manda que la Sección de Licitaciones Privadas llevará un registro de comerciantes o personas que deseen que se les tenga como interesadas en las actividades que realiza la Sección.

En Costa Rica no existe la obligación de una precalificación de oferentes para los efectos de participar en licitaciones públicas y privadas. Ese numeral se refiere a las licitaciones privadas nada más. Asimismo, el registro a que hace referencia es para los fines de referencia, pero de ninguna manera implica que los que no estén en él no pueden ser postores en un concurso privado. Se trata de un archivo administrativo que le sirve de orientación a la Administración, pero hasta ahí llega su papel. De ningún modo limita la concurrencia al concurso privado. Ello sería violatorio del principio de la libre participación en la licitación que rige el procedimiento "licitatorio" costarricense.

Ahora bien, actualmente el Ministerio de Obras Públicas y Transportes tiene un procedimiento de preselección de contratistas públicos elegidos mediante licitación pública. Este procedimiento es ilegal a la luz de la presente y vigente legislación en materia de contratación administrativa. Para la "construcción de carreteras, puentes. C R-72" se exige este requisito, el folleto que contiene las condiciones generales para tales construcciones dice, en su página 7 que la "precalificación de empresas" es un "proceso de selección de empresas interesadas y capacitadas para ejecutar una obra, lo cual demuestran mediante el aporte de información adecuada y completa de su capacidad". Y, en la página 9, en donde se piden los requisitos y condiciones para la licitación", se lee:

"Calificación de los contratistas. Antes de que una propuesta sea considerada para su adjudicación, el Gobierno le puede solicitar al proponente una declaración concerniente a su experiencia previa en la realización de trabajos comparables, su organización comercial y técnica, el equipo disponible para ser utilizado en la ejecución del trabajo, su estado financiero, presentando un balance de situación con un corte al último mes calendario anterior a la publicación de la licitación". (El subrayado es nuestro).⁽⁶⁶⁾

Esta condición es ilegal; salvo que una ley especial (por ejemplo: la relativa a empréstitos con organismos financieros internacionales) la legitime. En nuestro actual sistema de licitación el requisito de la selección previa del postor no existe. Este es el punto medular de la cuestión de acuerdo con la legislación costarricense. Esto debe quedar claro, ya que es de suma gravedad que esta cláusula tenga vigencia de hecho, cuando viola la normativa de la licitación nacional.

Otro punto y aparte es el relativo a nuestro criterio sobre la conveniencia o inconveniencia de que se le pida a los oferentes que precalifiquen para tales obras públicas.

Nuestro criterio es que conviene que exista el procedimiento de selección previa de postores para esas obras públicas. Ello no lesiona el principio de la libre concurrencia, en la medida en que el mismo no puede ni debe, como cualquier principio entenderse en términos absolutos. La competencia entre concursantes, en este tipo de licitaciones debe funcionar a partir de un conjunto de oferentes que llenen los requisitos de capacidad técnica, ética, económica y en recursos humanos para cumplir con el contrato de obra pública en cuestión. La naturaleza y la complejidad de esos contratos amerita esa selección preliminar. Tal es nuestro punto de vista. Ahora bien, esto requiere de una reforma a la ley de administración financiera o la

(66) La tesis que presentó Roque RIMOLO NAPOLITANO con el nombre de "Control administrativo e inspección de un proyecto vial otorgado a un contratista", a la Facultad de Ingeniería en noviembre de 1969 para optar al título de ingeniero civil ante el tribunal formado por los profesores ingenieros Manrique Lara Tomás (delegado del Decano y profesor guía), Carlos Luis Corrales Villalobos, Carlos Espinach Escalante y Max Settenfeld Röger, constituye un estudio muy interesante en el campo del contrato de obra pública, desde la perspectiva que el Ing. RIMOLO lo enfocó, de acuerdo con su especialidad y formación profesional. Este importante estudio consta de estos capítulos: I Generalidades: análisis de las ofertas, adjudicación de un contrato, presentación de plicas, análisis de ellas, trámite de licitación, etc. II Control administrativo: personal y equipo, libro de registro, planos, archivos, informes mensuales, etc. III Inspección: control de diferentes fases de la obra, drenajes, cunetas, construcción de alcantarillado, pavimento, muestreos, etc. IV Consideraciones finales: informes generales y específicos, cierre final, inspección final, etc. ANEXOS.

Esta tesis puede ser consultada en la Biblioteca de la Universidad de Costa Rica. Su número de identificación es el 2235.

emisión de una ley especial para esta clase de contratos administrativos públicos. Sin que esta norma se dé, la exigencia de la Administración es ilegal, pues no hay ley alguna que ampare o habilite este proceder del Estado. Precisamos, de acuerdo con la legislación presente y vigente, el requisito del Ministerio citado es ilegal. No hay duda alguna al respecto. En el otro aspecto —de nuestro modo de ver esta cuestión—, estimamos que esa cláusula es necesaria y se debe pedir al particular interesado en contratar con la Administración. Pero, ello precisa de una norma expresa que, con rango de ley, (debido a la importancia que tiene en relación con el principio relativo de la libre competencia), venga a permitirle al Gobierno el imponer tal requisito en los carteles de licitación.

Sobre la L.A.F.R. y el Reglamento de la Proveduría Nacional (RPN), estimamos que, la primera debe dar lugar a una ley general de contratos públicos; y, el segundo al reglamento general de esta norma sobre negociación administrativa. Los tiempos actuales así lo piden, dada la cantidad de licitaciones que se realizan y el monto sustancial que en ellas va implícito. Esta es una necesidad insoslayable que tal vez los políticos conviertan en realidad a corto plazo.

16) Decreto N° 18 de 30 de abril de 1968

El texto de este Decreto es el siguiente:

“Art. 1º: El plazo que deberá mediar entre la fecha de publicación en el Diario Oficial de carteles de licitación pública de cualquiera de los órganos o entes del Estado y la fecha señalada en el propio cartel como término para la recepción de ofertas, no será en ningún caso inferior a los siguientes límites:

- a) licitaciones para construcción de obras: un mes;
- b) licitaciones para suministros necesariamente de importación: 20 (veinte) días hábiles.
- c) licitaciones para otros tipos de contratación: 15 (quince) días hábiles.

(El subrayado es nuestro).

Es entendido que inmediatamente después de la hora y fecha señaladas como límite para la recepción de ofertas deberán éstas ser abiertas, conforme a la ley”.

Con respecto de este último párrafo, citamos aquí la redacción del inciso d) del numeral 100 de la LAFR:

“El día y la hora que se hubieren señalado como límite para presentar ofertas, serán abiertas las que se hubieren presentado, en presencia de los interesados que deseen asistir”.

A su vez, el numeral 10 del Reglamento de la Proveduría Nacional (RPN), en su párrafo segundo expresa que:

“Las ofertas presentadas después de la hora señalada, sólo podrán ser consideradas si los interesados presentes, por unanimidad, así lo acuerdan; después de aceptada en estas condiciones, no procede ninguna gestión para anular su aceptación”. (El subrayado es nuestro).

Como se desprende de esta norma, las ofertas que lleguen un poco tarde a la apertura de ofertas o plicas, pueden ser aceptadas al concurso respectivo, SI los “interesados presentes, por unanimidad, así lo acuerdan”. En la práctica, la costumbre es que sólo participan en la licitación dada, aquellas plicas presentadas antes del “día y la hora que se hubieren señalado como límite para presentar ofertas”.

“Art. 2º: entre la fecha de publicación en el Diario Oficial, de iniciativa propia o bien a solicitud de parte interesada o conforme a disposición de la Contraloría General de la República, de modificaciones, adiciones, aclaraciones o interpretaciones a los carteles, y la fecha señalada para la recepción de ofertas, deberá mediar un plazo no inferior a la mitad de los límites señalados en el artículo anterior, a cuyo efecto el órgano o ente estatal interesado deberá disponer las prórrogas que sean necesarias, las que tendrán igualmente el carácter de modificaciones”.

En relación con esta disposición, traemos aquí a colación estas normas de la LAFR y del RPN, respectivamente:

“Art. 97: Salvo lo establecido en el artículo anterior, para toda otra clase de contratos o compras mayores de cinco mil colones (₡ 5.000.00), deberá procederse a licitación pública con mayor o menor plazo, según la importancia y naturaleza de la obra o de la compra”. (El subrayado es nuestro).

“Art. 37: Una vez vencido el término señalado para recibir las ofertas, el Jefe de la Sección respectiva procederá a estudiar las que hubieren sido presentadas, a efecto de hacer la adjudicación correspondiente, la cual no podrá hacerse efectiva sin la aprobación del Proveedor Nacional. No podrá hacerse la adjudicación antes de la fecha señalada en la licitación para recibir ofertas, aun cuando se considerare que han sido recibidas todas las propuestas posibles”. (El subrayado es nuestro).

El párrafo segundo del numeral 2º del Decreto N° 18, en cuestión, por su parte, manda que:

“Las publicaciones del género indicado deberán aparecer en el Diario Oficial antes del vencimiento del término señalado para la recepción de ofertas”.

El numeral tercero del indicado Decreto N° 18, manifiesta que:

“La impugnación ante la Contraloría General de la República de un cartel de licitación pública por supuestos vicios en el procedimiento o por estimar que condiciones o especificaciones suyas limitan ilegítimamente la libertad de concu-

rencia, deberá presentarla quien tenga interés en ello, debidamente razonada, en papel sellado de un colón junto con una copia, dentro del primer tercio del plazo señalado por el cartel para la recepción de ofertas. La Contraloría General de la República emitirá su resolución dentro del segundo tercio del indicado plazo”.

Mediante este decreto N° 18 se vino a regular el plazo de recepción de plicas. Con anterioridad al mismo, prevalecía el criterio de la Contraloría en esta materia, como en la impugnación al cartel. Este decreto N° 18 fue redactado por la Contraloría, y es el fruto de la experiencia de este organismo en el campo en el cual ese Decreto juega.

“Es la primera vez que el Poder Ejecutivo costarricense reglamenta actuaciones de entidades autónomas”, como nos informa Mauro MURILLO. También concordamos con MURILLO cuando expresa que se puede impugnar el cartel cuando éste omite, ilegítimamente, una condición o cláusula. De hecho, la Contraloría atiende ambas situaciones: tanto aquella diligencia de objeción al pliego de condiciones que lesionan los principios reguladores de la licitación como la normativa pertinente a ella; y, las objeciones que se hacen cuando el pliego de bases omite ilegítimamente cláusulas que el interesado alega como válidas y legales. En otras palabras, el cartel puede “pecar por acción y por omisión”. En las dos circunstancias, se puede atacar el pliego de condiciones.

Una omisión importante del Decreto N° 18 es la que se refiere a la situación que se da cuando la Contraloría declara con lugar la objeción del particular y la Administración mantiene el cartel publicado e impugnado con éxito, negándose a modificarlo en el sentido que la entidad contralora ha dicho. Esto puede suceder así, debido a que lo que la Contraloría manifiesta, en este caso, no es vinculante para la Administración. Como bien indica MURILLO, en su escrito de cita “*Las objeciones al cartel de las licitaciones públicas y el Decreto Ejecutivo N° 18 de 30 de abril de 1968*” (inédito), julio 1968 —pág. 7—, esa es una ausencia importante que se echa de ver en el Decreto de comentario.

En este supuesto en que un particular impugna con éxito el cartel y la Administración desoye el criterio de la Contraloría, se da la consecuencia de que este Administrado queda legitimado para apelar contra el acto de adjudicación que se produjere. Tal es lo que la Contraloría sostiene en esta circunstancia. Consideramos que este Decreto debe contemplar esta situación; y, también, aquella en la que hay imposibilidad material para publicar la modificación al cartel. En este supuesto, cuando esto ocurra, la Administración debe declarar desierto el concurso, ya que es sabedora de que el pliego de estipulaciones es ilegal (MURILLO se pronuncia en este mismo sentido, en la pág. 8 de su ensayo citado). También, estimamos que el interesado que exitosamente impugnó el cartel, y la modificación no se pudo hacer por una imposibilidad material, queda legitimado pa-

ra apelar contra el posible y futuro acto de adjudicación, ya que el impugnante exitoso no es responsable del acaecimiento de la imposibilidad material.

Asimismo compartimos el punto de vista de MURILLO, acerca de que los carteles del Instituto Costarricense de Electricidad (ICE) pueden ser apelados ante la Contraloría, ya que la Ley N° 1874 de 1955, dispuso que “solamente existe recurso de responsabilidad en contra de los Gerentes y Directivos de lo que en materia de licitaciones sea resuelto”; no pudiéndose interpretar que un pliego de condiciones sea inobjetable, ya que un cartel no puede equipararse o asimilarse a la expresión “lo que el ICE resuelva”, por cuanto un instructivo de condiciones no es ninguna “resolución”; además, que los antecedentes de la ley N° 1874, citada, son muy claros en señalar que de lo que se trataba de excluir al ICE era de la apelación ante la Contraloría de los actos “adjudicatorios” (MURILLO, op. cit., págs. 8 y 9). Aprovechemos esta oportunidad para reiterar nuestro criterio de que las entidades que manejen fondos públicos deben estar sometidas al procedimiento de la licitación y al respectivo control de la entidad que ejerce la fiscalización de la Hacienda Pública.

17) Normas de protección a las empresas constructoras nacionales.

Sobre este tema hay que hacer una observación de partida que consiste en informar que por el artículo 7 de la ley N° 5501 del 7 de mayo de 1974, se derogó la ley N° 4864 del 19 de octubre de 1971. Esta ley fue publicada en *La Gaceta* N° 224 del 10 de noviembre de 1971. El artículo primero de esta ley derogada decía que cuando por aumento de impuestos, variaciones en materia monetaria originadas en el establecimiento de recargos cambiarios o alzas del tipo de cambio del colón, imposición de cuotas de importación y alzas de salarios no constituidas por las fijaciones periódicas que por ley han de hacerse, se produjere un aumento en el valor de una obra contratada o ejecutar por una empresa constructora nacional o personas físicas costarricenses, para el Estado o sus instituciones autónomas o semi-autónomas, tal *diferencia* en el valor será reconocida por el Estado o las instituciones citadas a la empresa constructora o persona contratante, *siempre* que la contratación se origine en oferta presentada con anterioridad a la promulgación de la respectiva ley, decreto o disposición que haya causado tal variante.

El artículo tercero de dicha derogada ley, indicaba lo que se debía entender por “*empresa constructora nacional*”. Así, por ella debía considerarse aquellas en las que “no menos” del setenta por ciento (70%) del capital de la firma perteneciere a costarricenses, según conste en la escritura constitutiva de la empresa y sus modificaciones posteriores, si las hubiere; y, que —además— tenga un período “no menor” de dos años de haberse establecido como empresa constructora e inscrito como tal en el Registro Público.

Por su parte el artículo primero de la ley N° 5518 del 7 de mayo de 1973, expresa que para acogerse a los beneficios de leyes vigentes relativas a ajustes de precios en contrataciones administrativas con empresas nacionales, los contratos de construcción respectivos deberán ser registrados en la Cámara Costarricense de la Construcción o en la Cámara de Constructores de Carreteras y Puentes, según sea el caso, debiendo pagar el contratista interesado a la cámara correspondiente un derecho de inscripción equivalente al uno por mil del valor del contrato. Tal es el enunciado del primer párrafo del *supra* indicado numeral. (Esta ley se publicó en el *Alcance* N° 86 a *La Gaceta* N° 91 del 16 de mayo de 1974).

Asimismo, la ley N° 5501 del 7 de mayo de 1974, mediante su artículo séptimo deroga la ley N° 4864 del 19 de octubre de 1971. En su numeral primero esta ley N° 5501 dispone que cuando por variaciones en el costo de los materiales, mano de obra, beneficios sociales, equipos a incorporar y servicios, *se produjere un aumento o una disminución*) el subrayado es nuestro) en el valor de una obra o contratar o a ejecutar por una empresa constructora nacional, para el Estado o sus instituciones autónomas o semiautónomas, los precios de los contratos serán reajustados, aumentándolos o disminuyéndolos, de acuerdo con el reglamento que al efecto emitirá el Poder Ejecutivo.

El artículo tercero de esta ley señala que para los efectos del numeral primero de esta misma ley, se reputarán como empresas constructoras nacionales, aquellas que reúnan estos requisitos:

i) no menos del setenta por ciento (70%) del capital de la empresa constructora debe pertenecer a costarricenses, según conste en la escritura constitutiva de la empresa y sus modificaciones posteriores, si las hubiere; y,

ii) un período no menor de dos (2) años de haberse establecido como empresa constructora e inscrito como tal en el Registro Público.

Esta ley contiene siete artículos y un transitorio. Fue publicada en el *Alcance* N° 86 a *La Gaceta* N° 91 del 16 de mayo de 1974.

Por medio del "Decreto Ejecutivo N° 4144 del Ministerio de Economía, Industria y Comercio" (M.E.I.C.), se dio el "reglamento a las leyes Nos. 5501 y 5518 para ajustes de precios en contratos con empresas nacionales de la construcción". Este reglamento se publicó en el *Alcance* N° 175 a *La Gaceta* N° 183 del 27 de setiembre de 1974.

Su artículo primero afirmaba que el "presente reglamento tiene por objeto fijar las bases y establecer las condiciones necesarias para la aplicación de las leyes Nos. 5501 y 5518, para ajustes de precios en contratos con empresas nacionales de la construcción, contratos con empresas proveedoras de servicios o suministros de origen local para la construcción y contratos celebrados con empresas constructoras extranjeras cuando se haya determinado que en el país no existen empresas constructoras nacionales con capacidad suficiente para realizar las obras requeridas".

En el Capítulo segundo de dicho reglamento se definen algunos términos relativos a este campo negocial. Entre ellos, destacamos el de "reajuste de precios", que el reglamento (en su artículo tercero y único de ese capítulo segundo) define como la actualización del precio de la obra tomando en cuenta las variaciones en el costo de los elementos, siempre y cuando sea por aumento superior al 3% de cada renglón de pago o de factor de costo.

Por Decreto Ejecutivo N° 4428 —MEIC del 14 de diciembre de 1974, publicado en *La Gaceta*, N° 4 del 8 de enero de 1975, se derogaron los Decretos Ejecutivos N° 4144—MEIC del 23 de setiembre de 1975 y el N° 4339—MEIC del 15 de noviembre del mismo año.

Este Decreto Ejecutivo N° 4428, lleva como título "Reglamento a las leyes Nos. 5501 y 5518 para ajustes de precios en contratos con empresas nacionales de la construcción".

Su numeral primero afirma que el presente reglamento tiene por objeto fijar las bases y establecer las condiciones necesarias para la aplicación de las leyes números 5501 y 5518, para ajustes de precios en contratos con empresas nacionales de la construcción, contratos con empresas proveedoras de servicios o suministros de origen local para la construcción y contratos celebrados con empresas constructoras extranjeras cuando se haya determinado que en el país no existen empresas constructoras nacionales con capacidad suficiente para realizar las obras requeridas.

Como se observa fácilmente este numeral repite la redacción del Decreto Ejecutivo N° 4144—MEIC derogado.

Interesa destacar la definición —que se presenta como idéntica en los Decretos Ejecutivos (D.E.) Nos. 4144 (derogado) y el 4428 (vigente)— de "empresa constructora nacional". Dicen los numerales terceros, de ambos D.E., que por tal se tiene aquella empresa que reuna conjuntamente las siguientes características:

i) no menor del 70% del capital de la empresa constructora debe pertenecer a costarricenses, según conste en la escritura constitutiva de la empresa y sus modificaciones posteriores si las tuviere; y,

ii) un período no menor de dos años de haberse establecido como empresa constructora o inscrito como tal en el Registro Público.

Asimismo, este artículo tercero del D.E. N° 4428 (que repite lo que su homólogo del D.E. N° 4144) define como "reajuste de precios", la actualización del precio de la obra tomando en cuenta las variaciones en el costo de los elementos predominantes *siempre* y *cundo* (el subrayado es nuestro) se registre un aumento superior al 3% (tres por ciento) en un renglón de pago. Mandando el artículo cuarto del D.E. N° 4428, que los precios de los contratos serán reajustados al existir variaciones en cualquiera de sus elementos predominantes superiores a un 3% durante el plazo del contrato, aumentándolos o disminuyéndolos, por el procedimiento que se establezca conforme al presente reglamento.

Por su parte, el artículo cuarto ordena que el procedimiento de reajustes será expresamente señalado en el cartel por el Estado, debiendo indicar en cada caso los datos que el contratista debe in-

cluir en su oferta de modo que se pueda aplicar el procedimiento adoptado. El cálculo del reajuste debe ser presentado por el contratista. Si el cartel no indicara el procedimiento se usará el analítico.

El procedimiento analítico lo define el artículo tercero del citado reglamento en los términos siguientes: "reajuste de precios iniciales con fundamento en variaciones de los precios primarios iniciales de los elementos predominantes. Señalando, además, que el "procedimiento analítico modificado" —por su parte— es el "reajuste de precios iniciales basados en los aumentos de mano de obra, pagos internacionales, en los materiales incorporados y combustibles requeridos en la ejecución de la obra".

Las causas por las que procede el pago de los reajustes de precios, son las que a continuación se enumeran, al tenor del artículo sexto del mencionado D.E. N° 4428. Efectivamente este numeral, en su primer párrafo ordena que salvo que se indique en diferente forma en los documentos contractuales, precederá el aumento de los plazos de los contratos de construcción y de actualización de los programas de trabajo (*cronogramas*) de las obras *con motivo de los atrasos ocurridos por* (el subrayado es nuestro) *estas causas*:

a) caso fortuito o fuerza mayor. Además, falta de equipos a incorporar o escasez de materiales de construcción en el mercado nacional o internacional; períodos de lluvia evidentemente perjudiciales al progreso de la obra.

b) incumplimiento del Estado, por alguna de estas causas:

1) Falta de elementos técnicos indispensables para iniciar o proseguir una obra cuando dichos elementos debe suplirlos el Estado.

2) Falta de medidas que permitan localizar el sitio exacto donde debe construirse la obra o la existencia de impedimentos legales o de cualquier otro tipo que dificulten la realización de la misma.

3) Orden escrita del Estado para parar o disminuir el ritmo de progreso de la obra.

4) Incumplimiento del Estado en el pago, de acuerdo con las cláusulas del respectivo contrato; y,

5) Cambios, trabajos extra o ampliaciones de la obra solicitadas por el Estado que requieran aumento de plazo.

El penúltimo párrafo de este artículo ordena que los atrasos que fueren responsabilidad del contratista no dan derecho a actualizar los *cronogramas* y el reajuste de costo se hará de acuerdo con los *cronogramas* vigentes. Mandando el párrafo *in fine* de dicho numeral que si el contratista realizara los trabajos, o la obra total, en un tiempo menor del previsto en el *cronograma inicial* (o sea, el presentado en la oferta, de conformidad con la definición que el artículo tercero da de este cronograma), éste debe ser actualizado para efectos de reajustes. Pero, en el primer caso, el plazo máximo de ejecución o entrega de la obra no podrá ser disminuido.

Ahora bien, no habrá reajuste de costo para materiales o equipos que supla el Estado. Este proveerá materiales, equipo o servicios

cuando así lo establezca el respectivo cartel de licitación; quedando facultados para reconocer el valor de materiales a equipos incorporados a la obra, o bien, en las bodegas en el sitio de la obra en cuanto están exclusivamente destinados a la misma, según manda el artículo sétimo.

Resulta útil incorporar a estas líneas la definición de "Estado" que da el artículo tercero del D.E. N° 4428. Entiende por este concepto lo siguiente: "El Estado y sus instituciones". Considero que más que una definición se trata de una equivalencia; es decir, que cuando se dice "Estado", léase el "Estado y sus instituciones". De acuerdo con la costumbre (conforme a los rasgos institucionales de la estructura estatal costarricense) en los oficios y documentos públicos cada vez más se distingue entre el Poder Central y el Poder Descentralizado. El primer término para referirse a los Poderes clásicos; y, el segundo, para denominar a los entes públicos descentralizados. Así, resultaría —tal vez— más adecuado a nuestra realidad institucional, hacer la equivalencia de "Estado" con las expresiones Poder Central y Poder Descentralizado; o, la Administración Pública integral del aparato estatal nacional. Y, más resumido, simplemente "la Administración", como suele decirse en el *argot* de los *iuspublicistas*.

Este reglamento, a la par de las leyes citadas, tratan de hacerle frente al conocido fenómeno económico de la inflación. Es una regulación destinada a remediar —en lo posible— los efectos negativos inflacionarios que se dan —además— con respecto a la contratación pública administrativa.

A propósito de esta consideración, se puede mencionar el encabezamiento que el matutino "La República" (del sábado 21 de diciembre de 1974) presentó a los lectores de este día sabatino: "Estado subsidia a las empresas constructoras". El sub-acápite informaba que el gobierno subsidiará a las empresas constructoras en treinta y nueve millones de colones, que se cancelarán con partidas incluidas en el Presupuesto Nacional de 1975 y con préstamos exteriores. Añadiendo, que la ayuda del gobierno a las empresas constructoras se motiva "en que debido al fenómeno inflacionario mundial los costos de la actividad de la construcción subieron considerablemente, en algunos casos hasta en un 25%". Finalizando la información periódica con un dato muy relevante: "El costo total de las obras para las cuales las empresas constructoras recibieron el subsidio del Estado llega a doscientos cuarenta y cinco millones".

En estas breves líneas no vamos a realizar un análisis exhaustivo y detallado de esta importante normativa, por el momento.

En un estudio que estamos finalizando, realizamos un análisis en profundidad sobre las leyes indicadas y el reglamento de marras. Por esta razón, en esta oportunidad solamente hacemos esta sencilla presentación de esta polifacética y compleja temática del *reajuste de precios* en los contratos de obra pública efectuados por empresas nacionales, de conformidad con la definición que de ellas ya se ha precisado.

Nada más adicionemos la matización que da el artículo 22 del mencionado reglamento a la circunstancia del beneficio del reajuste de precios a las indicadas firmas nacionales. Efectivamente, este numeral manda que cuando el Estado considere que no hay suficiente capacidad en las empresas constructoras nacionales para llevar a cabo una obra determinada, podrá indicar en el respectivo cartel de licitación, que las empresas constructoras que no reúnan los requisitos suficientes para ser consideradas como nacionales, podrán participar en esa licitación y acogerse a las disposiciones de las leyes números 5501 y 5510 en relación con ese trabajo.

En fin, ahí están las reglas de juego jurídicas relativas a tales "reajustes" para este tipo clásico del contrato público administrativo. ¿Serán posibles arreglos fraudulentos en perjuicio del "espíritu de la ley" y de la "intención del legislador"? Esto sólo la práctica cotidiana lo podrá decir. Los duros y fríos hechos son los que indicarán el grado de la moralidad y la legalidad administrativa!

18) Ley N° 5176 del 20 de febrero de 1973

Esta ley es importante ya que faculta a la Administración estatal y local, para que, de acuerdo, a sus posibilidades económicas en sus presupuestos anuales de inversiones consignan partidas para promover la literatura, las artes nacionales, monumentos nacionales, adquirir piezas arqueológicas y obras de arte de autores nacionales, así como la edición de obras por parte de la Editorial Costa Rica.

Esta ley fue publicada en el Alcance N° 22 del 27 de febrero de 1973, a La Gaceta N° 40.

Mediante esta ley, se le permite a la Administración la difusión del arte costarricense y el robustecimiento del medio ambiente artístico integral nacional. Es una norma importante que viene a facultar a los entes públicos estatales y locales, el invertir dinero público en obras artísticas, en sentido amplio, que redundarán en beneficio de la colectividad.

19) Ley N° 4574 (Código Municipal) (*)

Esta ley manda en su artículo 103, que las ofertas de licitaciones privadas deben pagar un timbre municipal de dos colones;

(*) Sobre temas municipales hemos escrito lo siguiente: "El Instituto de Fomento y Asesoría Municipal —IFAM—" (Madrid: 'Revista de Estudios de la Vida Local', N° 179, 1973, publicación del Instituto de Estudios de Administración Local, págs. 529 a 541); y, "El primer Código Municipal de Costa Rica" (Madrid: *idem.*, revista citada, N° 177, 1973, págs. 113 a 136). Estos dos artículos fueron editados por el IFAM, en una sola publicación, (San José: Andrea Ltda. 1974), en la Serie 'Documentos municipales' bajo el N° 010 - agotada; la segunda edición está siendo preparada.

y, las de licitaciones públicas, uno de cinco colones. Su párrafo sexto indica que los recursos contra actos de adjudicación de licitaciones privadas pagarán un timbre municipal de cincuenta colones; y cuando se trata de impugnar los actos de selección de contratista público, en una licitación pública, se debe pagar un timbre municipal de cien colones. Añadiendo que "ningún recurso será tramitado si no ha pagado el timbre correspondiente".

Como se ve, fácilmente, se trata de un requisito de admisión de la apelación contra un acto "adjudicatorio" de una licitación. de carácter formal o externo. Aunque el monto que se debe pagar por los timbres, es relativamente bajo, no hay duda de que constituye una erogación para el particular, fundamentalmente, cuando se piensa en el supuesto de las apelaciones citadas. Se sabe que esta norma tiene como fin allegar fondos a las Municipalidades; dotarlas de fuentes de recursos económicos. Situación diversa es la que presenta el proyecto de ley para la reforma de los artículos 90, 94, inciso b), 95 y 100, inciso h) de la Ley de Administración Financiera de la República, cuyo dictamen afirmativo, salió publicado en el Alcance N° 160 a La Gaceta N° 215 del 15 de noviembre de 1973, el cual trata de mermar el número de apelaciones contra los actos de adjudicación de las licitaciones públicas para la realización de contratos de obras, imponiendo restricciones y requisitos a los potenciales impugnantes ("si el recurso de apelación se establece, el recurrente deberá depositar a la orden de la institución administrativa interesada, una garantía equivalente al 1% del monto de su oferta, con un mínimo de ₡ 200.00").

20) Memorias anuales de la Contraloría

a) Memoria de 1971

Nos interesa de esta Memoria destacar el comentario que ella hace a la Ley N° 4622, dictada en un afán de permitir a la Administración Central, tanto como a las instituciones y corporaciones del Estado, con atribuciones en los puertos marítimos del país, de buscar soluciones a los problemas portuarios y a los problemas socioeconómicos de esas zonas. Se estableció una vigencia de un año y medio para la ley citada, con la esperanza de que se formularía y se pondría en ejecución un plan de desarrollo cuidadosamente elaborado y debidamente coordinado, que solucionaría en parte las deficiencias que requerían atención, y que parcialmente se dejarían sentadas las bases para la política continuada de mejoramiento en ese campo. Los planes, de acuerdo con esa Ley N° 4622, serían puestos en conocimiento del Poder Legislativo, mediante el Poder Ejecutivo, para su aprobación definitiva; y, se someterían a la Contraloría para que ésta estableciera los sistemas de control idóneos para esa materia de excepción. Empero, se incumplió con el deber del conocimien-

to de la Asamblea Legislativa; y, por lo que respecta a la Contraloría ("salvo aislados proyectos") también se dio aquí incumplimiento. Con ello se dificultó la labor de fiscalización y se impidió el establecimiento de sistemas de control. Señala esta Memoria que "ello prueba una vez más, la inconveniencia de la ley de excepción cuando su necesidad no surge de una verdadera emergencia nacional o local, y el imperativo de rodearla de toda clase de garantías y controles compatibles con su naturaleza excepcional, que permitan su uso racional (de aplicación siempre restringida) y faciliten la vigilancia por parte de los órganos de fiscalización" (págs. 63 y 64 de la Memoria).

b) Memoria de 1972

De esta Memoria destacamos lo siguiente:

i) En 1971, el número de recursos de apelación contra actos de adjudicación de licitaciones públicas fue de 161, mientras que en 1972, el número de ellos llegó a 210.

ii) En 1971, se impugnaron 25 carteles; y, en 1972, 18.

iii) El número de licitaciones públicas hechas por la Administración, fue, en 1971, de 2.684; y, en 1972, de 2.878.

iv) La Contraloría, en esta Memoria, se queja de lo inadecuado de la Ley de Administración Financiera de la República (LAFR). Este organismo expresa así su crítica:

"Un problema de gran magnitud es el que enfrenta la Contraloría en materia de licitaciones, es el resultado de la Ley que rige en esta materia de contratación administrativa, esto es *la Ley de Administración Financiera de la República* en los capítulos correspondientes. Esta ley es *inadecuada* a los requerimientos actuales de la Administración Pública; de deficiente estructuración, con trato desigual para diferentes ramos de la Administración ayuna en regulaciones esenciales, con complicaciones procesales innecesarias, etc., da lugar a resultados lamentables que demoran la tramitación de negocios casi siempre urgentes.

Las críticas a la Contraloría General por el atraso en la resolución de determinados negocios no es rara por parte de particulares y de funcionarios públicos, quienes a veces la llevan hasta los órganos de información atacando con ello el resultado inevitable y no *la causa que es la inadecuada legislación*" (pág. 247). (El subrayado es nuestro).

El capítulo de las licitaciones analizado por la Contraloría, en esta Memoria puede verse en las páginas 243 a 247.

Por su parte la Memoria de 1973 sostiene lo mismo que sus predecesoras.

21) Memoria Anual del Ministerio de Hacienda

c) 1972.

En esta Memoria de 1972, el Ministerio indicado, expresa que la Sección de Licitaciones Públicas de la Proveduría Nacional tramitó 674 concursos por un valor de ₡ 100.568.134.60 distribuidos entre los tres Poderes del Estado y el Tribunal Supremo de Elecciones. Por su parte la Sección de Licitaciones Privadas de esa Proveduría, tramitó 5.298 concursos privados por un monto de ₡ 31.477.261.89.

Asimismo, aclara que "la razón por la cual aparece una disminución en el número de licitaciones es que a partir de este año se modificó el sistema de compras menores a los ₡ 500.00 por licitación privada a adquisiciones mediante la contratación directa, expeditando el trámite enormemente" (pág. 210).

Esta memoria presenta un cuadro interesante, que transcribimos.

CUADRO 99

LICITACIONES PUBLICAS TRAMITADAS (*)

Administración	Cantidad	Monto en colones
M. de Agricultura y Ganadería	127	4.838.514.89
M. de Obras Públicas y Transportes	108	80.487.922.73
M. de Gobernación y Policía	128	3.100.301.05
M. de Hacienda	54	3.587.237.90
M. de Cultura, Juventud y Deportes	22	682.974.00
Tribunal Supremo de Elecciones	59	818.065.63
M. de Salubridad Pública	28	1.807.166.81
M. de la Presidencia	7	118.863.37
Corte Suprema de Justicia	46	1.479.943.92
M. de Industria y Comercio	14	689.906.52
M. de Seguridad Pública	12	292.718.06
M. de Trabajo y Bienestar Social	14	203.115.58
M. de Educación Pública	50	2.321.619.64
Asamblea Legislativa	2	53.610.00
Contraloría General de la República	3	86.274.50
TOTALES	674	100.568.134.60

M: Ministerio.

CUADRO 100

CUADRO COMPARATIVO DEL FLUJO DE LICITACIONES
PUBLICAS (**)

AÑO	Número de Licitaciones Públicas tramitadas	Monto en Colones
1967	441	54.163.840.00
1968	329	59.573.096.66
1969	375	69.175.770.56
1970	523	60.772.343.86
1971	928	99.845.511.94
1972	674	100.568.134.60
1973	622	172.334.034.05 (***)

(*) FUENTE: Memoria del Ministerio de Hacienda de 1972. Pág. 211.

(**) FUENTE: Idem.

(***) FUENTE: Memoria del mismo Ministerio, 1973, pág. 161.

b) 1973.-

Por lo que respecta a esta *Memoria*, la información que nos presenta es la siguiente:

Sección de licitaciones públicas.

Se tramitaron 622 concursos públicos, por un valor de.....
C 172.334.034.05 (ciento setenta y dos millones trescientos treinta y cuatro mil con treinta y cuatro colones y cinco céntimos), distribuidos entre los tres Poderes del Estado y el Tribunal Supremo de Elecciones.

CUADRO N° 75 (*)

Concursos tramitados por la Sección de Licitaciones Públicas con indicación de las instituciones, cantidad y volumen económico correspondiente a las mismas.

Administración	Cantidad	Monto en colones
M. de Agricultura y Ganadería	77	2.107.535.31
Asamblea Legislativa	2	8.684.00
M. de Cultura, Juventud y Deportes	15	299.682.88
Contraloría General de la República	7	609.429.75
Corte Suprema de Justicia	62	29.831.984.40
M. de Educación Pública	42	9.060.359.24
M. de Economía, Industria y Comercio	10	178.627.10
M. de Gobernación y Policía	119	3.565.985.49
M. de Hacienda	50	6.291.688.42
M. de Obras Públicas y Transportes	110	112.681.790.75
M. de la Presidencia	18	351.522.12
M. de Relaciones Exteriores	4	165.590.00
M. de Salubridad Pública	49	1.578.484.93
M. de Seguridad Pública	27	5.210.018.43
M. de Trabajo y Seguridad Social	21	332.301.23
Tribunal Supremo de Elecciones	9	60.350.00
TOTALES	622	172.334.034.05

(*) FUENTE: Apud. Memoria, págs. 159 y 160.

M: Ministerio.

Sección de licitaciones privadas.

Esta unidad administrativa tramitó 5.915 (*) concursos privados por un valor de ₡ 44.779.186.98 (cuarenta y cuatro millones setecientos setenta y nueve mil ciento ochenta y seis colones con noventa y ocho céntimos).

CUADRO N° 77 (**)

Concursos tramitados por la Sección de Licitaciones privadas con indicación del año, número de los mismos y su respectivo monto en colones.

Año	Cantidad	Monto en colones
1967	6332	17.087.967.97
1968	6009	17.714.670.02
1969	6019	17.416.745.24
1970	6232	21.150.228.94
1971	7172	28.486.147.77
1972	5298	31.477.261.89
1973	5298 (*)	44.779.186.98

(*) Estas dos cifras son diferentes como es obvio. Así constan en la mencionada Memoria de donde se toman estos datos. (Confrontar págs. 159, párrafo 7° con el cuadro N° 77, línea concerniente al año 1973, pág. 160).

(**) FUENTE: Id.

CUADRO COMPARATIVO DE LICITACIONES PUBLICAS
TRAMITADAS EN LOS AÑOS 1972 Y 1973 (*)

Administración	Cantidad		Monto en colones	
	1973	1972	1972	1973
M. de Agricultura y Ganadería	77	127	4.838.514.89	2.107.535.31
Asamblea Legislativa	2	2	53.610.00	8.684.00
M. de Cultura, Juventud y Deportes	15	22	682.984.00	299.682.88
Controloría General de la República	7	3	86.274.50	609.429.75
Corte Suprema de Justicia	62	46	1.479.943.92	29.831.984.40
M. de Educación Pública	42	50	2.321.619.64	9.060.359.24
M. de Economía, Industria y Comercio	10	14	689.906.52	178.627.10
M. de Gobernación y Policía	119	128	3.100.301.05	3.565.985.49
M. de Hacienda	50	54	3.587.237.90	6.291.688.42
M. de Obras Públicas y Transportes	110	108	80.487.922.73	112.681.790.75
M. de la Presidencia	18	7	118.863.37	351.522.12
M. de Relaciones Exteriores	4	—	—	165.590.00
M. de Salubridad Pública	49	28	1.807.166.81	1.578.484.93
M. de Seguridad Pública	27	12	292.718.06	5.210.018.43
M. de Trabajo y Seguridad Social	21	14	203.115.58	332.501.23
Tribunal Supremo de Elecciones	9	59	818.065.63	60.350.00
TOTALES	622	674	100.568.134.60	172.334.034.05

M: Ministerio.

(*) Este cuadro lo hemos confeccionado con el fin de proporcionar una comparación que es revelante entre esos años.

De acuerdo con la anterior información, relativa al año de 1973, se puede hacer esta sencilla suma:

volumen, en colones, invertido en licitaciones públicas:	₡ 172.334.034.05 +
volumen, en colones, invertido en licitaciones privadas:	₡ 44.779.186.98 =
	<u>₡ 217.113.221.03</u>

Tal es la cantidad global, en colones, que se gasta, por concepto de licitaciones tramitadas por medio de la Proveeduría Nacional. A esa cifra habría que agregarle la homóloga del Poder Descentralizado. Además, se le agregaría, la suma monetaria propia de la contratación directa, por ejemplo.

De acuerdo con esos datos y situaciones, se podría decir, *a modo de hipótesis* que lo que el Estado (en sentido genérico: Poder Central más Poder Descentralizado) invertirá en la contratación pública administrativa en este año de 1975, representa una cantidad —en colones— que pasa de los mil millones de colones. Sobra decir que es una suma muy significativa.

22) *Pliego de condiciones generales para la construcción de caminos, carreteras y puentes*

Este cartel del Ministerio de Obras Públicas y Transportes, "C. R.-72", presenta varias cláusulas que deseamos comentar brevemente, con el fin entre otros de efectuar un somero análisis de un instructivo de condiciones que nos sirva de modelo de auscultación.

Aparte de la condición de precalificar como posible contratista, ya comentada y que estimamos ilegal, (*salvo* en el caso en que por una razón muy especial —generalmente relativa a empréstitos para financiar una obra determinada— se haga obligatoria la "recalificación de contratistas", —como ya se señaló) examinaremos otras. Por ejemplo, la cláusula que dice que "a no ser que el cartel de licitación lo exprese así, no se aceptarán alternativas hechas por el proponente". Esta cláusula se puede leer en el aparte dedicado a la preparación de las ofertas. También en ella se manda que "cuando el cartel de licitación así lo exprese, las propuestas deberán ser presentadas en los formularios preparados para este fin...". Ambas indicaciones, en estricto sentido, sobran, son redundantes, ya que el cartel juega como ley entre las partes y éstas deben ajustarse a él. Ello implica que se sobreentiende que si el pliego de condiciones omite algo, el postor no está obligado a cumplir con lo que no se le ha pedido; y, en caso opuesto, si el pliego de bases requiere algo, el oferente está en la obligación de cumplir con ello. Por esta razón, es que se

debe tener presente el principio en esta materia de licitaciones: el postor debe cumplir con lo que el cartel pide; si éste es omiso en algún extremo, la ausencia juega en contra de la Administración. Las dos condiciones que hemos citado del pliego de estipulaciones comentado, simplemente afirman este principio de sujeción de las partes al cartel. Claro está, que por el hecho de su redundancia no pecan, sino que su intención, suponemos, es la de proporcionar claridad y precisión.

Asimismo, resaltamos el hecho de que a las circunstancias por las que excluye a un oferente, agrega la de que presente la oferta incumpliendo la cláusula 102.09, que dice que las plicas deben dirigirse en sobre cerrado con la dirección y los datos requeridos en el cartel. La cláusula 102.10 contiene una disposición que nos llama la atención. Su redacción es ésta:

"No se aceptarán ofertas que no se presenten después de la hora indicada en el cartel de licitación, por lo tanto, será riesgo del proponente si éstas llegasen tardíamente si son enviadas por correo..."

Con respecto de esta condición general, el cartel de licitación para la construcción de obras del Servicio Nacional de Acueductos y Alcantarillado (SNA), plantea una redacción que nos parece más adecuada a la solución de la presentación en tiempo de plicas. Efectivamente, la cláusula 1.05,b), 1, pág. 1-9, manda que las ofertas se presentarán personalmente o por correo certificado, dentro del plazo estipulado en el cartel de licitación o en sus prórrogas. A su vez, el párrafo segundo de esa misma condición, expresa que las plicas o documentos que se reciban después de vencido el plazo para su presentación, se tendrán por extemporáneos y se devolverán a los interesados sin abrirlos. Sin embargo, se aceptarán como presentados en tiempo cuando los sobres de propuestas debidamente sellados, evidencien que fueron depositados en la Oficina de correos del lugar de origen, con no menos de setenta y dos horas de anticipación a la hora de cierre de la licitación, y siempre que no haya mediado falta o negligencia alguna imputable al licitante (págs. 1-09; y 1-10). Esta última condición o requisito acerca de la negligencia del oferente se vincula al problema de la prueba; empero, el principio valedero es que si las ofertas se remiten por correo certificado, se le debe dar un margen de tiempo al postor remitente que demuestre que las depositó en esta vía de transporte, con un lapso prudente para llegar dentro del período de recepción de plicas.

Este sencillo ejemplo nos sirve además, para decir que no sólo se debe emitir una ley general de contratos administrativos públicos, valedera para la Administración estatal y municipal, sino que, también, debe existir un pliego de condiciones generales común para toda la Administración, se trate de la estatal o de la municipal. Así, se tendría una normativa generalizada y homogénea en este campo negocial, con las obvias ventajas que de ello se derivan.

Hay otra cláusula que nos mueve a un breve análisis. Se trata de la N° 102.115, pág. 14, la cual manda que debe dársele preferencia a los materiales de fabricación nacional.

Esta condición general atañe al principio de protección al empresario nacional y a los productos nacionales. Se sabe que bien puede ocurrir que capitalistas extranjeros produzcan en nuestro país aquellos materiales de construcción que se pueden utilizar en la ejecución de un contrato de obra pública. Por ello, esta cláusula tiende a proteger el bien producido en Costa Rica, sin referirse a quién lo produzca. Es la conocida cláusula de "compre lo nacional".

Refirámonos a otra cláusula. Es la N° 102.13, inciso d), pág. 13. Esta condición dice que se puede excluir a un aplicante u oferente cuando éste "ha cumplido, comprobadamente, cualesquiera de los contratos administrativos que haya suscrito con el Estado".

Nos parece que como principio es riguroso, ya que por el hecho de que un oferente haya incumplido con el Estado, en ocasión de un contrato administrativo público, no se le debe marginar de los restantes y futuros concursos públicos.

Como un dato de información que debe tener la Administración, a título de referencia, es conveniente que sepa cuáles de sus postores frecuentemente incumplen sus obligaciones contractuales con el Estado; pero, lo inadecuado de la norma surge cuando, indiscriminadamente, se trata de excluir a los aplicantes o proponentes que hayan incurrido en incumplimientos con el Estado a propósito de tales contratos. No es lo mismo el caso de un oferente que sistemática y frecuentemente viola sus acuerdos negociales con el Estado que aquel licitador que ocasionalmente, "una vez perdida", se ve en la circunstancia del indicado incumplimiento. Por este motivo, esta norma debe entenderse en términos relativos a las circunstancias factuales de cada postor; es decir, no se puede interpretar literalmente, "a pie juntillas", sino en función de los elementos integrantes de la totalidad del fenómeno "ofertual": proponente y plica. Aquí recordamos aquel brocardo latino que dice: "*sumum ius, suma injuria*". El derecho no puede ser aplicado en términos absolutos, soslayando la concreta realidad, so pena de caer en la injusticia.

III

CONCLUSIONES GENERALES

1ª) La contratación administrativa costarricense ha estado bajo el signo de la licitación o del concurso público. A lo largo de la histórica evolución de esta figura negocial, el Estado nacional ha plasmado la tesis del "contratista interpuesto"; principio básico de la economía de mercado o capitalista.

2ª) La Administración Pública de nuestro país, si bien es cierto que aceptó la tesis de la licitación, también es —igualmente— comprobable que ha venido presentando problemas en cuanto al efectivo cumplimiento y control de la licitación, como medio idóneo de garantizar la moralidad administrativa y la defensa del administrado frente a la Administración.

3ª) Una de las razones por las que el sistema de selección de contratistas público utilizado en nuestro medio —la "licitación"— no fuere del todo eficaz para garantizar la sana gestión administrativa y la defensa del administrado (con respecto de la Administración), fue la ausencia del control sobre la hacienda pública; y, cuando tal fiscalización se cristalizó en la Oficina de Control y en el Centro de Control, tal vigilancia —sobre las finanzas del común— fue raquí-tica. Es a partir de la Constitución Política de 1949, que la citada fiscalización se ejerce de modo más eficiente, por medio de la Contraloría General de la República.

4ª) Es con la Carta Magna de 1949 (fundamentalmente con sus artículos 112, 182, 183 y 184), la Ley de Administración Financiera de la República y el Reglamento de la Proveduría Nacional, que la contratación pública administrativa, se vino a regular con relativa idoneidad. Por consiguiente, la vida jurídica relevante de esa negociación es muy corta dentro del contexto de la historia nacional.

5ª) A estas alturas del desarrollo institucional e histórico de nuestro país se hace indispensable una modernización y actualización de la normativa relativa a la mencionada negociación administrativa. Ya, las disposiciones legales atañentes a la misma, no llenan las expectativas y las necesidades presentes. Por este motivo, se hace insoslayable el emitir una ley general de contratos del Estado con su respectivo reglamento. De esta forma, la contratación del Poder Central y de las instituciones descentralizadas, contaría con un adecuado marco legal para llevar a cabo sus negocios.

6ª) La tesis de emitir una ley general relativa a los contratos administrativos, con su correspondiente reglamento, también la justificamos en el hecho de que no es conveniente que en la Ley de Administración Financiera de la República se contengan disposiciones sobre la materia negocial del Estado en sentido amplio. La naturaleza, efectos y funcionamiento de la negociación administrativa, implican un mundo propio merecedor de un tratamiento aparte, cristalizado en una ley específica. Asimismo la complejidad actual de esa negociación, las sumas cuantiosas a que la misma se eleva, las normas diversas y dispersas que existen con respecto de estos negocios, explica la urgencia y necesidad de contar a corto plazo con la normativa aplicable a la indicada materia contractual.

7ª) Por otra parte, estimamos de suma conveniencia la realización de cursos, acerca de los contratos administrativos, impartidos a los funcionarios y empleados públicos. Estos cursos elevarían la eficiencia de los mismos y mejorarían en mucho el manejo de la tramitación de la señalada negociación.

APENDICE

CONSTITUCION POLITICA DE 1949

ARTICULO 112: La función legislativa es también incompatible con el ejercicio de todo otro cargo público de elección popular.

Los diputados no pueden celebrar, ni directa ni indirectamente, o por representación, contrato alguno con el Estado, ni obtener concesión de bienes públicos que implique privilegio, ni intervenir como directores, administradores o gerentes en empresas que contraten con el Estado, obras, suministros o explotación de servicios públicos.

La violación a cualquiera de las prohibiciones consignadas en este artículo o en el anterior, producirá la pérdida de la credencial de Diputado. Lo mismo ocurrirá si en el ejercicio de un Ministerio de Gobierno, el Diputado incurriere en alguna de esas prohibiciones.

ARTICULO 182: Los contratos para la ejecución de obras públicas que celebren los Poderes del Estado, las Municipalidades y las instituciones autónomas, las compras que se hagan con fondos de esas entidades y las ventas o arrendamientos de bienes pertenecientes a las mismas, se harán mediante licitación, de acuerdo con la Ley en cuanto al monto respectivo.

PARTE II

APORTACION AL ESTUDIO DE LA SELECCION DE
CONTRATISTAS (*)

* Resumen de la tesis doctoral, realizada bajo la dirección del catedrático Eduardo García de Enterría. Presentada ante el tribunal integrado por los Catedráticos Jesús González Pérez, Tomás-Ramón Fernández Rodríguez, Jesús Leguina, Fernando Garrido Falla y Eduardo García de Enterría. La defensa de esta tesis se efectuó en la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid en 1973, obteniendo la calificación de "sobresaliente". Este resumen se publicó en la Revista de Administración Pública N° 71 de 1973 (Instituto de Estudios Políticos. Madrid, Págs. 519 a 543).

SUMARIO

I.—INTRODUCCION.— II. Consideraciones generales sobre la contratación administrativa pública en Costa Rica: A) Remate; B) Contratación directa; C) Licitación privada; D) Licitación pública: pliego de condiciones; oferta del particular; etapas del procedimiento "licitatorio"; E) Relaciones contractuales; F) Contratos interadministrativos; G) Contratos de "actividad ordinaria".— III. Conclusiones generales: históricas, jurídicas, económicas y de organización y métodos.

INTRODUCCION

El objetivo de este estudio es dar una idea lo más clara posible de la selección de contratistas en Costa Rica. Este mecanismo contractual comprende cuatro figuras básicas: el remate, la contratación directa, la licitación privada y la licitación pública. De ellas, la más importante es esta última, pues constituye la regla en la materia de la negociación administrativa. En vista de esta circunstancia, es explicable la exposición más detallada que se hace de la misma.

Dentro del contexto de la polémica teórico-práctica nacida alrededor de la figura del contrato administrativo, en el país citado, la tesis predominante es la del *contrat administratif*, es decir, la existente en Francia y España, por ejemplo. Cabalmente se cuestiona la conceptualización de esta relación patrimonial con un régimen exorbitante del Derecho común, ya que se postula que estos contratos de la Administración deben estar regidos por las normas de carácter común y no por el indicado sistema de prerrogativas en favor de los entes públicos. Se sabe que lo que hay detrás de estas tomas de criterio son enfoques y decisiones políticos. Empero, ya sea que los empresarios controlen el Estado desde dentro o que lo constriñan desde fuera, lo crucial es el hecho de que en una sociedad capitalista y, por ende, clasista, el Estado es un instrumento *sui generis* en la lucha por el poder político y económico, en manos de la respectiva clase dominante. Por este motivo histórico constituye un hecho irrelevante, desde el ángulo de las relaciones de dominación, en qué lugar estén parapetados los empresarios: si en la estructura misma de la maquinaria estatal o fuera de ella. Si lo que interesa desde otra dimensión es promocionar la pugna entre el grupo social integrado por los capitalistas (desde el pequeño hasta el gigante), entonces sí adquiere ribetes de importancia si la Administración tiene facultades privilegiadas, que van más allá del Derecho común. Como se observa, es parte de la dialéctica lucha por la hegemonía social.

En este marco conceptual, el ordenamiento costarricense se sitúa en la corriente del contrat administratif y pone la estructura estatal al servicio de los capitalistas que tienen acceso a los centros de poder de la misma. Se trata, pues, de conflictos endógenos de la clase dominante ubicada en este país.

Recordemos aquí lo que al respecto nos dice André de Laubadere. Este tratadista nos indica que los contratos administrativos tienen su específico particularismo jurídico. Es decir, tales contratos, por sus "modes de conclusion", que comportan —en general— una redacción unilateral y prefijada por la Administración Pública; y, por sus "regles d'execution", que implican ciertos poderes exorbitantes de intervención y de modificación unilateral de estipulaciones contractuales, devienen en un tipo dado de contrato. Todo al tenor del principio general según el cual "el contrato es ley entre las partes" (*Traité Théorique et pratique des contrats administratifs*.— París: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Tome Premier, 1956, págs. 23 y 24).

Debo adicionar que este estudio lo he realizado tomando muy en cuenta la experiencia obtenida en el Departamento de Licitaciones de la Contraloría General de la República durante los años laborados en esta institución.

II

CONSIDERACIONES SOBRE LA CONTRATACION ADMINISTRATIVA PUBLICA EN COSTA RICA

Fue la Asamblea Nacional Constituyente de 1949 la que postuló en la Carta Magna de 1949 la licitación como el medio más idóneo para realizar la contratación administrativa. Ello fue una reacción contra la forma en que se venía efectuando, de hecho, tal fenómeno jurídico-patrimonial, es decir, sin mediar concurso, en forma directa, dado el régimen presidencialista en que se vivía. De esta manera se pasa de un sistema de selección de contratistas directo e inmediato a otro licitatorio, bajo los auspicios de la figura del contrat administratif, como ya se indicó.

Fruto de la mentalidad que privó en los años posteriores a la "guerra civil de 1948" es la Ley de Administración Financiera de la República (LAFR), emitida el 2 de mayo de 1951, en la cual se dan cuatro sistemas básicos de negociación administrativa: remate, contratación directa, licitación privada y licitación pública, los cuales analizaremos seguidamente.

A) Remate

Es el numeral 92 de la LAFR el que se refiere a él al decir que cualquier venta que realicen las dependencias oficiales se realizará por medio del órgano competente para ello, valiéndose del procedimiento de la licitación pública, y en el caso de que ésta resultare infructuosa se utilizará el remate. Como se observa, es una canalización excepcional de la contratación estudiada.

El remate es de poco uso en la práctica de la contratación, ya que lo que utiliza más es el mecanismo de la licitación privada y el de la contratación directa. Sin embargo, el Proyecto de Ley de Administración Financiera de la República, depositado en la Asamblea Legislativa en 1971 y publicado en "La Gaceta", del 15 de

febrero de 1972, presenta el numeral 145, con sus correspondientes nueve incisos, regulando este instrumento contractual; lo cual viene a mostrar que se considera útil el mismo para la realización de los negocios aquí tratados. A su vez, el numeral 127, del mismo proyecto, postula que será procedente el remate en el caso de enajenación o arrendamiento de bienes de la Administración si el monto de la operación es inferior a quince mil colones (₡ 15.000.).

B) Contratación directa

Este sistema de negociación estatal prevaleció "factualmente", durante los años 1821 a 1949. Debido a la circunstancia histórica apuntada, en la Constitución Política de 1949, se estipula como la regla, en materia de contratación administrativa, la licitación pública. (1) Al ser establecida como excepcional, se especificó en qué casos procedía su uso.

Los supuestos en los cuales cabe la contratación directa son: 1º Cuando los contratos y compras, hasta por la suma de cien mil colones (₡ 100.000.) (2) los realice la Administración con entidades o corporaciones nacionales o extranjeras, de utilidad pública o de bien social, generalmente reconocidas como ajenas al espíritu de lucro o con empresas o entidades que por razones especiales no pueden entrar en licitación, pero cuyo único afán es el de ayudar al Estado. 2º Cuando se quiera contratar la compra de bienes raíces hasta por un valor de quince mil colones (₡ 15.000), siempre que sean indispensables, por dictamen técnico, para obras de utilidad pública. 3º Cuando la Administración se encuentre imposibilitada para sacar a licitación la compra de artículos en virtud de que por su propia naturaleza o uso sólo sean ofrecidos por un vendedor o requerir seguridades que únicamente sean garantizadas por casas o entidades determinadas. En estas hipótesis son necesarias la anuencia previa del Ministerio de Hacienda y la autorización de la Contraloría General de la República si el ente público contratante pertenece al Poder Central. Si es el Poder Descentralizado el relacionado con la negociación, se requiere sólo la autorización de la Contraloría. (3)

Las notas caracterizadoras de esta negociación están dadas por: a) inexistencia de concurrencia de postores; b) ausencia de pu-

(1) Actas de la Asamblea Nacional Constituyente de 1949, fundamentalmente los números 162 y 164, y el dictamen de la Comisión de Economía y Hacienda de la Asamblea Legislativa, de 15 de enero de 1951.

(2) En los proyectos de ley presentados a la Asamblea Legislativa hay consenso en cuanto al punto referido al aumento de las sumas límites para la procedencia de una determinada modalidad contractual, en vista de la (ya famosa) espiral inflacionaria.

(3) Números de la Ley de Administración Financiera de la República, 96, 104 y 109.

blicidad en el "Diario Oficial"; c) carencia de formalidades procedimentales complejas, y d) modo excepcional de contratar administrativamente.

Dentro del mismo campo de este mecanismo selectivo contractual se pueden distinguir la contratación directa propiamente y la contratación por administración. La diferencia entre ellas radica en que esta última no precisa de la autorización de la Contraloría, sino que puede ser llevada a cabo inmediatamente por la Administración, en vista de que los montos económicos de la relación obligacional son bajos y pagados por "caja chica". Las hipótesis en las cuales procede la contratación por administración son: 1º Cuando la compra, la venta o el arrendamiento de bienes tengan un valor inferior o igual a cinco mil colones (₡ 5.000). 2º En contratos y compras hasta por cinco mil colones se puede optar por la licitación privada o el mencionado mecanismo. El primer caso se refiere al Poder Descentralizado; el segundo, al Poder Central. (4)

Como queda descrito, el motivo de urgencia no es razón justificadora del uso de la contratación directa.

C) Licitación privada

Al igual que con el remate, este otro sistema de negociación administrativa es excepcional, careciendo de una regulación relativa a su tramitación y sustantividad. Sus rasgos caracterizadores son: a) ausencia de la admisión amplia y obligatoria al concurso; b) igualdad de trato entre los oferentes admitidos; c) la adjudicación debe hacerse sobre la "mejor oferta"; d) el acto adjudicador puede ser atacado, en vía administrativa, mediante el recurso de reposición, no existiendo el de apelación ante la Contraloría; e) puede no darse el pliego de condiciones, y f) la publicidad no es obligatoria.

En virtud de que la ley no estipula normas sobre el procedimiento de este mecanismo, la Contraloría ha expresado que en la medida en que resulten pertinentes se aplicará lo relativo a la licitación pública al concurso privado, (5) teniéndose así estas indicaciones, en cuanto a: 1) principios reguladores: deben respetarse los de igualdad de trato entre los postores concurrentes que hayan sido expresamente invitados y los que voluntariamente hubieran hecho presentes sus plicas y el de la adjudicación a la "mejor oferta". 2) Plazos de recepción de plicas y de entrega del objeto licitado: los fija, prudentemente, la Administración. 3) Invitación a concursar: ella puede ser materializada en una simple fórmula de invitación, en la cual se consignarán los datos básicos de la negociación que de-

(4) Números 96, párrafos 1º y 109, inciso 1º, de la Ley de Administración Financiera de la República.

(5) Pronunciamientos de 3 de junio de 1971 por oficios números 2384 y 3738 de 23 de agosto de 1968.

sea plasmar la Administración. 4) Estudio y selección de plicas: se realizan de modo informal y simple, de conformidad con los principios normativos de la licitación citados. 5) Adjudicación: ella debe recaer sobre la "mejor oferta" de las presentadas en el concurso, en el caso de que se decida a negociar, y no al rechazo de las ofertas, mediante la fórmula de "concurso desierto" o dejando transcurrir el plazo de adjudicación sin escoger oferta alguna. (6) Cauiones: su exigencia es optativa, tanto en lo que respecta a la de participación como a la de cumplimiento.

La Ley de Administración Financiera de la República contempla dos situaciones, en las cuales es pertinente el uso de la licitación privada: 1º si desea contratar una entidad del Poder Central: en aquellos contratos y compras hasta por cinco mil colones, y 2º si el ente pertenece al Poder Descentralizado: compra, venta o arrendamiento de bienes cuyo valor sea igual o superior a cinco mil colones pero inferior a diez mil. (6)

El remate y la licitación privada son de escasa utilización por los entes públicos, los cuales canalizan su actividad contractual, más frecuentemente y con las regulaciones propias, a través de la contratación directa y la licitación pública.

D) Licitación pública

Es este el sistema fundamental de la contratación administrativa costarricense. Así lo postula claramente el numeral 97 de la Ley de Administración Financiera de la República, al expresar que los contratos que no se realicen mediante este procedimiento serán "absolutamente nulos", salvo los casos manifiestamente calificados como vías excepcionales.

En la Asamblea Nacional Constituyente de 1949 prevaleció la tesis de la licitación pública como procedimiento adecuado para la contratación administrativa, como ya fue enunciado. Con esta postura se deseaba garantizar la moralidad de la actuación de las instituciones públicas al obstaculizar el favoritismo y el negociado hasta donde ello fuese posible, y, a la vez, permitir la participación de los interesados en la analizada contratación. Por supuesto, que la conducta de los constituyentes estaba inmersa en una específica circunstancia histórica (el ascenso de un nuevo grupo burgués a las esferas de decisión y de Poder del país) que promocionaba ideologías de participación en la gestión pública, mediante el principio de contratista interpuesto, con la finalidad de que se diera una situación de mercado competitivo en el cual los empresarios pudieran obtener beneficios económicos, rompiéndose así el restringido grupo de habituales contratistas con el Estado.

(6) Numerales 96, párrafos 1º y 109, inciso 2º, de la Ley indicada.

(7) Resoluciones de las once horas del 16 de febrero de 1966 y de las catorce horas quince minutos del 31 de junio de 1972.

En lo pertinente a las notas caracterizadoras de esta licitación se pueden enunciar las siguientes: igualdad de trato, competencia, seguridad y libertad jurídicas, publicidad, formalismo, legalidad, licitación necesaria, unidad procesal, adjudicación "automática" y equilibrio de intereses o ecuación financiera del contrato. Cobran un sentido específico, en el ordenamiento estudiado, los principios de licitación necesaria (los contratos administrativos deben hacerse mediante licitación pública), unidad procesal (cada licitación es una unidad plenamente independiente de las demás), adjudicación "automática" (la Administración debe escoger —cuando no ejerce su facultad de declarar desierto el concurso— la "mejor oferta" de las presentadas al concurso) y los de formalismo y legalidad (facultad de los interesados para impugnar el pliego de condiciones, por ejemplo).

1. Pliego de condiciones

En el país que se analiza, este documento es frecuentemente llamado cartel o instructivo, además de pliego de condiciones. Juega como ley entre las partes y responde a la facultad reglamentaria de la Administración. Como *cahier des charges* que es, contiene cláusulas generales y condiciones técnicas. El hecho de presentar condiciones que deben ser cumplidas estrictamente, so pena de ser excluidos del concurso (por ejemplo, las referidas a las características inherentes al objeto licitado: tipo de motor de un vehículo, clase específica de un material de construcción), y otras en las cuales los oferentes pueden hacerle proposiciones al ente público (*verbi gratia*, el precio de la cotización), unido a la existencia del procedimiento de impugnación al cartel, son circunstancias que tienden a indicar que el contrato administrativo en este país no es de los de adhesión.

Rasgos que debe presentar el cartel son: la univocidad, la claridad, la simplicidad, la uniformidad, la precisión y el ser "totalizante", es decir, que contenga las cláusulas y los elementos imprescindibles, con el fin de que posteriormente, ante un recurso de apelación, la Administración no argumente (como lo hace con cierta frecuencia) que las condiciones alegadas por el recurrente no eran necesarias, ya que una vez puestas en el pliego de condiciones obligan al ente público y a los particulares proponentes a su fiel cumplimiento. Todas esas notas deben propender a la protección de los principios informadores de la licitación, ya citados, y a la configuración del cartel como un límite inferior que debe ser observado estrictamente por las partes negociantes.

Compone el concepto de "cartel" tanto el aviso de licitación, publicado en el "Diario Oficial", como todos los documentos y elementos anejos y complementarios que la Administración califique como parte integrante de aquél (maquetas, planos, muestras, diseños, formularios, etcétera).

2. Oferta del particular.

Es esta la respuesta del administrado a la invitación, pública y general, que hace la Administración a participar en una licitación pública. La proposición del particular está integrada por el escrito principal de oferta, en el cual expresa que está conforme en contratar con el ente licitador, y a la vez manifiesta sus condiciones de negociación, y por todos los demás elementos pedidos en el cartel y presentados voluntariamente por el postor (certificaciones del Registro Público, muestras, catálogos, garantías, historial profesional, atestados de diversa índole, etc.). Este conjunto de elementos constitutivos de la oferta del particular debe ser presentado en sobre cerrado, con el fin de materializar el principio licitatorio del "secreto de las plicas".

En virtud de que el cartel se conceptúa como un límite inferior o un conjunto de requisitos mínimos que debe llenar el oferente, es frecuente que se presenten propuestas que superan tal límite.

Estas plicas son calificadas de "ofertas ventajosas". Por supuesto que no hay impedimento para que la Administración seleccione una de estas propuestas, de acuerdo con estas indicaciones: a) si tal oferta es de inferior o igual precio que las demás, no está obligada a razonar su decisión, pues se da por supuesto que las otras, de haber presentado las supuestas ventajas, tendrían un precio superior, y b) en el caso de que la plica adjudicada sea de un precio superior al resto de las ofertas (o con respecto de la del apelante) pesa sobre el ente público la obligación de justificar la mayor onerosidad en que incurre. (7)

Refiriéndonos a una posible tipología de ofertas, la misma podría ser ésta: i) desde el punto de vista del momento en que se presentan las plicas a la respectiva oficina receptora de ellas: sucesivas, cuando el postor deposita varias a lo largo del plazo de recepción de propuestas, y simultáneas si el oferente presenta al mismo tiempo varias proposiciones. ii) De acuerdo con su contenido: completas si el oferente cotiza la totalidad de lo licitado, conforme al cartel, y parciales cuando el oferente fracciona lo pedido en el pliego de condiciones, violándolo. iii) Desde la perspectiva de su firmeza: incondicionales, en el caso de que el proponente deposite una oferta pura y simple, es decir, sin condiciones de ningún tipo, sino en forma cierta, precisa, firme e incondicional; y condicionada cuando el postor le hace llegar a la Administración una propuesta sujeta a condiciones, incierta, imprecisa, inestable y, por ende, merecedora de ser excluida del concurso. Y, iv) En concordancia con su naturaleza: alternativas si el oferente le propone a la Administración una gama de posibilidades de negociación. En la práctica, por lo general, estas ofertas son rotuladas por el proponente con esta leyenda: "Alternativa A", "Alternativa B", etcétera. Únicas, cuando el aplicante le presenta al ente licitador una sola propuesta.

(8) Resolución de la Contraloría de las catorce horas del 6 de mayo de 1966.

En lo atañente a modificaciones de la plica, las mismas se pueden hacer antes de la apertura de ofertas, (8) siempre que sean en sentido favorable a la Administración. (9) Asimismo, las aclaraciones a las plicas pueden efectuarse antes del acto de adjudicación. (10)

3. Etapas del procedimiento "licitatorio".

Las fases más relevantes de este proceso son: los actos preliminares, la publicación del cartel, la probable impugnación al mismo, la presentación de ofertas, la apertura de ellas, su estudio y clasificación, la adjudicación de la "mejor" apelación del acto adjudicador y refrendo del contrato administrativo.

a) Actos preliminares.—Son éstos los actos preparatorios del procedimiento de licitación. Elaboración del pliego por la Administración y autorización del mismo por la Contraloría, en el caso del Poder Central (el Poder Descentralizado está exento de la obligación de someter sus carteles a la autorización contralora), fiel cumplimiento con el principio de legalidad presupuestaria, que, a su vez, comprende los de preclusión y especialidad (11) y el envío para la publicación del cartel, al menos en el "Diario Oficial", constituyen los pasos más sobresalientes de estos preliminares licitatorios.

b) Publicación del cartel.—Este acto de publicación comprende los siguientes: acto de elección del procedimiento de selección, reglamento del procedimiento elegido y la invitación a presentar oferta, cursada a los particulares. (12) Esta publicación es una forma importante de materializar el principio de legalidad de la actuación administrativa. (13) (13a).

c) Impugnación al cartel.—Conforme al Decreto Ejecutivo número 18, de 30 de abril de 1968, cualquier persona puede objetar el pliego de condiciones publicado debidamente. Este Decreto es fruto de la experiencia de la Contraloría en esta materia, pues con anterioridad a la emisión de esa disposición la mencionada objeción se regulaba de acuerdo con los pronunciamientos correspondientes que dictaba ese ente. Esta impugnación es una diligencia que hace el particular con el fin de atacar el cartel, argumentando supuestos

(9) Resolución de la Contraloría de las once horas del 18 de junio de 1966.

(10) Idem.

(11) ARIÑO ORTIZ, Gaspar: *Teoría del equivalente económico en los contratos administrativos*. Instituto de Estudios Administrativos. Madrid, p. 98, 1968. La Contraloría tiene ocho días hábiles para dar o negar la autorización a los carteles del Poder Central. Si esos días pasan sin que este ente se pronuncie, los mismos se dan por autorizados (art. 100, inciso b), de la LAFR).

(12) BOQUERA OLIVER, José María: *La selección de contratistas*. Instituto de Estudios Políticos. Madrid, 1963, p. 36.

(13) DE LAUBADERE, André *Traité Élémentaire de Droit administratif*. LGDJ. París, p. 311 T. I., 1970.

(13a) Al respecto puede consultarse por ejemplo, la resolución de las 2:55 horas del 18 de enero de 1933. (Alberto Albertazzi et al vs. Junta de Educación de San José).

vicios en el procedimiento, o por estimar qué condiciones o especificaciones del mismo limitan ilegítimamente la libertad de concurrencia, al tenor del numeral tercero del indicado Decreto. (14)

Esta objeción debe ser interpuesta en el primer tercio del plazo concedido para la recepción de plicas, debidamente razonada, en papel sellado de un colón, con su respectiva copia. La Contraloría deberá pronunciarse en el segundo tercio del lapso señalado, contando la Administración con el tercero y último tercio para efectuar lo que estime pertinente, si es del caso, ya que el criterio de la Contraloría no es vinculante. Dos circunstancias se pueden derivar de una objeción al cartel: i) que ella sea declarada por la Contraloría como improcedente, manteniéndose incólume el pliego de condiciones, o ii) que tal impugnación sea declarada con lugar el citado ante. Ante esta hipótesis, la Administración puede tomar legítimamente, dos posturas: o bien modifica el cartel, tal y como se lo indica la Contraloría, o bien mantiene el pliego de bases sin alteración alguna, legitimando así al particular a que pueda apelar contra el futuro y posible acto de adjudicación correspondiente. (15) También puede darse el caso de que la Contraloría declare con lugar una objeción al cartel interpuesta contra un pliego autorizado expresamente por ella. Ello no es problema por cuanto la mencionada autorización no implica, de ningún modo, la inimpugnabilidad del instructivo, sino sólo el respectivo control sobre la legalidad del mismo, sin que esto sea obstáculo para que los particulares puedan atacar el *cahier des charges* por los motivos dichos, ya que no se puede pretender que el ente fiscalizador sustituya la acción de los administrados enderezada a objetar un cartel, pues son éstos los lesionados potencialmente con la emisión de un pliego viciado.

En el supuesto de que no se dé la objeción al cartel en el plazo concedido por el Decreto para ello, se tiene al pliego como aceptado por los particulares, no pudiéndose luego —en principio— recurrir contra el acto de adjudicación arguyendo razones propias de una objeción al cartel.

d) Presentación de las ofertas.—Los proponentes pueden depositar legítimamente sus plicas dentro del plazo estipulado para este fin. El señalado Decreto es quien regula estos plazos de recepción de plicas. Antes de la vigencia de esta norma, la Administración fijaba prudencialmente estos lapsos. A partir del citado Decreto, estos plazos quedaron fijados así: licitaciones para la construcción de obras, un mes; concursos para suministros, necesariamente de importación, veinte días hábiles, y para otros tipos de contratación, quince días hábiles. Estos plazos corren normalmente en el supuesto de que no se interpongan objeciones al instructivo. Si esto ocurre, entonces se aplica esta disposición del numeral segundo del indicado Decreto: entre la fecha de publicación en el "Diario Ofi-

(14) MURILLO, Mauro: *Objeciones a los carteles de las licitaciones públicas*. Imprenta Nacional. "Revista de la Contraloría" N° 1, 1967, p. 39, San José.

(15) Resolución de la Contraloría de las once horas del 16 de febrero de 1966.

cial", de iniciativa propia o bien a solicitud de parte interesada, o conforme a disposición de la Contraloría General de la República, de modificaciones, adiciones, aclaraciones o interpretaciones a los carteles, y la fecha señalada para la recepción de ofertas deberá mediar un plazo no inferior a la mitad de los límites indicados en el numeral transcrito (un mes, veinte días hábiles y quince días hábiles, respectivamente), a cuyo efecto el órgano o ente estatal interesado deberá disponer las prórrogas que sean necesarias, las cuales tendrán igualmente el carácter de modificaciones, teniéndose presente que las publicaciones en el "Diario Oficial" deberán aparecer antes del vencimiento del término previamente estipulado para la recepción de las plicas. (16)

Para los efectos de presentación de las propuestas, éstas deben ser orientadas hacia el lugar que la Administración señale como sitio de recepción de ellas, pudiéndose presentar personalmente los sobres cerrados o ser enviados por correo, de modo certificado. (17)

Los requisitos de presentación que deben llenar las plicas son los siguientes: entregarlas en el sitio y dentro del plazo de recepción de ofertas; materializar la propuesta en un original, en papel sellado de un colón o en papel común con un timbre de ese mismo valor, y tres copias de este escrito principal de oferta, en un sobre debidamente cerrado; la oferta debe estar redactada en español, o en otro idioma, pero adjuntando la traducción en español, caso en el cual se tendrá como documento principal a este último; debe venir firmada la plica por el respectivo oferente o su representante legal y presentar la pertinente autenticación de la misma por un abogado; al escrito principal de oferta se deben adjuntar los documentos requeridos por el pliego, tales como las certificaciones correspondientes del Registro Público; si se trata de un representante de casas extranjeras, éste debe acompañar a su escrito principal de oferta la información relativa al número y la fecha de su licencia extendida por el Ministerio de Hacienda, de acuerdo con la Ley número 2384, de 30 de abril de 1964; al citado escrito principal se le debe adjuntar las muestras, literatura, catálogos, planos, facturas proforma y toda otra información pedida en el pliego o aportada voluntariamente por el postor, teniéndose presente que todos estos elementos integran su oferta y que, en caso de duda o contradicción, prevalece lo puesto en el escrito principal de oferta sobre la literatura o catálogos acompañantes. (18)

(16) Numeral 2° del citado Decreto. El 1° se refiere a los plazos de cita, y el 3°, al procedimiento de objeción al cartel.

(17) Pliego de condiciones del Servicio Nacional de Acueductos y Alcantarillado. "Condiciones generales", cláusula 1-a), de noviembre de 1971. Asimismo Resolución de la Contraloría de las catorce horas diez minutos del 12 de junio de 1972.

(18) Circulares de la Contraloría del 16 de octubre de 1962 y de 26 de enero de 1966.

Por su parte, la entrega de las ofertas por el postor implica —en principio— dos consecuencias: primera, obliga a mantener la propuesta hasta que la Administración realice la adjudicación o deegar a la inalterabilidad de la proposición. Estos aspectos responden también, el particular. Generalmente se acepta el retiro jurídico de la plica y sus modificaciones antes de la apertura de las ofertas.

Otra fase de la cuestión estudiada es la de la prórroga del plazo de recepción de ofertas por la Administración. Esta ampliación del plazo citado puede ser efectuada antes del vencimiento de la fecha límite señalada para este objeto, ya que si la publicación de la adición se hace posteriormente se tiene como nula, pues las plicas tienen que ser abiertas inmediatamente después de finalizado el plazo de recibimiento de propuestas. También, a su vez, el particular puede prorrogar el plazo de vigencia de su plica, antes del acto de adjudicación cuando considere que este acto podría efectuarse luego de vencido el lapso en el cual su oferta está vigente. (19)

e) Apertura de ofertas.—Este acto tiene que ser llevado a cabo inmediatamente después de finalizado el lapso de recepción de propuestas, al tenor del inciso d) del numeral 100 de la Ley de Administración Financiera de la República, según el cual el día y la hora que se hubieren indicado como límite para presentar ofertas serán abiertas las que se hubiesen presentado, (20) en presencia de los interesados que deseen asistir, (21) sin que la ausencia de éstos sea motivo para que tal acto deje de efectuarse. (22)

Este acto es público y cualquier persona puede asistir a él, pero sólo tendrán derecho a formular quejas, oposiciones y observaciones los interesados, que para estos efectos se califica como tales a los representantes de la dependencia pública que solicitó el objeto licitado. (23) De este acto de apertura de plicas se levantará la respectiva acta, que contendrá los detalles pertinentes, la cual debe ser suscrita por los interesados presentes. (24)

Efectos que merecen apuntarse del acto en mención son: i) las ofertas se hacen públicas, perdiendo con ello su anterior secreto; ii) lo anterior implica que no pueden ser alteradas ni modificadas; iii) la Administración procede al estudio, clasificación y adju-

(19) Pronunciamento de la Contraloría por oficio número 4339, de 30 de setiembre de 1968, y Resolución de la Contraloría de las quince horas del 26 de octubre de 1967.

(20) El numeral 10 del Reglamento de la Proveduría Nacional permite recibir ofertas después de vencida la hora tope si los interesados presentes así lo acuerdan unánimemente.

(21) Numeral 14 del citado Reglamento.

(22) Párrafo 2º del numeral 14 ídem.

(23) Numeral 19 del mencionado Reglamento de la Proveduría Nacional.

(24) Inciso e) del numeral 100 de la Ley de Administración Financiera de la República (LAFR) y artículo 17 del Reglamento de la Proveduría Nacional.

dicación o declaratoria de concurso desierto, según estime conveniente; iv) si el acto de apertura de propuestas se realizó oportunamente (el día y la hora límites para la recepción de ellas), la posible adjudicación es válida y perfecta, siendo nula en el supuesto contrario; v) si la Administración no adjudica “en el mismo acto” (25) de apertura de ofertas, empieza a funcionar el plazo de adjudicación, el cual es por ley —a lo sumo— de treinta días hábiles, y de noventa días hábiles mediante la autorización de la Contraloría, obtenida con anterioridad a la publicación del pliego de condiciones, (26) y vi) con la finalidad de la adjudicación correspondiente, la Administración formará dos grupos de plicas: las elegibles y las rechazables, de acuerdo con el criterio de si cumplen o violan el cartel. La elección debe recaer sobre una de las del primer grupo.

f) Adjudicación de la “mejor oferta”.—El acto de adjudicación es el principal del procedimiento de la licitación pública, ya que el mismo significa la culminación de este proceso al emitirse el acto selectivo pertinente. (27) En el ordenamiento que se analiza la “mejor oferta” es aquella que presenta rasgos que la hacen atractiva para la Administración y merecedora de su escogimiento. De este modo, la selección versará sobre la plica que, ponderados todos sus elementos, merece el calificativo de “mejor” por el ente público. (28) La naturaleza jurídica de este acto está dada por sus notas de firmeza y de participación, al ser inimpugnabile y fruto de la voluntad del particular y de la Administración. (29)

Cabe distinguir en este epígrafe dos modalidades de adjudicación: la provisional y la definitiva. i) Provisional: se puede hablar de ella durante el plazo comprendido entre el momento en el cual la Administración adjudica y el momento en el cual fenece el término para apelar contra tal decisión adjudicadora. ii) Adjudicación definitiva: ésta se materializa a partir del momento en que vence el lapso de impugnación contra el acto selectivo de la mejor oferta. Con la primera adjudicación, el contrato es perfecto y válido, pero ineficaz; con la selección definitiva, el contrato es perfecto, válido y eficaz.

g) Criterio de la adjudicación.—La Administración tiene facultades discrecionales para escoger la plica que considere como

(25) Inciso f) del numeral 100 de la LAFR. Esta expresión de la “unidad de acto” es originaria del formalismo del Derecho romano (Rafael NUÑEZ-LA-GOS: *Documento en Roma*. Separata de la “Revista de Derecho Notarial”. N° 68, 1970, pág. 7).

(26) Numeral 100, inciso f), de la LAFR.

(27) Mo, Fernando: *Régimen legal de las obras públicas*. Depalma. Buenos Aires (Argentina), p. 156, 1966.

(28) Numeral 93, párrafo 3º, del *Reglamento General de Contratación del Estado español*. En este artículo se observa una semejanza de la figura del “concurso” español con la licitación pública de Costa Rica.

(29) ORTIZ ORTIZ, Eduardo: *Actividad privada de la Administración*. Imprenta Lehmann. “Revista de Ciencias Jurídicas de la Universidad de Costa Rica”, número 11, p. 372, 1968, San José.

más idónea al tenor de la legalidad administrativa. Se dan reglas prácticas para la concreción de la voluntad del ente público. Entre las más significativas están las siguientes: i) si la adjudicación recae sobre una plica de inferior o de igual precio que las demás presentadas al concurso, la Administración no está constreñida a justificar su decisión, ya que se parte del supuesto de que no se puede obligar al ente público a que haga una inversión más onerosa si contrata con un postor que le da a él lo que pide a un precio menor o, al menos, igual que las restantes ofertas; ii) si la selección versa sobre una propuesta de mayor precio que las restantes, la Administración está en el deber de razonar su mayor inversión, demostrando que el superior precio que está aceptando se justifica ante la presencia de otros parámetros que respalden sólidamente la postura del ente público.⁽³⁰⁾

La Administración, además, debe recoger en el acta de adjudicación los elementos más relevantes de su decisión. De este modo se "cosifica" la voluntad administrativa en este documento público, del cual se publicará lo esencial en el diario oficial ("La Gaceta"), al menos, en el correspondiente aviso de adjudicación. Esta publicación es importante, entre otros aspectos, porque juega como requisito de eficacia del acto administrativo en cuestión.⁽³¹⁾

h) *Efectos de la adjudicación provisional.*—Se pueden indicar estos efectos del modo siguiente: i) posibilidad de que la Administración revoque su acto selectivo; ii) interposición ante la Contraloría del pertinente recurso de apelación contra el acto adjudicador. En esta hipótesis se pueden dar dos situaciones: una, que la apelación sea desechada, y otra, en la cual la impugnación es aceptada, anulándose la respectiva adjudicación. En este último supuesto la Administración puede readjudicar, para lo cual contará con un plazo igual al señalado en el cartel, o declarar el concurso desierto; iii) este tercer caso se refiere a la circunstancia de que no se den ninguno de los anteriores supuestos, lo que es usual, hipótesis en la que la adjudicación provisional deviene en definitiva e impugnabile.

i) *Efectos de la adjudicación definitiva.*—Los posibles efectos de esta selección son los siguientes: 1º Esta adjudicación es plenamente inimpugnabile. 2º Genera derechos subjetivos en favor de los contratistas, en contraposición a la adjudicación provisional, que implicaba la posesión de intereses legítimos por parte de los "interesados" en que el procedimiento licitatorio sea conforme a derecho. 3º Clausura definitivamente el procedimiento de la licitación pública. 4º Implica el retiro de las ofertas desechadas por sus res-

(30) Resoluciones de la Contraloría de las quince horas del 16 de mayo de 1969 y de las once horas cuarenta y cinco minutos del 21 de febrero de 1972. Numeral 100, inciso g), de la LAFR.

(31) GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo: *Apuntes de Derecho administrativo*. Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, 1972-1973, T. II, p. 140.

pectivos proponentes. 5º Significa la entrega de las garantías de participación a los oferentes rechazados. 6º Se configura integralmente el contrato administrativo, con sus notas de perfección, validez y eficacia. 7º El contratista debe sustituir la garantía de participación por la de cumplimiento; y 8º da inicio a la vida del contrato administrativo, con sus posibles facetas de modificación, incumplimiento, cesión, subcontrato, rescisión, etc.

j) *Formalización del contrato.*—En Costa Rica, con la adjudicación en firme se configura totalmente el contrato administrativo, no siendo necesaria la formalización del mismo en estrictura pública.⁽³²⁾

Sin embargo, algunas instituciones del Poder descentralizado estipulan en sus correspondientes carteles la obligación de formalizar el contrato administrativo en escritura pública.

k) *Cauciones licitatorias.*—En la licitación pública examinada se suelen solicitar dos tipos de garantías: de participación y de cumplimiento. Ambas son de exigencia optativa. La primera, generalmente, es hasta por un máximo de un cinco por ciento (5 por 100) del monto cotizado, y la segunda, frecuentemente, hasta por un diez por ciento (10 por 100) del monto adjudicado. Para los efectos de su debida presentación, tales garantías deben materializarse en valores cuya cotización en el respectivo mercado sea real y no facial o nominal.⁽³³⁾ Estas cauciones responden al principio de la intención seria de contratar que debe demostrar el particular. Por lo que respecta propiamente a la garantía de cumplimiento, cabe hacer algunas consideraciones: 1ª Naturaleza: no tiene el carácter de cláusula penal; es una garantía del ente público para constreñir al contratista a cumplir con lo pactado. 2ª Por el anterior motivo, en el caso de incumplimiento del contratista la Administración le ejecuta esta caución y le cobra además los daños y perjuicios provocados por este incumplimiento.⁽³⁴⁾ 3ª Monto: la Contraloría manifestó que la cifra del 10 por 100 constituye un máximo, de conformidad con el inciso k) del numeral 100 de la Ley de Administración Financiera de la República.⁽³⁵⁾ 4ª Modo de rendirla: el organismo contralor indicó que esta garantía puede rendirse mediante dinero efectivo, cheques certificados, garantía bancaria, bonos del Estado o del Sistema Bancario Nacional, los cuales se recibirán por su valor real o de mercado, de acuerdo con el boletín emitido por el Banco Central.⁽³⁶⁾ 5ª Funcionamiento: en ciertos casos, el adjudicatario prefiere perder la garantía de participación a contratar con la Adminis-

(32) Pronunciamiento de la Contraloría mediante Oficio N° 208, del 12 de enero de 1968.

(33) Cláusula N° 4-f, 2, del cartel del Servicio Nacional de Acueductos y Alcantarillado, de noviembre de 1971, relativas a las condiciones generales.

(34) Pronunciamiento de la Contraloría por Oficio N° 176-L-1972 y N° 4552, del 14 de octubre de 1968.

(35) Circular de la Contraloría del 10 de diciembre de 1962.

(36) Pronunciamiento de la Contraloría por Oficio N° 3547 de 1967.

tración por los motivos que estime pertinentes. En esta hipótesis, la Administración readjudicará, seleccionando otra plica. La sanción que se establece contra este tipo de adjudicatarios transgresores de sus obligaciones es que en las nuevas licitaciones que requieran la presentación de la caución de cumplimiento se tendrá por desechadas sus propuestas.⁽³⁷⁾

Debido a que no existen normas reguladoras de esta materia, la Contraloría, mediante pronunciamiento materializado en Oficio N° 4954, de 1° de agosto de 1966, señaló: 1° El ente público puede ejecutar la garantía de cumplimiento en cualquier momento, mientras la misma esté en su poder y tenga vigencia. 2° La ejecución tardía del contrato da lugar —en todo caso— a la ejecución de la garantía de cumplimiento. 3° Esta caución se ejecuta sin que sea necesario probar daños y perjuicios, con fundamento en la demora injustificada en que incurrió el contratista. 4° En el supuesto de que la citada garantía esté vencida o se le haya entregado al contratista, la Administración perseguirá entonces al contratista por daños y perjuicios. 5° Esta garantía puede ser rendida por el propio obligado o por un tercero; para los efectos de su ejecución no importa quién la haya rendido. 6° En el supuesto de que el contratista haya cumplido lo pactado a entera satisfacción de la Administración, ésta le entregará la garantía mencionada y un finiquito.⁽³⁸⁾

1) *Apelación contra el acto adjudicador.*—El recurso de apelación que pueden interponer los interesados ante la Contraloría General de la República tiene por objetivo impugnar la presunción de legitimidad de que gozan los actos administrativos mediante el debido y oportuno ejercicio del *onus probandi* a cargo de aquéllos. Se trata esta impugnación de un recurso jerárquico impropio, por cuanto se interpone ante la Contraloría, la cual no es un órgano superior jerárquico del que dictó el acto de adjudicación, sino que es una institución auxiliar del Poder Legislativo.

El plazo en el cual se pueden impugnar oportunamente los actos adjudicadores es de tres días hábiles, contados a partir del siguiente día hábil a aquel en que se publicó el respectivo aviso de adjudicación en el "Diario Oficial".⁽³⁹⁾ Esta publicación debe hacerse inmediatamente después de realizada la adjudicación, ya sea que la misma se diere dentro del plazo de treinta días hábiles o de noventa (este último con la debida autorización de la Contraloría, anterior a la publicación del cartel), estipulados en el pliego de bases para seleccionar la mejor oferta.⁽⁴⁰⁾ Relieve importante cobra aquí el criterio expuesto por la Contraloría en el sentido de que si

(37) Párrafos 2° y 3° del numeral 21 del Reglamento de la Proveduría Nacional.

(38) Pronunciamiento de la Contraloría mediante Oficio N° 358, del 17 de enero de 1969.

(39) Numeral 100, inciso b), de la Ley de Administración Financiera de la República y Ley N° 1603, de 14 de julio de 1953, que interpreta este inciso b) en el sentido manifestado.

(40) Numeral 100, inciso f), de la LAFR.

la Administración es renuente a publicar su decisión adjudicadora dentro de un plazo prudencial, el interesado se puede dar por notificado y apelar legítimamente contra el indicado acto.⁽⁴¹⁾

La palabra "interesado" es de necesaria conceptualización para los efectos de la apelación mencionada. La Contraloría delinea esta palabra al precisar que es "interesado" el oferente sujeto a las condiciones del cartel y excluido del concurso y el objetante exitoso del pliego de condiciones desoido por la Administración.⁽⁴²⁾ De este modo se comprende la expresión de que es el interesado quien puede interponer legítimamente el recurso de apelación contra los actos de adjudicación de los entes públicos.⁽⁴³⁾

Esta impugnación se puede materializar contra el acto adjudicador, no contra la declaratoria de desierto el concurso ni contra la revocatoria de la selección ni contra la revocatoria de este último acto.⁽⁴⁴⁾ Los requisitos que examina la Contraloría para darle trámite al recurso respectivo y estudiar el fondo de la cuestión planteada son: 1° Por lo referente al cartel, se ausculta si el recurrente cumple o viola el mismo. 2° En lo atañente al plazo de apelación, se revisa si el recurso fue presentado oportunamente. 3° En cuanto a las formalidades, se estudia si la impugnación está debidamente firmada y autenticada la firma por un abogado, y se deposita en papel sellado de un colón junto con tres copias del escrito de apelación, debidamente suscritas.⁽⁴⁵⁾

En el supuesto de que se apele a nombre de otro, se requiere la presentación del correspondiente poder.⁽⁴⁶⁾

Referente a la tramitación del recurso de apelación, el remedio se procesa del siguiente modo: 1° Se le comunica a la Administración que su acto adjudicador ha sido recurrido, adjuntándole una copia del escrito de impugnación. 2° En esta misma comunicación se le concede al ente público un plazo para que responda al recurso en defensa de su elección de contratista⁽⁴⁷⁾ y para que remita a la Contraloría copia fiel del acta de adjudicación y todos

(41) Resoluciones de la Contraloría de las trece horas cuarenta minutos del 16 de junio de 1966 y de las dieciséis horas treinta minutos del 6 de octubre de 1967.

(42) Resoluciones de la Contraloría de las catorce horas del 24 de noviembre de 1965, de las dieciséis horas del 8 de agosto de 1967 y de las once horas del 16 de febrero de 1966.

(43) MURILLO, Mauro: *Consecuencias de ser la apelación ante la Contraloría recurso jerárquico impropio*. Imprenta Lehmann, "Revista de la Contraloría", N° 8, diciembre de 1968, p. 53, San José.

(44) Resoluciones de la Contraloría de las once horas del 16 de febrero de 1966 y de las nueve horas del 30 de enero de 1972.

(45) Circular de la Contraloría del 29 de enero de 1966 y Resolución de la misma de las ocho horas treinta minutos del 23 de mayo de 1966.

(46) Resoluciones de la Contraloría de las diez horas del 4 de octubre de 1972, de las ocho horas del 12 de setiembre de 1972 y de las once horas del 6 de noviembre de 1972.

(47) Este plazo, generalmente, es de cinco o de ocho días hábiles.

los documentos y elementos relativos a las partes en discordia. 3º Una vez que la Contraloría tiene en su poder todos los elementos de juicio para proceder al estudio de la apelación, cuenta con un lapso de un mes para resolver el conflicto, el cual puede ser prorrogado a criterio del contralor general. (48) 4º La Resolución de la Contraloría es definitiva, quedando con ella agotada la vía administrativa. (49) Esta Resolución tomará en cuenta todos los factores de conveniencia para el país, inclusive aquellos relacionados con la posibilidad de cumplimiento por parte del oferente, pero "evitando en todo caso suplantar las facultades que corresponden a la entidad administrativa interesada en la contratación". (50)

La Contraloría puede examinar la legalidad y la oportunidad del acto de adjudicación, ya sea a instancia de parte o de oficio. (51) Es pertinente la anulación de pleno derecho (52) cuando el ente-contralor comprueba la existencia de nulidades absolutas, siendo necesario que las partes argumenten las nulidades relativas para que la Contraloría las estudie y vierta su criterio sobre ellas; de lo contrario no las revisará, por cuanto no le es dable a ella suplir el interés de las partes. En lo que hace a los efectos de esta Resolución, ellos pueden ser al menos dos: en la hipótesis de que ésta desestime el recurso, la adjudicación adquiere el grado de firmeza, siendo ejecutable el respectivo contrato; en el supuesto inverso, la Administración cuenta con dos posibilidades: o bien declara desierto el concurso o bien readjudica, para lo cual tiene un plazo de selección igual al indicado en el cartel para escoger la mejor oferta. Por supuesto que contra las readjudicaciones también caben recursos de impugnación por los sucesivos "interesados". (53)

II) *Refrendo del contrato.*—Se ha comentado en el país examinado que el refrendo se viene entendiendo como aprobación al respectivo contrato, lo cual no es exacto, ya que la Contraloría tiene

(48) Esta prórroga procede sólo en casos "muy calificados", de acuerdo con el numeral 67, inciso e), del Registro de la Contraloría.

(49) Inciso g) del numeral 100 de la LAFR.

(50) Numeral 67, inciso d), del Reglamento de la Contraloría.

(51) ORTIZ ORTIZ, Eduardo: *La selección de contratistas*. Publicaciones de la Universidad de Costa Rica, curso de Derecho Administrativo de 1971, Facultad de Derecho, tesis 23, p. 19, San José; y CALVO MURILLO, Virgilio: *El contrato administrativo*. Tesis para obtener el título de licenciado, Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, 1972, inédita, p. 81, San José. En 1974 Hermann RODRIGUEZ ARCE, Director del Departamento de Licitaciones de la Contraloría General de la República presentó su tesis de licenciatura en Derecho bajo el nombre de "*La contratación administrativa en Costa Rica*" (inédita).

(52) Recientemente se ha publicado una obra importante para el estudio de este tema: *La nulidad de pleno derecho de los actos administrativos*. Instituto de Estudios Administrativos, Madrid, 1972, escrita por el profesor Juan Alfonso SANTAMARIA PASTOR.

(53) Sentencia Nº 422, de las 10 horas del 10 de julio de 1968, del Tribunal Superior Civil y Contencioso-administrativo, y Resolución de la Contraloría de las quince horas del 26 de octubre de 1967.

facultades para denegar la citada aprobación. (54) El principio en este campo es que las adjudicaciones no necesitan refrendo sólo en el caso de que la adjudicación sea formalizada en escritura pública, la cual debe ser emitida a la Contraloría para el examen de su legalidad y su correspondiente eficacia, al tenor del inciso g) del numeral 4º de la Ley Orgánica de este Organismo. (55)

E) *Relaciones contractuales.*

Luego de haberse realizado el procedimiento de selección de contratistas con un resultado configurativo de un contrato de Administración, nacen relaciones contractuales entre las partes negociantes. Estas relaciones no constituyen la parte central y medular de este estudio, razón por la que sólo se hará una breve referencia a ellas.

1. *Fiscalización de la Contraloría en la fase de ejecución de los contratos administrativos.*

Esta institución tiene atribuidas una serie de facultades de fiscalización, entre ellas las siguientes: a) vigilar por el cumplimiento de los principios y normas que deben regir estos contratos, haciendo inspecciones periódicas, en las que revisará todas las operaciones que afecten esta negociación; b) fiscalizar la ejecución y realización de los mencionados contratos de acuerdo con lo expresamente pactado en ellos; c) controlar que las respectivas cauciones sean rendidas debidamente, y d) ejercer el control jurídico-contable de la Hacienda Pública. (56)

2. *Competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa.*

Esta jurisdicción tiene a su cargo todo lo relativo al cumplimiento, interpretación, resolución y efectos de los contratos, cualquiera que sea su naturaleza, celebrados por el Estado y demás en-

(54) MURILLO, Mauro: *Refrendo de contratos*. Imprenta Lehmann, "Revista de la Contraloría", Nº 4, marzo de 1968, p. 23, San José, y ORTIZ ORTIZ, Eduardo, *La selección...*, op. cit., p. 21.

(55) Numeral 4º, inciso e), de la Ley Orgánica de la Contraloría. Son funciones primordiales de esta institución: refrendar las obligaciones del Estado; inciso g): cualquier contrato distinto de los de trabajo y todo acuerdo que comprometa los fondos del Estado será válido (debe decir "eficaz") cuando haya sido refrendado por la Contraloría; a este efecto, en todo contrato que comprometa el desembolso de los fondos nacionales deberá insertarse certificación expedida por el contralor indicando que existe partida libre de gravamen con qué cubrir la erogación respectiva (principio de legalidad presupuestaria).

(56) Numeral 66 del Reglamento de la Contraloría; numerales 1 a 8 de la Ley Orgánica de este ente y 183 de la Constitución Política.

tidades de derecho público cuando tuvieran por finalidad obras y servicios públicos de toda especie, al tenor del numeral 2 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa de Costa Rica. (57)

3. Papel de la Contraloría con respecto de las relaciones contractuales.

En relación a éstas, el ente contralor actúa como órgano de consulta. Frecuentemente la Administración y los particulares, contratistas o no, acuden a esta institución con el fin de obtener su criterio. Se nota, pues, una marcada tendencia a evitar recurrir a la vía jurisdiccional, pues se desea obviar los problemas que dimanan de los litigios. (58) El carácter técnico de la Contraloría ha sido respaldado hasta el momento por las sentencias de la vía contencioso-administrativa, las cuales recogen los criterios expresados por el órgano contralor en sus pronunciamientos y resoluciones.

4. Prerrogativas de la Administración en el plazo de ejecución de los contratos administrativos.

Estas prerrogativas son, por ejemplo, las relativas al poder de dirección, inspección, control, interpretación unilateral del contrato y el de modificación del objeto del mismo. (59) GARCIA DE ENTERRIA nos dice sobre esta temática que la que se puede calificar de prerrogativa por excelencia es 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. Cabalmente, en virtud de ese formidable privilegio, la Administración puede decidir ejecutoriamente sobre la perfección del contrato y su validez, la interpretación del mismo, la realización de las prestaciones debidas por el contratista (modo, tiempo, forma),

(57) Ley N° 3667, del 12 marzo de 1966. El numeral 3° de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa de España indica: Esta Jurisdicción conocerá de: a) las cuestiones referentes al cumplimiento, inteligencia, resolución y efectos de los contratos, cualquiera que sea su naturaleza jurídica, celebrados por la Administración Pública cuando tuvieran por finalidad obras y servicios públicos de toda especie. Esta Ley sirvió de base a la costarricense.

(58) TOHARIA CORTES, José Juan: *Cambio social y vida jurídica en España. 1900-1970*. Tesis doctoral presentada en la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid. Publicada por "Cuadernos para el Diálogo" (EDICUSA) en 1974. (Madrid). De modo resumido, se puede decir que la hipótesis del profesor TOHARIA en este estudio es que a mayor desarrollo económico y social se da un relativo menor incremento de pleitos judiciales.

(59) FERNANDEZ RODRIGUEZ, Tomás Ramón: *Los contratos de la Administración*. Apuntes de Derecho Administrativo de la cátedra de Eduardo GARCIA DE ENTERRIA, curso de 1972-1973, T. VI, pp. 56 a 61, Madrid.

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 (rescisión, en la terminología administrativa), la recepción y aceptación de las prestaciones contractuales, las eventuales responsabilidades del contratista durante el plazo de garantía, de liquidación del contrato, la aprobación o la devolución final de la fianza. (60) Ahora bien, este formidable poder no resulta propiamente del contrato mismo, sino de la posición jurídica general de la Administración, de modo que es en sí mismo extracontractual.

5. Técnicas de garantía del equilibrio financiero del contrato.

Frente al descrito régimen exorbitante del Derecho Común (61) se han construido técnicas de protección al contratista y al equilibrio financiero del contrato. La tesis tradicional, que postulaba que tales contratos se celebraban a riesgo y ventura del contratista, ha cedido su puesto a la de las técnicas de garantía del equivalente económico de esta relación negocial. Estas técnicas son: la compensación por el ejercicio del *ius variandi*, el *factum principis*, la revisión de precios, la teoría de la imprevisión o del riesgo imprevisible y la modulación del riesgo, ventura y fuerza mayor a esta figura jurídica. (62)

En el ordenamiento procesal costarricense no existen normas que regulen tales aspectos del contrato administrativo, motivo por el cual se aplica en este orden el Derecho Administrativo general, sus principios generales de Derecho y el Derecho común, con marcada influencia de la normativa, doctrina y jurisprudencia francesa y española, entre otras.

F) Contratos interadministrativos.

Estos contratos son los que celebra la Administración entre sus propios órganos. Es el numeral 92 de la Ley de Administración Financiera de la República el que regula estos contratos interadministrativos, al disponer que la compraventa o permuta que se realice entre dependencias oficiales o entre éstas e instituciones del poder descentralizado podrán efectuarse libremente mediando la autorización de la Contraloría General. (63)

(60) GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo: *La figura del contrato administrativo*, en el N° 41 de esta Revista, pp. 122-123.

(61) VEDEL, Georges: *Droit administratif*. Presses Universitaires de France, París, pp. 221 a 224, 1968.

(62) FERNANDEZ RODRIGUEZ, Tomás Ramón: Op. cit., pp. 61 a 73.

(63) Con respecto del Poder Central, tanto la Proveduría Nacional como la Contraloría deben estar de acuerdo con esta contratación para que la misma se pueda efectuar; referente al Poder Descentralizado, sólo se requiere la autorización de la Contraloría.

Este sistema de negociación es frecuente y se enmarca dentro de la estructura de fiscalización de la Hacienda Pública encomendada a la institución contralora. (64)

G) Contratos de "actividad ordinaria".

Es este el nombre que reciben en el numeral 110 de la Ley de Administración Financiera de la República, cuando expresa que si la compra, venta, arrendamiento u otra forma de tráfico de los bienes o valores constituyen actividad ordinaria de la institución, según la Ley y disposiciones reglamentarias que la rigen, no estarán comprendidas en la obligación de licitación, encontrándose dentro de la previsión de este artículo el arrendamiento de dinero por parte de las instituciones bancarias, la venta de seguros por parte de las instituciones de seguros y la compra y venta de acciones y bonos en las instituciones financieras.

Esta "actividad ordinaria" debe conceptuarse como la prestación directa del servicio encomendado a cada institución pública, el cual es su especialidad orgánica. (65) Este concepto se ha introducido al Derecho costarricense, sobre todo, por medio de la Ley citada y como vía de excepción al procedimiento licitatorio. La razón de esta excepción obedece a que esta actividad es materialmente no susceptible de ser sometida a un procedimiento lento, como es el de la licitación pública. La única actividad contractual de la Administración que resulta imposible de ser constreñida a licitación es la que constituye la prestación misma del servicio encomendado al ente administrativo; todas las demás, aunque relacionadas con ella, se pueden llevar a cabo a través del mecanismo del concurso. (66)

Las notas caracterizadoras de estos contratos son, pues: 1º Están regidos por el Derecho Administrativo. 2º Se realizan directamente con el usuario del servicio. 3º La finalidad de estas negociaciones es la prestación del correspondiente servicio público. 4º Los conflictos originados en estos contratos se resuelven en la jurisdicción contencioso-administrativa, previo agotamiento de la vía administrativa.

III.—Conclusiones generales.

1. Históricas.

Las leyes financieras costarricenses forman parte del complejo histórico de la década de 1940 a 1950, en la cual un grupo emergente

(64) Numeral 183 de la Constitución Política y numerales 1º a 4º de la Ley Orgánica de la Contraloría General.

(65) MURILLO, Mauro: *Refrendo de contratos*, ob. cit., p. 26. Pronunciamientos de la Contraloría mediante Oficios N° 2117, del 13 de abril de 1971, y N° 3742, del 18 de junio de 1965.

(66) Pronunciamiento de la Contraloría por Oficio N° 2723, del 20 de mayo de 1967.

participa mancomunadamente en el ejercicio del poder político y económico. Con el advenimiento al poder de este grupo se configura el Estado de derecho racional burgués capitalista (Max Weber).

La "guerra civil de 1948" puede ser calificada de precipitante social para el cambio estructural de una sociedad agroexportadora predominante a otra matizada por formas urbanas de convivencia (fundamentalmente en la ciudad capital, hipertrofiada demográficamente) y el incipiente desarrollo económico en los sectores industriales, financieros y de servicios, con la correspondiente presencia de burgueses, asociados con los tradicionales cafetaleros y bananeros, integrantes de la clase dominante de Costa Rica. Este cambio estructural, siempre orientado dentro del sistema de propiedad privada de los medios de producción y de distribución de los bienes y servicios, fue promocionado parcialmente por el Centro de Estudios para los Problemas Nacionales y el Partido Social Demócrata, antecedentes directos e inmediatos del partido mayoritario en el país (Liberación Nacional).

Durante las décadas de 1950 a 1970, la élite dominante radicada en el país citado opta por la estrategia de mantener estacionario el crecimiento de controles legales de la Hacienda Pública, con la finalidad de tener un radio de acción político-económico, en el cual pueda moverse discrecionalmente de conformidad con las exigencias de las reglas de juego de la clase dirigente: fortalecimiento y consolidación como estrato alto de la sociedad.

Las mencionadas Leyes financieras se elaboraron en la Asamblea Nacional Constituyente de 1949, como un instrumento de control sobre el Poder Ejecutivo, que impidiera el irregular manejo de los fondos públicos, efectuado en gobiernos anteriores a ese año. (67)

2. Jurídicas.

Es claramente patente la necesidad de dotar a la contratación administrativa estudiada de normas adecuadas al momento jurídico actual, ya que las que existen son insuficientes y anacrónicas para el fin con que fueron concebidas. Parte de esta tarea puede consistir en la emisión de un código de contratos administrativos, con su respectivo reglamento, que venga a llenar la laguna presente en el ordenamiento examinado. Se ha afirmado que (al referirse al caso de España) cuando la mejor doctrina inicia la labor de desmitificar la clásica concepción del contrato administrativo sobre la idea de las exorbitancias del Derecho común, el legislador español de la nueva Ley de Contratos del Estado, que aún no ha tenido tiempo de asimilar la revisión, instala en nuestro ordenamiento positivo las ideas clásicas con todos sus equívocos, de forma que la nueva Ley consolida el contrato administrativo "por naturaleza" precisamente en el momen-

(67) Dictamen de la Comisión de Economía y Hacienda de la Asamblea Legislativa, dado el 15 de enero de 1951.

to en que se ha dejado de creer en él. (68) Costa Rica presenta también esta tendencia a postular el contrato administrativo de acuerdo con las ideas clásicas. Al igual que en España, el citado país da una visión panorámica, en la cual la doctrina se inclina por "desmitificar la clásica concepción" del contrato comentado, mientras que la orientación de la Ley es hacia la plasmación del indicado contrato, de acuerdo con los cánones originarios.

No hay duda de que lo que está detrás de estas tipificaciones contractuales es una decisión política. Efectivamente, nuestro ordenamiento político institucional es democrático-liberal, con una estructura estatal fuerte y expansiva, la cual reclama para sí las prerrogativas ya descritas, relacionadas con esta figura contractual. El proyecto de Ley de Administración Financiera de la República, depositado en la Asamblea Legislativa, (69) no responde a los requerimientos contemporáneos de la negociación administrativa costarricense, debido a que, entre otras cosas, incurre en la inadecuada táctica de localizar la materia contractual dentro de una Ley general de administración financiera, lo cual pudo haber sido útil en 1951, pero ahora no se justifica ante la complejidad y el aumento, cualitativo y cuantitativo, de los contratos administrativos.

Este proyecto afirma la tesis del *contrat administratif* tradicional, lo cual está en consonancia con la estructura del Estado comentado. Su articulado, referente al campo que aquí nos interesa, fue redactado por la Contraloría General con un criterio técnico, el cual será matizado por el criterio político con que actúa el Poder Legislativo probablemente, en el supuesto de que sea emitida una nueva Ley de Administración Financiera. (70)

En lo concerniente a la licitación pública como mecanismo idóneo para realizar la contratación indicada, considero que es menester mantenerla como la regla en el ámbito de la negociación adminis-

trativa, pues la influencia de los partidos políticos mayoritarios (71) en el manejo de la Hacienda Pública precisa del control que conlleva el uso del concurso público, manteniendo la contratación directa como medio excepcional y tasado de cristalizar la contratación mencionada. (72)

3) Económicas.

Debido al desenvolvimiento de las formas capitalistas modernas, el Estado costarricense contrata con una multiplicidad de empresas extranjeras, del tipo de conglomerados internacionales, bajo la modalidad de la sociedad anónima. Esta circunstancia hace aconsejable la elaboración de políticas de negociación administrativa acordes con el funcionamiento de esta maquinaria empresarial, frecuentemente oligopólica.

Otra observación que cabe formular es que la inversión que realiza la Administración a través de los contratos administrativos debe responder a una política de planificación nacional, (73) con el objeto de que esta inversión coadyuve al logro de metas aceptables de desarrollo económico y social.

4. De organización y métodos.

En este aspecto se hace preciso una capacitación adecuada de la Administración a los funcionarios y empleados relacionados con la contratación administrativa, su naturaleza, efectos y fines. Tanto los recursos humanos como los medios físicos administrativos (archivos, ficheros, historiales, etc.) deben estar adecuadamente ubicados para

(68) FERNANDEZ RODRIGUEZ, Tomás Ramón: *Derecho administrativo, sindicatos y autoadministración*. Instituto de Estudios de Administración Local. Madrid, 1972, página 27.

(69) Publicado en el "Alcance" N° 15 a "La Gaceta" N° 31, del 15 de febrero de 1972.

(70) La exposición de motivos que la Contraloría redactó en relación con el articulado de contratos administrativos, que forma parte del proyecto de Ley citado, sostiene que serían lagunas en la legislación actual, las experiencias recogidas a través de las actuaciones de la Contraloría y soluciones ofrecidas por tratadistas del Derecho administrativo en obras recientes exigen una rectificación y una complementación de la Ley, no sin dejar lugar a la función amplia de la correspondiente reglamentación. (Publicación mimeografiada de la Contraloría General de la República, conteniendo el articulado referente a los contratos administrativos y su respectiva exposición de motivos, en ocasión de su envío a la Asamblea Legislativa, cuya primera publicación oficial se hizo en el "Alcance" N° 17 a "La Gaceta" N° 224, del 10 de noviembre de 1971, bajo el epígrafe de reforma a la Ley de Administración Financiera de la República, que dio lugar a la elaboración integral de esta Ley, que no ha pasado de ser un proyecto legislativo; anexo I, p. 2).

(71) En la actualidad el partido político relevante y fuerte, relativamente, es Liberación Nacional. Las demás agrupaciones políticas son heterogéneas, amorfas, dispersas; constituyen un mosaico y gama muy diversa, difusa, ambivalente y sin estructuración ni organicidad.

(72) MURILLO, Mauro: *Un privilegio inadmisibile*. Imprenta Lehmann. "Revista de la Contraloría" N° 4, marzo de 1968, pp. 3 a 5. San José. Este autor critica el hecho que el Instituto Costarricense de Electricidad (ICE) no esté subordinado a la Ley de Administración Financiera de la República en cuanto a que sea la Contraloría la que resuelva las apelaciones contra los actos de adjudicación de sus respectivas licitaciones públicas. Esta crítica la hago extensiva al Banco Popular y de Desarrollo Comunal, el cual también tiene un *status* privilegiado "inadmisibile", ya que —al igual que el ICE—, no está sometido a la fiscalización de la Contraloría en lo referente a sus adjudicaciones de licitaciones públicas, manejando ambos entes fondos públicos.

(73) Junta Consultiva de Contratación Administrativa. *Memoria de los años 1960-1971*. Fábrica Nacional de Moneda y Timbre. Ministerio de Hacienda. Dirección General del Patrimonio del Estado. Madrid, 1972, p. 14.

obtener de la contratación estudiada el mejor rendimiento posible, evitando con ello que innecesarias trabas burocráticas o deficiencias administrativas entorpezcan el buen desarrollo del procedimiento licitatorio y contractual en general. En esta área de la actividad administrativa también se requiere contar con personal especializado y capacitado, pues de lo contrario los fines de las relaciones contractuales de los entes públicos se verán perjudicados seriamente.

PARTE III

COMENTARIOS A RESOLUCIONES DE LA CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA

(Departamento de Licitaciones)

Parte III

Comentarios a resoluciones de la Contraloría General de la República (Departamento de Licitaciones) referidas a apelaciones contra actos de adjudicación de licitaciones públicas.

SUMARIO

Oferta alternativa; aclaraciones a la oferta; la muestra debe acompañar a la oferta; apelación hecha por el adjudicatario; revocatoria del acto de adjudicación; oferta ventajosa; adjudicación sobre la "mejor oferta"; oferta ventajosa; adjudicación sobre la oferta de mayor precio debe ser razonada; oferta válida; el representante de casas extranjeras es un colocador de órdenes de compra; gestor de negocios improcedente como apelante; inaceptables hechos nuevos pasado el lapso de presentación del recurso; el cartel y su estricto cumplimiento; apelación improcedente por razón de oportunidad; la Contraloría anula de oficio la adjudicación; apelación en el caso de "ofertas conjuntas"; el poder para apelar una adjudicación debe tenerse antes de la impugnación; sólo el adjudicatario tiene la obligación de acreditar que está a derecho en el pago de los impuestos de la renta y territorial.

*Resolución de las 14 horas y 20 minutos del 31 de julio de 1973.
Licitación Pública N° 5-73.
Instituto Costarricense de Turismo (I.C.T.).
Concurso para la compra de folletos para la promoción del turismo.*

OFERTA ALTERNATIVA

Considerando II:

...la apelante no ofreció en su oferta alternativa (con la que apela), los folletos debidamente empacados, tal como fue requerido en el pliego de condiciones. Así las cosas, tenemos que conforme está demostrado (hechos probados 2) y 4) la firma recurrente efectivamente en la oferta en que funda su apelación se apartó en aspecto importante, que como se dijo, fue debidamente señalado por la Administración, por lo que entonces su recurso debe ser desestimado.

COMENTARIO.

Interesa aquí resaltar el hecho de que la oferta, como tal, es una unidad, de tal suerte que el proponente debe sujetar su plica al cartel. El principio, entonces, es que la oferta debe ceñirse al pliego de condiciones so pena de quedar excluida del concurso público. En este caso controvertido ante la Contraloría, se pone de manifiesto, una vez más, que el acto por el cual el particular oferente le ofrece a la Administración constituirse, en el futuro, como su cocontratante, incide sobre el concepto de la oferta como un todo ofertual. Ello quiere decir que, por la circunstancia de que proponga plicas alternativas, no por ello puede, en alguna de ellas, apartarse del instructivo de bases del contrato. Todas las ofertas que presente el participante en la licitación pública, deben sujetarse al cartel. Tal es el principio que rige en este punto.

La expresión usada por esta Resolución:... "se apartó en aspecto importante...", —refiriéndose al hecho de que la oferta del

apelante se había apartado del cartel al no ofrecer empaclar los libros, tal y como lo estipulaba el cartel, en su cláusula i): "empacados en cajas de cartón de 24"x9"x4", publicado en La Gaceta de 24 de marzo de 1973—, expresa la tesis de la existencia de incumplimientos graves y leves de parte del oferente o de la Administración, según corresponda de acuerdo con las circunstancias. En esta situación se trata del incumplimiento grave por parte del apelante, condicionante de la exclusión de su oferta, y, por ende, de carecer de interés legítimamente protegido para resultar adjudicatario.

—0—

Resolución de las 10 horas del 21 de agosto de 1973.

Licitación Pública N° 73-189

Caja Costarricense de Seguro Social

Concurso para la construcción de los muebles semifijos de la clínica de Desamparados.

ACLARACIONES A LA OFERTA

Considerando II:

Que, como puede verse del expediente, un solo hecho sirve de fundamento al recurso de apelación interpuesto, cual es un supuesto incumplimiento al cartel de licitación observado por el adjudicatario, concretamente en lo que concierne al plazo de entrega. En efecto, alega la parte recurrente que el oferente favorecido con la adjudicación, no aceptó pura y simplemente el plazo de entrega previsto en el pliego de condiciones, ya que condicionó la entrega de los muebles a la obtención de las piletas y en consecuencia, en virtud del principio de que quien se aparta de las cláusulas del pliego debe ser eliminado del concurso licitatorio, la oferta de su adversario no debió considerarse en el proceso de selección (resultando 1o., e), f), g), h), i) y j). Sobre el particular, no compartimos la tesis expuesta por el apelante, porque si bien es cierto que la oferta del adjudicatario no fue lo suficientemente clara al estipular respecto de ese punto que "las piletas de acero inoxidable serán de las que se encuentran en plaza; en caso de no conseguirse en plaza las que Uds. necesitan; procederemos de inmediato a pedir las; comprome-

tiéndonos a entregarlas colocadas quince días después de recibidas en nuestras bodegas en caso de pasarnos de la fecha máxima de entrega no tomando en cuenta para la entrega, el retraso que éstas ocasionen", y a la vez resulta un tanto contradictoria al indicar seguidamente: "Estos muebles tendrán como fecha límite de entrega, como lo pide el cartel de licitación, el día 22 de diciembre de 1973" (hechos probados 5) y 6), también lo es que la duda que al respecto pudiera surgir, en nuestro criterio, quedó despejada mediante la aclaración hecha oportunamente por el adjudicatario, en el sentido de que los muebles serían entregados en su totalidad debidamente colocados con sus piletas de acero inoxidable en la fecha máxima de entrega, sea, el 22 de diciembre del presente año (hechos probados 7) y 8).

COMENTARIO.

En el caso de análisis, la Contraloría consideró que la condición prevaleciente era la que obligaba al adjudicatario a cumplir con el cartel; aún más, en el supuesto de la contradicción entre las indicadas estipulaciones propuestas por el seleccionado prevalecía aquella que, claramente, cumplía con el pliego de especificaciones. Ello denota seguir el razonamiento de que lo que interesa, entre otras cosas, en la licitación es el contar con una oferta que la Administración acepte como adecuada a sus intereses y a los de la comunidad.

Por lo tanto, la Administración, actuó bien al pedirle al adjudicatario que aclarara el sentido exacto de su plica, lo cual hizo el seleccionador. Debe tomarse en cuenta que en el caso de que el contratista incumpla con sus obligaciones, la Administración tiene los recursos jurídicos para sancionarlo. A lo anterior debe agregarse que la Administración le había mandado un oficio, N° 14722, al oferente que resultó adjudicatario, (para que aclarara la duda o la contradicción, según se mire), acerca del plazo de entrega que proponía. La contestación del que devino en adjudicatario fue que se ajustaba al cartel en lo que al plazo citado se refiere y que estaban conformes en el sentido de que si se atrasaban en el mismo, estaban dispuestos a pagar la multa que el cartel estipula por esa razón, sea de ₡ 100 por cada día natural de atraso (Resultando 2°). En el ejemplo que estudiamos, se ve en qué medida cabe la aclaración a la oferta. La misma, como tal aclaración, no alteró la plica, solamente vino a dilucidar una cuestión que estaba dudosa, en cuanto que existían dos manifestaciones de voluntad del oferente que se aparecían como contradictorias y excluyentes. El postor declaró que su propuesta se ceñía al pliego de condiciones.

Resolución de las 10 horas del 29 de noviembre de 1973.
Licitación Pública N° 9227.

Dirección General de Asistencia Médico-Social.

Concurso para adquirir, entre otras cosas, 15.000 bolsas de colección
drenaje urinario de 2.000 ml., aproximado.

LA MUESTRA DEBE ACOMPAÑAR LA OFERTA

Considerando II:

...en el criterio de este Despacho, las muestras que se presentan con motivo de una licitación pública, principalmente cuando la obligación de presentarlas se origina en el cartel, tal como ocurre en este caso, (hecho probado 6), deben corresponder fielmente al objeto licitado y por lo tanto a lo que se ofrece, tanto para los efectos comparativos como porque sólo así se adquiere el verdadero compromiso de entregar lo que se ha solicitado y lo que se ha ofrecido.

COMENTARIO.

Cuando el cartel de licitación pide adjuntar con el escrito principal de la oferta las muestras correspondientes, el oferente que no las presenta está incumpliendo gravemente el pliego de bases, en la medida en que su plica está incompleta al depositarla faltándole un elemento de primordial importancia para conocer el bien que se está cotizando.

Aquí está frente a un incumplimiento de los llamados "graves", en la medida que entrañan la exclusión de la oferta que en ellos incurre al violar el pliego de bases de un aspecto denominado como "cláusula invariable del cartel", ante el cual el oferente debe sujetarse.

A esta Resolución se le debe añadir aquella de las 10 horas del 27 de diciembre de 1973 (licitación pública N° 4406, promovida por la Proveduría Nacional para la compra de archivadores de metal), en la que se manifestó que la muestra debe corresponder a lo cotizado. (Su Considerando II: afirma que en materia de licitaciones públicas, es un principio fundamental la sujeción de los participantes en el concurso a los términos de la adjudicación y de su oferta. En el presente caso, la firma adjudicataria se apartó de los mismos, al presentar una muestra de los archivadores, que no se ajusta a lo cotizado, ni a lo adjudicado y que iría a formar parte de la entrega final (hechos probados f) y g). De lo anterior se deduce que en materia de muestras se debe presentar las que el cartel pide, siendo el principio de que lo cotizado en el escrito principal de oferta debe concordar con la muestra adjunta, pues de lo contrario existe la duda acerca de lo que realmente está ofreciendo el proponente.

Resolución de las 15 horas y 35 minutos del 22 de febrero de 1974
Licitación Pública N° 57-73.

"JAPDEVA".

Concurso para la compra de materiales para el centro deportivo de
Limón.

APELACION HECHA POR EL ADJUDICATARIO

Resultando 1°:

Argumenta la recurrente (el adjudicatario) que el acto se dictó una vez transcurrido el plazo de treinta días para adjudicar válidamente.

Considerando II:

...ha quedado demostrado (hechos probados b) y d), que la entidad licitante adjudicó el concurso fuera del plazo de que disponía para hacerlo conforme a la ley (art. 100, inciso f), de la Ley de Administración Financiera de la República), es decir, cuando ya no tenía competencia para dictarlo válidamente, y, al ser argüido tal vicio por parte interesada, procede acoger el recurso interpuesto y anular el acto de adjudicación impugnado.

COMENTARIO.

Se trata aquí de uno de los pocos casos en los que el adjudicatario apela contra la selección recaída en su propia oferta.

El principio es que el adjudicatario puede recurrir contra la escogencia que la Administración haga de su plica.

Por razones diversas un oferente no desea resultar contratista con la licitante. Ante este caso, el licitador puede usar varias vías para no resultar tal contratista. Por ejemplo, permitiendo que la licitante le ejecute la garantía de cumplimiento. O, como en el ejemplo indicado, en el cual, el adjudicatario, al darse cuenta que la adjudicación la efectuó la Administración extemporáneamente apela ante la Contraloría para que ésta anule el acto de selección, con base en la falta de competencia de la licitante para adjudicar válidamente. Claro está que si ese adjudicatario guarda silencio y no apela, bajo el supuesto de que nadie más apelara de dicho acto de escogencia, la misma se convierte en firme e inimpugnabile por cuanto no existió apelación alguna.

Ahora bien, lo que aquí interesa indicar es la posibilidad que tiene el adjudicatario de apelar contra la adjudicación recaída en su propia plica. En el fondo, lo que se da es una intención manifiesta del oferente de no desear devenir en cocontrante de la Administración, a la vez que refleja el principio general de que no es permitido negociar contra la voluntad de uno de los participantes en el supuesto negocio.

—0—

Resolución de las 14 horas del 15 de febrero de 1974

Licitación Pública N° 73-343.

Caja Costarricense de Seguro Social.

Concurso promovido para la compra de materiales e implementos médicos destinados al Hospital México.

REVOCATORIA DEL ACTO DE ADJUDICACION

Considerando II

...este Despacho tiene por demostrado que la adjudicación recaída en favor de Zimmer Orthopadic Ltda. de Inglaterra fue publicada en La Gaceta del 21 de noviembre de 1973, y que, posteriormente y por acuerdo del 22 de noviembre del mismo año, fue revocada dicha adjudicación (hechos probados d) y e). En criterio de este Organismo, los actos administrativos pueden ser revocados por razones de oportunidad, mérito o conveniencia, en tanto no se encuentren firmes; en el presente caso, el acuerdo de revocación del primer acto, fue tomado al día siguiente de su publicación en el Diario Oficial, basado en el hecho de que la Institución incurrió en error al adjudicar un producto a una firma diferente de la que se recomendaba, debido a la similitud existente de nombres entre las casas Zimmer Orthopadic Ltda. de Inglaterra y Zimmer de los Estados Unidos de América (hecho probado e); en consecuencia al no encontrarse firme en ese momento el primer acto de adjudicación, estimamos que la Caja Costarricense de Seguro Social tenía competencia para revocarlo y adjudicar de nuevo el concurso en referencia.

COMENTARIO:

En este caso el acto de adjudicación salió publicado en La Gaceta un día antes de que la Administración anulara la adjudica-

ción "que por error" había realizado, debido a la similitud de nombres de las firmas participantes en el concurso (Zimmer de Inglaterra y Zimmer de los Estados Unidos de América). En este caso la selección del contratista no estaba en firme, era "provisional", ya que no había transcurrido el plazo de apelación (tres días hábiles, contados a partir del día hábil siguiente a aquel en el cual se publicó el aviso de adjudicación en el Diario Oficial). En este lapso, en el que la adjudicación es "provisional", en la medida en que no ha adquirido firmeza (valga decir, que se torne inimpugnable), la Administración puede revocar el acto de adjudicación que ha efectuado y el oferente (o los oferentes, en su caso) puede(n) recurrir contra tal acto de selección.

Aún más el principio aquí aplicable es que la licitante puede revocar su adjudicación (en este lapso indicado), en cuanto que es potestad discrecional suya hacerlo, y tomar dos vías: declarar desierto el concurso; o bien, readjudicar sobre otra oferta. Lo que no puede hacer, como en su oportunidad lo señaló la Contraloría, es realizar una "revocatoria de una revocatoria". O sea, la situación en la cual la licitante ha revocado una adjudicación sobre la plica "A", y luego pretender revocar ese acto de revocación, con el fin de volverle a dar vida jurídica a su anterior y revocado acto de selección de la oferta "A". El principio que rige en este caso es que no cabe "revocatoria de la revocatoria"; es decir, un acto revocatorio no puede ser revocado. En esta circunstancia, una vez que la Administración ha decidido revocar su adjudicación, puede optar por no contratar (concurso desierto) o por negociar con otro oferente, como ya se manifestó, pero lo que no le está permitido, de acuerdo con el criterio del organismo contralor es "revocar lo revocado".

—0—

Resolución de las 12 horas del 5 de marzo de 1975.

Licitación Pública N° 5370.

Proveeduría Nacional.

Compra de uniformes.

OFERTA VENTAJOSA

Considerando II:

La firma recurrente funda su recurso en tres aspectos:

- 1) que el cartel no especifica entregas parciales
- 2) que su oferta es de menor precio que la adjudicada
- 3) que el plazo de entrega que propone su plica es más corto.

En cuanto al primero de dichos puntos, no lleva razón al imputarle como vicio a la oferta adjudicada el que se propongan entregas parciales y periódicas del producto, por parte del adjudicatario, porque: por una parte, en el cartel se indicó que se debía consignar el plazo de entrega en las ofertas; además, de que no prohibió expresamente cotizar el suministro de zapatos para hacer entregas parciales de los mismos de modo periódico (hechos probados g) y h); y, por otra parte, la apelante, también, ofreció su producto en entregas parciales de tales bienes en forma periódica (hecho probado d).

Si bien es cierto, el precio de la apelante es menor que el adjudicado, también lo es el hecho de que la plantilla del zapato adjudicado es de cuero, mientras que el del apelante es de cartón. Ello representa una *ventaja* considerable en favor del bien adjudicado, en punto a su duración, así como en la mayor funcionalidad, y en la posibilidad de efectuar reparaciones futuras.

En este caso concreto esta Resolución atañe a lo que conoce con el nombre "ofertas atractivas" o "plicas ventajosas".

El tema de esta clase de ofertas, en materia de licitaciones, se debe unir al conocido principio de que el cartel es un límite inferior, por encima del cual los particulares pueden proponerle a la Administración Pública ventajas adicionales que la beneficien. Claro está, que también se da lo llamado "oferta atractiva" y "ventaja del objeto cotizado". ¿Qué se quiere decir con esto?

Veamos.

En términos generales, las ventajas o los beneficios que el particular le desea proporcionar a la Administración Pública se pueden localizar tanto en el objeto mismo que se cotiza como en las condiciones —tanto específicas como generales— en que se está dispuesto a negociar.

Convencionalmente, se dice que se está frente a una "oferta atractiva" cuando las ventajas se ubican en las citadas cláusulas o condiciones de la futura contratación. Y, se tiene entre manos una "ventaja del objeto licitado", cuando lo que constituye lo beneficioso para el ente licitante se encuentra propiamente en el objeto mismo de la licitación (v.gr. la máquina de escribir; o, como en el caso *sub-examine*; la plantilla de cuero).

Ahora bien, por una parte se sostiene que la Administración Pública debe redactar un cartel con un *minimum* de condiciones —aceptables para ella y convenientes a sus intereses— que favorezcan y promueva la participación del mayor número posible de oferentes, con el fin de contar con una amplia y variada gama de plicas, y así seleccionar la que estime mejor. Se cumple así con el principio de "promoción de la concurrencia más amplia". Por otra parte, se permite que los cotizantes puedan ofrecerle a la Administración ventajas (ya sean en el clausulado mismo o condiciones de la contrata o en

el objeto concreto de la licitación). Tales ventajas se aceptan bajo el principio de que el cartel es un límite inferior, por sobre el cual los particulares pueden —legítimamente— proponer beneficios a la Administración. Esta situación no debe violar los principios "licitarios" de la igualdad entre los concursantes y el de la seguridad jurídica. Efectivamente, en virtud de estos dos principios se tiene que tales "ventajas" no deben poner en pie de desigualdad a los proponentes, en el tanto en que se adjudique en seco a quien ofreció más de lo que el cartel pidió, a la vez que se lo carga al precio, convirtiendo éste en mayor con respecto al del posible apelante. Tampoco debe violar el principio de la seguridad jurídica, provocando un clima de incertidumbre, fruto del cual los cotizadores no sepan cuánto de más deben "beneficiar" a la Administración para ser "atractivos" y llevarse la adjudicación. Bueno, ¿pero cómo se resuelve este conflicto?

La respuesta más sencilla y más exacta es que depende del caso concreto que se le presente a la Contraloría General de la República, ya que cada apelación tiene sus propias características específicas, de tal suerte que cada una de ellas, puede generar su propia solución, en atención a sus especiales particularidades. Es la respuesta más corta, más sencilla y más fácil. No hay duda que así es!

Pero, podemos plantear otra circunstancia, para efectos didácticos.

Existe otro principio, matizado a la luz de cada licitación en juego, que sostiene que si las ventajas que propone un postor no se las cobra a la Administración (sino que más bien aparecen como regalías), la adjudicación que recaiga sobre tal oferta es legítima.

La objeción que se le puede hacer a esta postura es que se podría violar el principio de seguridad jurídica en el tanto en que los particulares no saben o no conocen el *quantum* de la regalía para resultar adjudicatarios. A ello, se le podría oponer diciendo que ello son los riesgos de la negociación y que la *puja* conduce a ver quién ofrece más por el menor precio.

Lo anterior podría resultar permisible dentro de ciertos límites del sentido común.

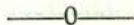
En la práctica, las numerosas resoluciones de la Contraloría General de la República (concretamente su Departamento de Licitaciones) no permiten establecer un principio general e institucionalizado. A lo sumo, se podría indicar que si la ventaja no la cobra el adjudicatario y su oferta es de igual o menor precio con respecto a la del apelante, la correspondiente selección se tiene por bien hecha.

Otra situación se da cuando, como en el caso *sub-studium*, la ventaja se cobra.

Así, se podría señalar que el principio que se da (en el caso en el que la ventaja que ofrece la plica es cobrada al ente licitante) es que la diferencia de precios debe ser —relativamente— pequeña; es decir, que puede ser legítima la adjudicación de una oferta que ofrezca una "ventaja" siempre que su mayor precio (con respecto a la plica del apelante) sea relativamente pequeño, todo a juicio de la Contraloría General de la República. Por supuesto, que estamos frente

a un principio general que se modula frente a cada caso concreto; pero que "en principio" es orientador de la corriente jurisprudencial de dicha Contraloría.

Esta Resolución y su comentario se pueden complementar con la siguiente que analizamos a continuación.



ADJUDICACION SOBRE LA "MEJOR OFERTA"

Resolución de las 8 horas del 24 de febrero de 1975

Licitación Pública N° 5338

Proveeduría Nacional

Equipo para comunicación

Considerando II

Resulta inadmisibles que la adjudicación se fundara en el hecho de que las radiopatrullas también tienen un equipo y micrófonos de los que cotizó la firma que resultó adjudicataria.

Tal razón aislada no justifica la adjudicación en favor de la empresa seleccionada, pues el acto adjudicatario debe ser el efecto del análisis de los factores que integran una oferta.

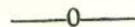
Por lo que respecta a la oferta del apelante, no se le imputan vicios o defectos. Además, ésta lleva ventaja en cuanto al precio y en cuanto al factor "potencia" del objeto licitado.

En vista de lo anterior, se anula adjudicación.

En este caso, la cuestión es sencilla, pues el apelante cotizó menor precio y su equipo de comunicación tenía más potencia que el propuesto por el adjudicatario. Por otra parte, la adjudicación resultó ilegal por cuanto se fundaba en el argumento de que se le compraba a la firma favorecida con la elección, ya que su equipo era de la misma marca del que tenían las radiopatrullas. Así, la adjudicación resultaba con un débil fundamento, ya que la oferta del apelante cumplía con el cartel, era de menor precio y el equipo que cotizó era de una potencia mayor que el adjudicado.

De este modo, el principio que resulta de esta resolución es que —en este caso— la ventaja que le propuso el apelante (mayor potencia en el equipo de comunicación) a la Administración Pública no se le cobraba (en términos de comparación con el precio de la oferta adjudicada); ya que el precio cotizado por la firma impugnante era menor que la propuesta por la empresa adjudicada.

Veamos otra resolución que se refiere a lo que se llama "oferta ventajosa".



OFERTA VENTAJOSA

Resolución de las 15 horas del 29 de noviembre de 1973

Licitación Pública N° 9263

Dirección General de Asistencia Médico-Social

Equipo de oficina

Considerando II

que la Administración adjudicó en base al criterio de que la oferta seleccionada ofreció una gaveta central que no tiene la plica del apelante.

Considerando III

que el cartel pidió dos gavetas al lado izquierdo

Considerando IV

que el adjudicatario ofreció una gaveta central que el cartel no pidió, además de que la oferta adjudicada es de mayor precio que la del apelante.

Es conveniente ilustrar que, ante el caso inverso; es decir, ante la posibilidad de *precios iguales*, una ventaja más, como podría ser (si es que lo fuere) una gaveta central, sí justificaría, por lo general, la adjudicación.

Este caso sirve para ilustrar el criterio de la *Contraloría*, en el sentido de que siendo los precios iguales, una ventaja propuesta por una de las ofertas en puja por el concurso, podría decidir la adjudicación en su favor, ya que —se puede presumir— no está cobrando esa ventaja adicional que ha cotizado.

De lo anterior podemos señalar que, se da un principio "licitatorio" que precisa que en igualdad de factores, aquel que sea diverso con respecto a las restantes plicas bien puede decidir, en su favor, la adjudicación, ya se trate del precio, de la calidad del bien o del servicio licitado, de la potencia del objeto cotizado, etc.

ADJUDICACION SOBRE LA OFERTA DE MAYOR PRECIO
DEBE SER RAZONADA

Resolución de las 8 horas del 25 de febrero de 1975
Licitación Pública N° 5243
Proveduría Nacional
Compra de 80 sillas

Considerando II

La adjudicación que recae sobre una oferta de precio superior con respecto a las demás debe ser debidamente razonada y justificada.

El principio que se aplica en este aspecto de la cuestión es que cuando la adjudicación se realiza sobre una plica que cotiza un precio más bajo que la del impugnante, la adjudicación se tiene por bien hecha y la Administración Pública no necesita justificar la selección. En el caso inverso, si es necesario que la entidad licitante fundamente adecuadamente el por qué seleccionó una oferta de mayor precio, en términos comparativos con la del impugnante.

Así, la mayor inversión o la mayor onerosidad del contrato administrativo implica la carga para el Estado de justificar su gasto público en términos de legalidad y de racionalidad administrativa y económica.

OFERTA VALIDA

Resolución de las 13 horas del 30 de febrero de 1975
Licitación Pública N° 5194
Proveduría Nacional
Compra de marcadores de tarifa para taxímetros

Considerando II

Para formular oferta válida es preciso tener la licencia correspondiente como representante de casas extranjeras.

En este caso se anuló la adjudicación debido a que la firma "Importaciones San José S.A." no demostró ser la representante de la casa extranjera "SYA S.A." de Argentina, ni tuvo ningún poder.

Esta Resolución atañe a la situación en la cual se requiere como requisito para darle validez a una plica la licencia como representante de casas extranjeras, lo cual no se dio en el caso citado.

Aquí también se observa cómo la prueba juega un papel sumamente importante en esta clase de impugnaciones. Además, se puso en juego el principio de que quien ofrece debe ser aquella persona que efectivamente puede cotizar bien, sujeto a derecho.

Este criterio se complementa con la siguiente Resolución.

Representante de casas extranjeras es un colocador de órdenes de compra.

Resolución de las 11 horas y 45 minutos del 9 de enero de 1975
Licitación Pública N° 74-424
Caja Costarricense de Seguro Social
Compra de 56.000 pares de guantes N° 7 para cirugía

Considerando II

El representante de casas extranjeras es un colocador de órdenes de compra; no es un apoderado. Para ser tal requiere de un poder.

Esta Resolución reitera el criterio de la Contraloría expresado en una cantidad significativa de su correspondiente jurisprudencia y manifiesta que la figura del representante de casas extranjeras es diversa de la del apoderado como es sabido. Así, para impugnar una adjudicación como para hacer su respectiva defensa se necesita el documento denominado poder, que es el que habilita a quien lo posee para participar legalmente en una litis.

Resolución de las 10 horas del 7 de enero de 1975
Licitación Pública N° 74-436
Caja Costarricense de Seguro Social
Materiales e implementos médicos

Considerando II

Prevalece lo escrito en letras con respecto a lo escrito en números. Así, escribió con números \$ 9.814,50; mientras que en letras puso: esa cantidad monetaria, pero en colones, y no en dólares. De tal suerte que para los efectos de esta Resolución, se toma en cuenta lo escrito en letras.

En esta Resolución, se puso de manifiesto el principio de que cuando exista contradicción entre lo escrito en letras y lo escrito en números, se tiene por válida y eficaz la cantidad puesta en letras, ya que es más difícil (en términos relativos) equivocarse cuando se escriben letras que cuando se pone la cantidad con números.

GESTOR DE NEGOCIOS IMPROCEDENTE
COMO APELANTE

Resolución de las 9 horas y 45 minutos del 11 de agosto de 1971
Licitación Pública N° 2566
Proveeduría Nacional
Compra de 10 máquinas de escribir

Considerando II

El Sr. Kander Siebe carece de legitimitio ad causam activa y por ende no tiene interés legítimo directo, jurídicamente protegido por cuanto el citado impugnante actuó como gestor de negocios, siendo —en esta materia de apelación a un acto de adjudicación de una licitación pública— inaplicable el artículo segundo del Código de Procedimientos Civiles.

Como se sabe el artículo segundo del citado cuerpo legal expresa que "es permitido entablar acciones como gestor de un tercero, siempre que de la inacción hubieren de resultarle perjuicios evidentes al dueño del negocio; y, a condición de rendir fianza de resultas, para el caso de que el dueño referido dueño, dentro de un mes si estuviere en el país, o dentro de tres meses si se hallare fuera, no aprobare expresamente lo hecho en su nombre. Los plazos dichos se contarán a partir de la fecha en que el gestor hubiere iniciado su actuación judicial. Tan pronto como se apersonare en los autos el dueño del negocio, cesará la intervención del gestor. Caso de que el dueño no se apersonare en los autos aprobando expresamente la gestión dentro del plazo dicho, o de que lo desaprobare en todo o en parte, el gestor será condenado al pago de las costas personales y procesales, y de los daños y perjuicios que hubiere ocasionado al litigante contrario; teniéndose, además, por absolutamente nulo lo practicado a su instancia, aún cuando se trate de actos de jurisdicción voluntaria. Para actuar como gestor de negocios de una persona civil, debe acreditarse su existencia en la forma que previenen las leyes de la República. La gestión de negocios no autoriza al gestor para vender, gravar o de otro modo cualquiera enajenar o comprometer los bienes de aquel por quien se gestiona, ni para recibir o permitir que otro reciba valores o bienes, de cualquier clase que sean, pertenecientes al representado.

La fianza ha de ser a entera satisfacción del juez, y en cuanto al modo de constituir la y demás condiciones de la misma, se estará a lo dispuesto por los artículos —de este Código— 192 a 194".

De acuerdo con esta jurisprudencia, el gestor de negocios no tiene interés legítimamente protegido para apelar contra actos de adjudicación de un concurso público. Como es conocido los únicos que

pueden impugnar, legítimamente dichos actos, son los oferentes sujetos a derecho y los impugnantes de carteles, a los cuales la Contraloría General les ha dado la razón en su respectiva resolución, y la Administración ha mantenido el pliego de condiciones (es el caso del objetante exitoso desoído por la Administración). Este objetante exitoso no necesita presentar oferta para resultar interesado (legitimado para impugnar el correspondiente acto de selección de contratista público) y, por ende, interponer —si lo desea— un recurso contra tal acto ante la Contraloría General de la República.

En parte, los principios que explican este criterio jurisprudencial son los de seguridad jurídica, formalismo y la mayor celeridad posible que sea le pueda dar a un concurso público (que de por sí son lentos).

Seguridad jurídica, en el sentido de que los participantes en una licitación pública saben a qué atenerse en lo que atañe a quienes pueden interponer recursos. *Formalismo*, por cuando el concurso público es en sí un procedimiento lleno de formalidades, tendientes a que sirvan de autocontrol al procedimiento y a quienes contribuyen a él directa o indirectamente. Esto en función de la vigilancia que debe tener todo lo referente a las finanzas públicas. En lo que respecta al tiempo de duración de un concurso público, ya es un lugar común atacar este procedimiento por lo lento que es. Por ello, de lo que se trata es de que este mecanismo seleccionador del contratista público dure lo menos que sea posible esperar. A veces, las quejas se hacen mayores cuando una licitación pública, apelada, dura en tramitarse (desde su gestación hasta su finalización) 10 o 12 meses. Dichosamente, estos casos, parece, que son los menos, aunque de suyo, mueve a preocupación esta tardanza; pensándose en qué medios se pueden instrumentalizar para acelerar la tramitación en cuestión.

—0—

INACEPTABLES HECHOS NUEVOS PASADO EL LAPSO
DE PRESENTACION DEL RECURSO

Resolución de las 13 horas del 15 de noviembre de 1971
Licitación Pública N° 4-71
JAPDEVA

En esta resolución, el Departamento de Licitaciones de la Contraloría General de la República expresó que no se admitían hechos nuevos que se presentaran después de vencido el tiempo para apelar ante ella. Es decir, luego de los tres días hábiles para interponer la impugnación, de conformidad con lo que manda el inciso h) del artículo 100 de la Ley de Administración Financiera de la República (LAFR).

El principio es que los hechos que fundamentan la impugnación se deben presentar en ese lapso de tres días hábiles posteriores a aquél en que salió publicado el aviso de adjudicación en la respectiva "Gaceta". Pasado ese lapso de tiempo, los demás datos que proporcionen las partes en conflicto se tienen como información que la Contraloría podrá tomar en cuenta (o no) para los efectos de resolver la litis. En lo referente a la Administración, cuando ésta sufre un atraso y manda a la Contraloría los atestados que ella le solicitó —oportunamente— un día o varios después de que se indicó el ente contralor como fecha límite para remitirlos, lo que se acostumbra es admitir dichos documentos y tenerlos como presentados en tiempo, haciendo valer —en cierto sentido— el principio *in dubio pro "amministrazioni"*.

Esto se debe entender así, salvo cuando los datos que aporta, a la Contraloría, una de las partes legitimadas para apelar, demuestren un vicio —en el procedimiento o en el acto de adjudicación— que implica una nulidad de pleno derecho.

En este caso de la nulidad de pleno derecho o nulidad absoluta (por ejemplo, se le adjudicó a quien no fue oferente: se seleccionó a Carlos y no había un solo oferente —se supone que todos los proponentes son personas físicas— con ese nombre), la Contraloría debe anular la adjudicación en virtud de la comprobación de la existencia del vicio grave citado. Aún más, estimamos que si la Contraloría comprueba dicha existencia, por medio de un simple denunciante (un particular cualquiera), pesa sobre ella la misma obligación de anular la adjudicación, ya que el esgrimir el formalismo de que quien informa al ente fiscalizar de la Hacienda Pública de la comentada gravedad, no tiene legitimidad para apelar, y por ende para lograr la nulidad de la selección, cede ante la magnitud de la gravedad comprobada por el ente constitucionalmente llamado a vigilar la sana gestión financiera del Estado.

—0—

EL CARTEL Y SU ESTRICTO CUMPLIMIENTO

Resolución de las 9 horas del 13 de agosto de 1974

Licitación Pública Nº 2-74

Municipalidad de Coto Brus

Compra de un tractor de carriles

En esta resolución de la Contraloría, referida a la respectiva objeción al pliego de condiciones, se manifestó que la cláusula impugnada debía ser redactada de la siguiente forma:

"Se permitirá la participación de ofertas cuyas especificaciones técnicas no se ajusten estrictamente a las establecidas en el cartel, en tanto el tractor de carriles con pala frontal y torno ("winch") propuesto satisfaga eficientemente la finalidad prevista según las indicaciones aquí suministradas".

De conformidad con esta resolución, el principio que enuncia que el cumplimiento de las cláusulas del cartel debe ser estricto, sufre una matización importante, ya que (como todo principio o norma) no se está ante una exigencia absoluta, sino —al contrario— relativa. O sea, que el principio de ajuste al pliego de bases, es relativo. En este caso, la Contraloría admite incumplimientos al cartel, siempre y cuando lo ofrecido o cotizado "satisfaga eficientemente la finalidad prevista según las condiciones aquí suministradas".

¿Qué se quiere decir con ello?

Que el cartel puede ser incumplido o sufrir una alteración por quien cotiza. Pero, que tal violación al pliego de condiciones, debe ser complementada con el hecho cierto, comprobable y preciso, de que el objeto licitado "satisfaga *eficientemente* la finalidad prevista" de acuerdo a "las condiciones suministradas en el cartel". Se debe satisfacer la *finalidad* a la cual está destinado el objeto licitado. En palabras sencillas, que el bien cotizado sirva para llenar, cumplir o satisfacer las necesidades de la Administración, aunque las *características técnicas* no se adapten o no se ciñan estrictamente a lo que el pliego de condiciones requiere. Pues, de lo que se trata es que el mayor número de oferentes participe en el concurso público, dándole así al ente administrativo una gama más amplia de propuestas y con ello una mayor y más diversa posibilidad de escoger la "mejor oferta".

—0—

APELACION IMPROCEDENTE POR RAZON DE OPORTUNIDAD

Resolución de las 13 horas del 5 de setiembre de 1972

El licitante que habiendo podido apelar de la primera adjudicación no lo hizo, está inhibido para hacerlo respecto a la readjudicación.

Esta resolución expresó que se comprobó en las diligencias *sub-examine* que el impugnante tuvo la oportunidad de apelar contra la adjudicación y que al no hacerlo, renunció a tal derecho. Esta doctrina protege el principio de la economía procesal, ya que es insano admitir una "larga cadena de recursos" en esta materia, contra las readjudicaciones, cuando pudiéndose apelar contra las adjudicaciones, ello no se hizo.

Esta resolución de la Contraloría (*) reafirma el carácter formalista y preclusivo en el sentido de que si no se apela en la adjudicación, se pierde el derecho para apelar la readjudicación; y, al contrario, para impugnar una readjudicación es preciso haber apelado en la adjudicación correspondiente.

La idea de base es que quien pudo apelar en la primera vez, contra la adjudicación, y no lo hizo, pierde el derecho de impugnar las readjudicaciones posteriores, de acuerdo al principio citado de la preclusión. Con ello se trata, en lo posible en el contexto dado de hacer más largo, de lo que ya es, el procedimiento de la licitación pública; a la vez, que se castiga la negligencia del posible apelante al no interponer en tiempo su recurso contra la respectiva adjudicación. Asimismo, se aplica el criterio lógico de que si pensaba que tenía argumento para apelar contra la adjudicación y no lo llevó a efecto, deja perecer su derecho a la impugnación.

—0—

LA CONTRALORIA ANULA DE OFICIO LA ADJUDICACION

Resolución de las 13:30 horas del 14 de noviembre de 1972

Con todo y que el recurso de apelación contra la adjudicación es importante, debido a su falta de legitimación del actor, se procede a anular el acto de selección de contratista público, en virtud de que el mismo recayó sobre un objeto diferente al pedido en el pliego de bases y a la vez es ineficaz de acuerdo a su finalidad.

Esta adjudicación versó sobre un producto químico para el exterminio de ratas. El bien que se seleccionó tenía un principio activo, en su composición, que el cartel expresamente prohibió; a la vez, que la "sustancia propuesta para el exterminio de los mencionados roedores no tiene esa función específica", por el que la Contraloría procedió a anular, de oficio (ya que el impugnante carecía de interés legítimamente protegido para ser tal) la correspondiente escogencia por esos motivos.

Como se observa en este caso, si no se hubiere anulado la adjudicación, la Administración contaría con un producto que no le serviría para lo que quería: matar ratas. Lo cual, hubiere redun-

(*) Esta resolución aparece publicada en "La Revista de la Contraloría General de la República". N° 18, junio de 1974 (San José, Imprenta Lehmann. Págs. 59 y 60).

dado en perjuicio de la misma. Por este motivo, la Contraloría manifestó que "si no hubiere sido presentada la apelación de que conocemos, y el contrato se hubiere ejecutado en los términos del compromiso conforme a las especificaciones de la oferta adjudicada, en vez de un problema de demora o de mayor dificultad de control, la institución habría tenido que soportar consecuencias aún más graves en razón de la ineficacia del sistema propuesto". (*)

Este es un ejemplo claro de los casos en que la Contraloría anula de oficio una adjudicación ante un vicio que implica una nulidad de pleno derecho. En los demás, casos en los cuales no se da una nulidad absoluta, la Contraloría mantiene el criterio de que la nulidad relativa debe ser alegada por el apelante para que ella entre al estudio de tal vicio; de lo contrario, se abstiene de hacerlo. De ahí, la importancia que tiene, para el impugnante de un acto de selección de contratista público, el alegar todos aquellos aspectos que merezcan este tratamiento de impugnación. Es decir, "no dejar nada en el tintero", no sobreentender nada; todo hay que hacerlo explícito, mediante el respectivo alegato presentado en tiempo ante la Contraloría General de la República.

—0—

APELACION EN EL CASO DE "OFERTAS CONJUNTAS"

Para impugnar un acto de adjudicación en cuya licitación pública han participado "oferentes conjuntos" es preciso que la presentación de los recursos se haga de acuerdo a las firmas constitutivas de tales propuestas conjuntas.

Resolución de las 8 horas del 16 de noviembre de 1962. (**)

Esta resolución tiene dos aspectos que nos interesa resaltar:

- 1º) que cuando se actúa como representante de casas extranjeras no es necesario aportar con cada propuesta (plica u oferta) a una licitación pública poder alguno de representación que contenga los requisitos del artículos 226 y 232 del Código de Comercio. (***)

(*) Misma Revista, págs. 67 y 68.

(**) Ib., págs. 68 y 69.

(***) Artículo 226 Código Comercio. Las empresas individuales o compañías extranjeras a que se refiere el inciso d) del artículo 5º de este Código ("Artículo 5º: son comerciantes:... d) las sociedades extranjeras y las sucursales y agencias de éstas, que ejerzan actos de comercio en el país, sólo cuando actúen como



2º) La misma apelante califica su plica de "conjunta". Es decir aquella que constituye la proposición de varias firmas, ya sea que esa propuesta se haga por separado en cuanto a quién sea el que las presente (a los efectos de cumplir adecuadamente con el objeto licitado) o que sea una sola persona la que deposita las ofertas a nombre de las diversas casas respectivas. (*) El ejemplo que puede ilustrar este tipo de ofertas, se da cuando una municipalidad solicita la adquisición de un terreno para construir el edificio municipal y varios vecinos del cantón presentan "conjuntamente" varias plicas, con el objeto de que entre todos ellos se sume la cantidad de metros cuadrados que el ente municipal desea comprar.

En el caso *sub-estudio*, la recurrente, dijo, que su plica era "conjunta"; por ello, la Contraloría manifestó —en su resolución— que la calificación de "oferta conjunta" la hacía la impugnante y no ella; "lo cual trae por consecuencia que debió —la apelante— haber

distribuidores de los productos fabricados por su compañía en Costa Rica"), que tengan o quieran abrir sucursales en la República, quedan obligadas a constituir y mantener en el país un apoderado generalísimo para los negocios de la sucursal. En la escritura consignarán: a) el objeto de la sucursal y capital que se les asigne; b) el objeto, capital, el nombre completo de los personeros o administradores y duración de la empresa principal; c) manifestación expresa de que el representante y la sucursal en su caso, quedan sometidos a las leyes y tribunales de Costa Rica en cuanto a todos los actos o contratos que celebren o hayan de ejecutarse en el país y renunciando expresamente a las leyes de su domicilio; y, d) constancia que el otorgante del poder tiene personería bastante para hacerlo.

La personería social y la de los apoderados en los casos que requieran inscripción, quedarán completas si se presenta al Registro Mercantil el mandato junto con un certificado expedido por el respectivo Cónsul de Costa Rica, o a falta de éste, por el de una nación amiga, de estar la compañía constituida y autorizada conforme a las leyes de su domicilio principal, y una relación, otorgada como adicional, por el propio apoderado, aceptando el poder.

La declaración del capital de la compañía o empresa principal, no tiene más objeto que el de hacer conocer aquí su solvencia económica y no implica obligación de pagar especialmente derechos de Registro por tal concepto (así, reformado por ley N° 4625 del 30 de julio de 1970).

Artículo 232 del Código de Comercio: Cualquier empresa o sociedad extranjera puede otorgar poderes para ser representada en el país, llenando los requisitos que expresa el artículo 226 de este Código, con excepción del indicado en el inciso a); pero, si se tratare de poder especial para un solo acto o gestión, bastará cumplir el requisito del inciso c), y la diligencia consular.

Los poderes generales judiciales, implican sumisión a las leyes y tribunales costarricenses; en los poderes especiales de esta clase, pueden las compañías exceptuar expresamente esta sumisión para determinados casos o relaciones concretas.

(*) ROMERO PEREZ, Jorge Enrique. *La licitación pública en Costa Rica* (San José, Oficina de Publicaciones de la Universidad de Costa Rica. 1975. Págs. 256 y 257; y, 380, nota 164a: las "ofertas únicas" se pueden correlacionar con las "plicas conjuntas"...).

recurrido "conjuntamente" en nombre de las firmas que aparecen en aquella como oferentes, lo que no sucedió así, puesto que la apelación se hizo y presentó sólo por Tractomotriz S.A."; añadiendo, a lo anterior que "en segundo plano, no se aportó con el recurso documento alguno de poder en que se acredite representación de casa extranjera alguna, también en cuyo interés se actúe". Razón, por la que "al carecer la firma Tractomotriz S.A. de interés jurídico para resultar adjudicataria en la licitación bajo examen, procede declarar sin lugar el recurso interpuesto".

De toda suerte, lo que cabe señalarse es que cuando se está frente al caso de las plicas "conjuntas", el recurso debe ser presentado de modo igualmente "conjunto"; es decir, interpuesto por todos los oferentes que "conjuntamente" hicieron su propuesta a la Administración y no por uno solo, de forma unilateral.

3º) El *Considerando III*, de la resolución que comentamos, toca un aspecto diverso al que enunció el *Considerando II* (que se refirió a los dos puntos ya citados). Atañe a la afirmación de que "la fórmula 'a nombre propio y de nuestros representados...' resulta confusa e impropia". Es decir, no se puede ofrecer a *nombre propio* y a la vez a *nombre de nuestros representados*. O se propone una oferta a nombre propio; o, a nombre ajeno; pero, de ninguna forma se puede hacer una cosa junto (y simultáneamente) con la otra. Por ello son expresiones y fórmulas contradictorias y mutuamente excluyentes. Por este motivo, la *Contraloría* calificó, correctamente, esa fórmula como "impropia".

—0—

EL PODER PARA APELAR UNA ADJUDICACION DEBE TENERSE ANTES DE LA IMPUGNACION

Resolución de las 10 horas del 4 de octubre de 1972 (*)

El poder para impugnar (un acto de adjudicación ante la Contraloría) otorgado al recurrente en fecha posterior a la de sumisión de su recurso resulta ineficaz.

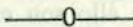
La Contraloría General de la República, estima que el poder para impugnar un acto de selección de una plica en una licitación pública, debe acompañarse con el escrito de apelación; o, en su defecto, ser presentado dentro del término que al efecto confiere este Despacho, aparte de que, en todo caso dicho poder debe ser exten-

(*) Revista cit., págs. 65 y 66.

dido u otorgado con anterioridad o dentro del término de la presentación del recurso administrativo jerárquico impropio. Por ello, se tiene en este caso, que la impugnante carece de "legitimatío ad procesum activa".

Esta resolución, se complementa, lógicamente, con otras dos —entre muchas otras— que sostienen que quien ofrece a *nombre propio* no requiere poder para recurrir ante la Contraloría el acto de marras (*Resolución* de las 15 horas y 30 minutos del 3 de enero de 1973) (*); ni tampoco, está obligado a contar con licencia de representante de casas extranjeras (*Resolución* de las 15 horas del 25 de enero de 1973). (**)

Lo anterior, tomando en consideración que quien propone una plica a *nombre ajeno* requiere *poder* para recurrir ante la Contraloría el acto indicado, ya que el representante de casas extranjeras es un mero colocador de órdenes de compra, necesitando *poder* para impugnar actos de adjudicación de licitaciones públicas, como es natural en el mundo del *ius*. A su vez, el que propone a *nombre propio*, se está haciendo responsable él —en su totalidad— ante la Administración, no siéndole exigido contar ni con tal *poder* ni con la mencionada *licencia*, como es de perogrullo.



SOLO EL ADJUDICATARIO TIENE LA OBLIGACION
DE ACREDITAR QUE ESTA A DERECHO EN EL PAGO
DE LOS IMPUESTOS DE LA RENTA Y TERRITORIAL

Resolución de las 14 horas del 1º de diciembre de 1972 (***)

No se considera obligación del proponente, acreditar que se está a derecho respecto al pago de los impuestos de renta y territorial. Tal obligación sólo alcanza a quien resulte adjudicatario.

El cartel no pidió que los oferentes, junto con sus respectivas ofertas, adjuntaran recibos de la Dirección General de la Tributación Directa relativos al pago de impuestos, ni requirió que se mostraran antes de la adjudicación. Así, las cosas, la Contraloría consideró que el requisito del cumplimiento en el pago de esos impuestos jugaba

(*) Revista citada, pág. 71.

(**) Id., pág. 73.

(***) Ib., págs. 67 y 68.

a los efectos de la *eficacia* del contrato administrativo público; y, no por supuesto, en lo referente a la validez y perfección del acto de adjudicación, que de por sí ya tenía esos requisitos, en el caso que se resolvió mediante la mencionada *Resolución*.

Ahora bien, en el supuesto de que el pliego de bases hubiere exigido que esos comprobantes de pago se adjuntaran a la correspondiente oferta o que mostraran antes de la selección de la plica respectiva, estimamos que eso es una cláusula invariable (*) (o cerrada) del cartel y debe, por ende, ser cumplida a cabalidad, so pena de ser excluido del concurso dado, en virtud del principio de que el pliego de estipulaciones es "ley entre las partes" y a él se deben ceñir las mismas.

IMPROCEDENTE OBJECION CONTRA CARTELES DEL I.C.E.

Por *Resolución* de las 9 horas del 4 de junio de 1975, la Contraloría General de la República, rechazó las diligencias de objeción (presentadas por la firma Motorizada S. A.) al pliego de bases de la licitación pública promovida por el Instituto Costarricense de Electricidad (I.C.E.) para la adquisición de vehículos.

La Contraloría afirmó que no cabía darle curso a esas diligencias y que las rechazaba debido a la redacción del art. 1 de la Ley N° 1874 del 27 de mayo de 1955, en el cual se dice que "en lo que a dicho Instituto atañe, *solamente existe recurso de responsabilidad en contra de los Gerentes y Directivos con motivo de lo que en materia de licitaciones sea resuelto*".

Tal es el criterio de la Contraloría. De acuerdo con el mismo, no caben diligencias de objeción al pliego de condiciones ni apelación al acto de adjudicación de una licitación pública gestada por el I.C.E.

No participamos del criterio expuesto en la citada *resolución*, ya que estimamos que la expresión: "...lo que en materia de licitaciones sea resuelto", puede ser aplicado (mediante interpretación ló-gico-jurídica) al acto de adjudicación del ente administrativo, que es el que decide un concurso público. Esta interpretación ha sido utilizada por la misma Contraloría, cuando (en numerosas *resoluciones*) ha sostenido que el sentido y el alcance de la expresión "de lo resuelto" que se observa en el art. 100, inciso h) de la Ley de Administración Financiera de la República (L.A.F.R.): "De lo resuelto por la Proveeduría Nacional puede apelar el interesado...", se refiere nada más al acto de adjudicación que realiza la Administración Pública, y no al acto que declara desierto un concurso público, el cual —estima esa Contraloría— no es impugnante ante ella. En relación con la misma institución (I.C.E.), el Tribunal Superior de lo Contencioso-administrativo (véase este ejemplo jurisprudencial en la *Parte VI*), le dio

(*) Apud ROMERO PEREZ, págs. 219 a 222.

curso a una apelación contra dicho acto de declaratoria de desierta una licitación pública.

De tal suerte que, de conformidad con el criterio del ente contralor, el signo escrito "lo resuelto", se circunscribe al indicado acto selectivo de una oferta por parte de la Administración. Ese es el significado que esta institución le ha dado.

Extender ese significado al cartel para que éste no pueda, tampoco, ser objetado por el administrado, no nos parece concordante con el principio del Derecho Administrativo de la *habilitación* o principio de legalidad. Hay que recordar, que históricamente, esta rama del Derecho nace como una defensa de los administrados contra los excesos y desviaciones del Poder Público. Así, nos parece inconveniente para los intereses de los administrados (que en la teoría democrático-liberal, son los titulares del Poder; y, los funcionarios y empleados públicos meros administradores "responsables por su gestión ante el pueblo soberano") convertir en inimpugnable el pliego de condiciones de una licitación pública promovida por el I.C.E., ya que de este modo, los administrados quedan indefensos ante ellos (pues, presentar las objeciones ante el I.C.E. llevan la presunción de ser rechazadas).

Por ello, desde el punto de vista jurídico y de las exigencias del Derecho Administrativo, nos parece inadecuado que también los carteles de esa entidad sean inobjectables ante la Contraloría.

PARTE IV

CASO ESPECIAL DE IMPUGNACIONES A LOS ACTOS DE ADJUDICACION EN DONDE LA INSTITUCION INTERESADA ES LA CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA.

Como es sabido las contrataciones administrativas que la Contraloría General de la República realiza se tramitan por medio de la Proveduría Nacional, dependencia del Ministerio de Hacienda; es decir, y para resaltar la circunstancia: dicha Contraloría, por disposición constitucional (art. 183), es una dependencia auxiliar de la Asamblea Legislativa, aunque tiene independencia funcional y administrativa en el ejercicio de sus labores; por otro lado, quien ejecuta el presupuesto de esa institución es el Poder Ejecutivo y a través de éste efectúa sus negociaciones administrativas. En fin, se trata del punto cuestionado y discutido. Recordemos en este aspecto el ensayo que escribió Mauro MURILLO "Es la Contraloría General de la República una institución autónoma?" (*)

Antes de citar parte del argumento de ese autor, transcribamos lo que el *supracitado* numeral de la Carta Magna afirma:

"La Contraloría General de la República es una institución auxiliar de la Asamblea Legislativa en la vigilancia de la Hacienda Pública; pero tiene *absoluta independencia funcional y administrativa* en el desempeño de sus labores".

Hemos subrayado adrede la expresión "absoluta independencia funcional y administrativa en el desempeño de sus labores", con el fin de llamar la atención acerca de lo curioso de la redacción, ya que por un lado, ese numeral constitucional afirma que el ente fiscalizador de la Hacienda Pública "es una institución auxiliar de la Asamblea Legislativa" y por otro lado sostiene lo subrayado. Amén de que el nombramiento del Contralor y del Sub-Contralor lo hace el órgano político denominado Poder Legislativo. Este condicionante político en cuanto al nombramiento de esos dos jefes, de por sí, es importante en el análisis de la estructura y funcionamiento de la Administración Pública. Así, por lo referente a la fase del nombramiento en cuestión, la dependencia con respecto al órgano legislativo es innegable. Pero, a eso se le añade el punto atinente —ya mencionado— de la ejecución del presupuesto del ente contralor por el Poder Ejecutivo; y, la tramitación de la contratación administrativa del ente fiscalizador del erario público, por medio del Ministerio de

(*) (San José: 1967. Mimeografiado). En este año, el autor de este artículo era funcionario de la Contraloría.

Hacienda (o sea, su unidad especializada: la Proveeduría Nacional). Aquí observamos la dependencia de la Contraloría con relación al Poder Ejecutivo. Como es obvio se da una doble dependencia del ente Contralor: en relación a los Poderes Legislativo y Ejecutivo. Entonces, cabría hablar de "absoluta independencia funcional y administrativa", como lo hace la Constitución Política? Creemos que la independencia (como casi todas) es de carácter relativo.

Para MURILLO la Contraloría es un ente: *autónomo* porque tiene absoluta independencia funcional; y, *originario*, debido a que fue creado por la Constitución Política [op. cit. Pág. 44].

En otro artículo redactado por el mismo jurista ("*Conveniencia de la autonomía de la Contraloría*") (*), expresa que la Contraloría está supeditada, en el aspecto económico, *totalmente* (el subrayado es nuestro) al Poder Ejecutivo (*id.*, pág. 7). Precizando que en la actualidad, la Asamblea Legislativa aprueba (en definitiva) la parte del Presupuesto Nacional correspondiente a la Contraloría, nombra Contralor y Sub-Contralor y puede removerlos. (*ib.*, pág. 8).

Pero, no sólo se trata de la dificultad que existe en definir cuál es la naturaleza jurídica del ente contralor, sus límites y sus alcances; se trata asimismo, de ubicar adecuadamente la Contraloría dentro de la organización y funcionamiento de la Administración Pública integral. Anté este panorama, de no saberse, "a ciencia cierta" cuál es la naturaleza legal del ente fiscalizador de la Hacienda Pública, es que se comprende lo que MURILLO señala:

"Además, no concebimos una entidad contralora en la plenitud de sus facultades que debe tener, sin contar con personalidad jurídica. En efecto, una institución de tal índole necesita poder establecer demandas judiciales de diversa índole, y responder a las que le establezcan; necesita contar con la capacidad suficiente para contraer obligaciones y adquirir derechos al ejecutar su propio presupuesto" (*ib.*, pág. 8).

Cabalmente, nada de eso puede realizar la Contraloría, a pesar de que la Carta Fundamental indique que el organismo señalado tiene "absoluta independencia funcional y administrativa en el desempeño de sus labores". Así, pues, esta disposición constitucional es del corte de las que afirman que todos somos iguales ante la ley y otros mitos jurídicos más, que propenden a tender un velo ideológico sobre la realidad socio-económica del país, que lo niega.

Bueno, una vez planteado el punto expuesto de una manera breve, analicemos otro aspecto, de suyo igualmente interesante. Nos referimos a la situación que se da cuando una licitación pública promovida por la Proveeduría Nacional, pero cuyo objeto está destinado al uso por la Contraloría (quien es la entidad directamente interesada en dicho concurso) es impugnada por un apelante legitimado para ello. En este caso, la Contraloría sería juez y parte, ya que ella es la inte-

resada en la citada licitación (y quien recomendó la respectiva adjudicación) y a la vez también es la que resuelve las impugnaciones a los actos de selección de contratista público.

En la práctica se han dado dos casos.

Caso primero.

Resolución de las siete horas y cuarenta y cinco minutos del día veintiuno de junio de mil novecientos setenta y dos.

La Contraloría por Resolución de las 14 horas del 31 de mayo de 1972, adjudicó el contrato de 'servicios profesionales en administración de personal', promovido a través del concurso de antecedentes anunciado en *La Gaceta* del 8 de marzo de 1972, a favor de la firma Planes, Asesoría y Adiestramiento S.A.

Esta adjudicación fue impugnada por la firma Promoción y Desarrollo S.A.

Lo que el recurrente alegó fue que dos funcionarios de la firma seleccionada estaban inhabilitados de hecho y de derecho para realizar las tareas a que obliga el contrato en razón de ser funcionarios a tiempo completo de una institución del Estado; y, que los citados funcionarios están cubiertos por las prohibiciones e impedimentos que consigna el artículo 102 de la Ley de Administración Financiera de la República, por cuanto esta disposición prohíbe a los empleados y funcionarios de las instituciones autónomas y semiautónomas la celebración de contratos administrativos con el ente al cual sirven, con la salvedad —lógicamente— del respectivo contrato de trabajo.

Cabe aquí indicar que el concurso de antecedentes carece de recurso administrativo de apelación ante la Contraloría (conforme se verá en la Parte V). Ello implica, entre otras cosas, que sí tiene el recurso administrativo de revocatoria o de reposición, lo cual vino a confirmar la misma Contraloría al dar curso el citado recurso de revocatoria interpuesto ante ella misma por la empresa Promoción y Desarrollo S.A.

La admisión del indicado recurso por la Contraloría significa aspectos de la cuestión relevantes:

1º) Que los concursos de antecedentes promovidos por el ente fiscalizador tienen recurso de revocatoria ante ella. Esto implica que este ente es juez y parte, ya que promueve el concurso y a la vez resuelve dichos recursos. Ahora bien, esta circunstancia es propia de los recursos de revocatoria, pues, éstos se interponen ante el órgano que dictó el acto administrativo correspondiente. La matización sobresaliente que tiene esta situación es que se trata precisamente del ente fiscalizador de la Hacienda Pública.

2º) Se trata del primer caso práctico en que un concurso gestado por la Contraloría se impugna por medio del mencionado recurso.

(*) Publicado en la Revista de la Contraloría General de la República, N° 3, 1967.

3º) Quedó establecido 'jurisprudencialmente' que los concursos de antecedentes, si bien no tienen recurso de apelación ante el superior jerárquico impropio (la Contraloría), sí tienen recurso de revocatoria, aunque se trate de la misma Contraloría, como es obvio.

La Resolución de la entidad fiscalizadora sostuvo que en cuanto a la incompatibilidad del cargo que determinados funcionarios de la firma adjudicataria sirven en una institución del Estado con las obligaciones inherentes al contrato adjudicado, que señala la recurrente, cabe manifestar que es un problema que los adjudicatarios tendrán que resolver oportunamente para cumplir debidamente con sus obligaciones, bien sea renunciando a su cargo remunerado en institución estatal, bien sea obteniendo licencia o vacaciones, o mediante cualquier otra solución ajustada a la ley y al interés de la Contraloría General, bajo pena de incurrir en las responsabilidades consiguientes; de donde que no es lógico establecer apriorísticamente un incumplimiento basado en simples conjeturas o posibilidades de que así ocurra; siendo en consecuencia de rechazo tal argumentación del recurso, al tenor de la redacción del Considerando I de la referida Resolución.

El Considerando II de la indicada Resolución, afirmó que en lo relativo al argumento que se hizo versar sobre el artículo 102 de la L.A.F.A. (Ley de Administración Financiera de la República), la situación de los adjudicatarios no encuadra en la prohibición que el mismo encierra por cuanto no prestan servicios en la Contraloría General como funcionarios regulares de la misma, ni se trata en la especie de un contrato que celebre la institución en la cual prestan sus servicios como asalariados, ni tampoco, se ha argüido ni advertido que concurren las situaciones de parentesco que esa disposición señala, únicos supuestos en los que su participación sería lícita en virtud del texto del mencionado artículo.

Caso segundo.

Este segundo caso práctico se refiere a la apelación interpuesta por la firma Motorizada S.A. contra la adjudicación de la licitación pública N° 5418, promovida por la Proveduría Nacional para la compra de vehículos, y recaída en favor de Purdy Motor S.A.

Tales vehículos estaban destinados a ser usados por la Contraloría, siendo ésta la entidad pública directamente interesada.

Aquí también, se da un interés palpable de la Contraloría en la adquisición de los citados vehículos, ya que los mismos están destinados a servir en ella. Siendo la misma, la entidad que recomendó la adjudicación a la Proveduría Nacional.

La Contraloría le dio curso a esta apelación, con lo cual manifestó tener competencia para conocer de esta clase de recursos, en los cuales es parte directamente interesada. Así, por medio del auto de las 14 horas del 5 de mayo de 1975, cursó audiencia a la Proveduría Nacional y a la firma adjudicataria para que respondieran a los argumentos dados por la recurrente.

Así, los dos vehículos tipo rural fueron impugnados y la Contraloría se mostró competente para resolver dicha apelación. Así, por Resolución de las 14 horas del 16 de mayo de 1975, el ente contralor confirmó el acto de adjudicación efectuado por la Proveduría Nacional en favor de la firma Purdy Motor S.A., debido a un incumplimiento de una cláusula técnica del cartel por parte del recurrente (Cons. III). En este caso, ni la Proveduría Nacional ni Purdy Motor S.A. contestaron la audiencia que se les cursó mediante el auto citado.

Nuestro punto de vista en estos casos de recursos de apelación interpuestos ante la Contraloría, en ocasión de adjudicaciones de licitaciones públicas, en las que ella tiene interés directo, no es lógico que la mencionada entidad conozca y resuelva esos recursos, ya que es juez y parte a la vez. La resolución de esos recursos debería quedar en manos del tribunal contencioso-administrativo, y de acuerdo a un procedimiento sumario. Claro es que en estos ejemplos, si se da una apelación (para agotar la vía administrativa) y la conoce (por esas circunstancias apuntadas) ese tribunal; caso de que —a su vez— se impugne la respectiva resolución dada por este tribunal, se debe recomendar que la correspondiente apelación (en vía jurisdiccional) se presente ante el otro juzgado contencioso-administrativo, con la finalidad de que el juez que conozca el recurso en esta última vía sea distinto del que agotó la vía administrativa.

En fin de cuentas, de lo que se trata es de ponerle atención a la situación con que se da cuando este segundo caso se da en la práctica. El problema está en darle una solución idónea.

A lo anterior se le podría agregar que existe la obligación por parte de la Proveduría Nacional de oír el criterio o la recomendación de la institución interesada en la adjudicación, antes de adjudicar. Pero, esta recomendación se queda ahí: es una mera recomendación. Claro está, que en la mayoría de las veces el Proveedor Nacional sigue la recomendación de la entidad interesada en la licitación pública; pero, bien puede, apartarse de esa recomendación si le parece que es lo correcto. Así las cosas, en el caso que estudiamos, bien hubiere podido la Proveduría Nacional hacer a un lado la recomendación de la Contraloría y haber adjudicado los jeeps, no de Purdy Motor S.A., sino los de la competencia. Por supuesto, que en estos ejemplos, la Proveduría citada debe justificar o razonar su selección ante el ente interesado y demostrarle que no es por capricho que se apartó de la recomendación de éste.

De acuerdo con la información que nos dan las Memorias del Ministerio de Hacienda de 1972 y 1973, la Contraloría realizó 3 y 7 licitaciones públicas —respectivamente— por las sumas (en colones) correspondientes de 86.274.50 y 609.429.75. Nuestro criterio es favorable a la posibilidad que debe tener el administrado de impugnar esas adjudicaciones de los indicados concursos públicos; y, que tales recursos sería conveniente que se pudieran efectuar ante el tribunal contencioso-administrativo, con el fin de agotar la vía administrativa. No hay duda de que estaríamos frente a una situación curiosa, pues se agotaría dicha vía en un tribunal jurisdiccional y no ante un ór-

gano administrativo. Ello encuentra su explicación en la circunstancia de que no parece aceptable que la Contraloría sea juez y parte (en un recurso de apelación) cuando se esté frente a una adjudicación, atada, por el respectivo interesado, de una licitación pública de directo interés para el ente contratador, que es la entidad que resuelve (como jerarca impropio) las impugnaciones a las mencionadas adjudicaciones.

Así expuesta esta circunstancia, ineludiblemente este aspecto debe ser contemplado en la futura ley de contratos del Estado que se ventile en la Asamblea Legislativa; pues, pensar que lo procedente es hacer reformas —tipo “parche”— a la Ley de Administración Financiera de la República (L.A.F.R.), es inconducente en la medida en que se tienen datos e información general y específica de la urgente necesidad de contar con un cuerpo sistemático y articulado de normas referentes a la contratación pública administrativa; y, no, en seguir creyendo que en una ley (como la L.A.F.R.) que regula estructuras concretas del aparato estatal (Tesorería Nacional, la Oficina del Presupuesto, la Contabilidad Nacional y la Proveeduría Nacional), es una normativa en la cual tienen cabida —lógica y funcional— disposiciones legales atinentes a la indicada negociación pública. Por ello estimamos, que lo procedente es tomar los diversos proyectos de ley que se encuentran en la Asamblea Legislativa y formar un solo cuerpo legal (ley de contratos del Estado) con su obligado y respectivo reglamento.

PARTE V

UNA MODALIDAD ESPECIFICA DE LA CONTRATACION PUBLICA ADMINISTRATIVA: EL CONCURSO DE ANTECEDENTES

Una *circular* es la que regula este concurso. Apareció publicada en *La Gaceta* N° 137 del 18 de julio de 1969.

Tal *Circular* expresa que de conformidad con el artículo 49 de la L.A.F.R., la contratación de servicios de *otras personas que no pertenezcan a la Administración Pública, requiere* la aprobación *previa* (*) y por *escrito* de la Contraloría General de la República.

Para tal efecto y con el fin de que el Estado seleccione las mejores y más capacitadas personas cuando requiera *contratar servicios profesionales*, la Contraloría exigirá que se cumplan los requisitos y procedimientos siguientes.

1º) *En lo referente a contratos sujetos al concurso.*

Se deben perfeccionar, a través de un concurso de antecedentes, los convenios de la Administración Pública para la contratación de servicios profesionales *no* laborales de carácter extraordinario, y aquellos en que, por su naturaleza el factor precio no constituye un elemento primario para la selección de la oferta más idónea. Quedando exceptuados los contratos para la prestación de servicios médicos, de notariado, y de dirección jurídica profesional en procedimientos administrativos o jurisdiccionales. Añadiéndose que la contratación cuya estimación económica no exceda de ₡ 5.000.00 (cinco mil colones) se tramitarán de acuerdo a las disposiciones internas de la Administración Pública.

2º) *En lo concerniente al procedimiento.*

El procedimiento del concurso se iniciará con la *publicación en el Diario Oficial (La Gaceta)* de un *aviso o cartel*, en el que se instará (*invitará*) a: i) a formular ofertas, plicas o propuestas; a la vez que: ii) se asentarán las bases del concurso. Se trata pues, de un cartel, pliego de condiciones, instructivo o pliego de bases. Este pedirá indicar el precio del servicio (condición abierta o variable),

(*) Técnicamente, "aprobación previa" debe leerse como "autorización", ya que ésta resulta del control ex-ante; y, "aprobación", del control ex-post, como es sabido.

salvo cuando éste estuviere fijado taxativamente —no, en el sentido de 'máximum' o 'mínimum'— en aranceles legales obligatorios. Esto en cuanto a la *primera etapa* del procedimiento.

La *segunda fase* del procedimiento, se refiere a la recepción o recibo de las plicas u ofertas, que se clausura o cierra en la fecha fijada en el aviso de concurso, publicado en *La Gaceta*.

La *tercera etapa*, se inicia cuando las ofertas se abren, procediéndose a su estudio y clasificación, o la finalidad de escoger la mejor plica. La resolución por la cual realicen la adjudicación, debe ser debidamente razonada.

La *cuarta fase* es la de publicación en *La Gaceta* del aviso de adjudicación del concurso.

La *quinta etapa* es la formalización en escritura pública o privada de la adjudicación citada.

El *sexto paso* es el envío de la escritura indicada para su *refrendo* (*) a la Contraloría General. Si esta institución otorga el refrendo, el contrato respectivo es eficaz.

3º) En lo atinente al refrendo del contrato.

El refrendo se da, por parte de la Contraloría, cuando se satisfagan estos requisitos:

- i) que el convenio sea procedente de conformidad con las leyes vigentes;
- ii) que la Administración cuente con partida presupuestaria disponible para realizar el egreso;
- iii) que en el concurso se haya seguido el procedimiento señalado en esta Circular.
- iv) que hayan transcurrido tres días hábiles después de la publicación del aviso de adjudicación, término durante el cual podrán los interesados hacer, ante la Contraloría General de la República, *observaciones* tendientes a la improbación del convenio; y,
- v) que se hayan cumplido las formalidades a que se refiere nuestra Circular del 10 de enero de 1969, publicada en *La Gaceta* del 6 del mismo mes y año, además que se haya acompañado el expediente del concurso.

Esta *Circular* de 1969 manda que toda la Administración Pública debe cumplir con los siguientes requisitos formales para gestio-

nar el refrendo de contratos a que hace referencia el artículo cuarto, inciso g), párrafo segundo, de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República;

- 1) será formulada por la Administración contratante. En el caso de que las dos partes fueren entidades estatales, cualquiera de ellas podrá presentarla.
- 2) El contrato administrativo deberá cumplir con todas las formalidades legales, incluyendo impuestos de papel sellado y timbre. En el caso de que el ente estatal estuviere exento del pago de especies fiscales, deberá citarse la ley que otorga la exención. En el supuesto de que se hubiere extendido escritura pública deberá remitirse el respectivo testimonio.
- 3) Se debe remitir copia, debidamente firmada, del contrato para los archivos de la Contraloría General.
- 4) Se debe indicar la estimación que se da a cada uno de los compromisos que la Administración adquiere en el contrato y señalar las partidas presupuestarias con cargo a las cuales se harán los egresos.
- 5) Se debe indicar cuál fue el procedimiento seguido para la perfección del contrato: licitación pública o concurso privado, contratación directa u otro mecanismo de selección de contratista. En el caso de los dos primeros (concurso público o licitación privada), deberá señalarse el número de la licitación y remitirse copia de la oferta correspondiente, en el supuesto de que la misma no hubiere sido ya dirigida a la citada Contraloría. Si se está en el caso de la contratación directa se debe indicar el número y la fecha del Oficio de la Contraloría por el cual se autorizó.

De acuerdo con lo relativo al refrendo del contrato, nos interesa comentar brevemente, el punto iv) del mismo. Nos referimos a las *diligencias de observaciones* que pueden hacer los *interesados* (o, partícipes u oferentes del concurso dado) dentro del plazo de tres días hábiles posteriores a aquel en el cual salió publicado el aviso respectivo de adjudicación en el Diario Oficial. No se trata de un recurso de apelación, sino de diligencias, cuyo objeto son observaciones, presentadas —en ese tiempo— ante la Contraloría, con la finalidad de hacerle ver al ante fiscalizador que se han dado irregularidades en el procedimiento y/o adjudicación del correspondiente concurso de antecedentes, y que de este modo (una vez comprobadas por dicho ente contralor) no se conceda el refrendo solicitado por la Administración. Teniéndose, por tanto, como ineficaz, no pudiendo surtir efecto alguno, aunque sea un contrato perfecto y válido.

En otras palabras, el concurso de antecedentes no tiene recurso de apelación ante la Contraloría. Por supuesto, que sí tiene recurso de revocatoria, que debe entenderse (en vista de no existir normativa para este contrato) que en la vida práctica litigiosa, lo que puede hacer el interesado u oferente, es interponer ante la Admi-

(*) MURILLO, Mauro. *Refrendo de contratos*. (San José: Revista de la Contraloría General de la República. N° 4. 1968. Págs. 23 a 30) Este autor señala que 'refrendar' ha sido entendido, en la práctica, como sinónimo de 'aprobar', y creemos que es la acepción que debe admitirse. A falta de un significado claro y preciso del término, debe estimarse que comprende la posibilidad de revisar cuando menos la legalidad del contrato, cuya eficacia queda supeditada a que la revisión resulte favorable. (*Id.*, pág. 23).

nistración el recurso de revocatoria; y, ante la Contraloría hacer ver las *observaciones* respectivas y en mención con los fines respectivos. Todo lo cual debe hacer dentro de ese lapso de tiempo de tres días hábiles posteriores a aquel en que se publicó el aviso de adjudicación del caso. De este modo, tal oferente tendería no sólo a convertir en ineficaz el convenio (por medio de la *gestión de observaciones* ante la Contraloría), sino que además, orientaría su recurso de reposición hacia la obtención de la Administración, de un acto que revoque la adjudicación efectuada.

Ahora bien, pueden darse estas situaciones.

a) El recurso de reposición interpuesto por el oferente no-seleccionado, prospera; consiguientemente, la Administración revoca el acto de adjudicación que había llevado a efecto. En este ejemplo, caben dos posibilidades: 1ª) que la Administración declare desierto el concurso; pudiendo abrir uno nuevo o renunciar a realizar concurso alguno; 2ª) decide readjudicar el concurso. En este ejemplo, la readjudicación puede incidir sobre el oferente impugnante exitoso o sobre otro competidor.

b) El recurso de reposición o de revocatoria (*) resulta desechado por la Administración. En ese supuesto, el contrato se mantiene válido y perfecto.

c) Queda así, sólo la *gestión de observaciones* ante la Contraloría General.

Estas gestiones no son un recurso en sentido propio, aunque actúan como tal, en cuanto están dirigidas a dar por ineficaz el correspondiente contrato. En nuestro criterio, de acuerdo con la naturaleza y alcance de las observaciones realizadas por el interesado u oferente sujeto a derecho, se puede obtener como resultado de la interposición de dichas observaciones hasta la nulidad de pleno derecho del convenio puesto en cuestión, ya que si las observaciones demuestran que la Administración adjudicó arbitrariamente, el contrato devendría no sólo en ineficaz, sino también en inválido e imperfecto de modo absoluto; es decir, estaríamos de cara a un convenio absolutamente nulo; ya que se probó (de conformidad con el ejemplo que planteamos) que los vicios son graves y merecedores de convertir en nulo de pleno derecho tal negociación.

Así, pues, no debe pensarse que siempre los efectos de las observaciones presentadas ante la Contraloría podrían llegar hasta lograr

la ineficacia del contrato dado. Esto se lograría *prima facie*, ante observaciones que impliquen gravedad no merecedora de una nulidad plena del convenio, ya que sí se comprueban vicios graves, éstos significan *ipso jure* la nulidad plena de la contrata.

Por otra parte, insistimos en que —dentro de las modificaciones imprescindibles e insoslayables de la normativa de la contratación pública administrativa —este concurso de antecedentes debe ser incorporado a la posible y urgente ley general de contratos del Estado, ya que una Circular no es el instrumento legal adecuado para regular esta clase de contratos.

(*) Este recurso de revocatoria, como es sabido, es el recurso administrativo cuya decisión corresponde al mismo órgano de que proviene el acto objeto de impugnación (Jesús GONZALEZ PEREZ, en "El procedimiento administrativo", Madrid: Publicaciones Abella, 1964, pág. 830). Este mismo jurista nos informa que este recurso ha recibido diversos nombres, así, por ejemplo: recurso de oposición, de revocación, de reconsideración, de reposición, de revocatoria, etc. (en su obra "Los recursos administrativos", Madrid: INBOE—Imprenta Nacional del Boletín Oficial del Estado, 2da. ed. 1969, pág. 167, nota 2).

Durante el año de 1973, se presentó un recurso ante el Tribunal Superior Contencioso-Administrativo, cuyas partes en el litigio eran el *Instituto Costarricense de Electricidad* (I.C.E.) y la firma privada *Astrodata S.A.*, de acuerdo con el expediente N° 56 de tal año. (*)

Frente a la pregunta de si los actos de la Administración que declaran desierto un concurso público tienen apelación ante ese tribunal, dos jueces superiores se pronunciaron tácitamente de modo afirmativo (al darle curso a la impugnación) (Licds. Oscar Francisco González y Jorge Castro Bolaños); mientras, que el criterio negativo, lo sostuvo el Lic. Antonio Biolley Riotti. (**)

El juez superior Biolley dijo que los actos que declaran desierta la adjudicación de una licitación pública, carecen de apelación jurisdiccional. Siendo procedente plantear un recurso de apelación ante esa vía sólo contra los actos, propiamente, de adjudicación, al tenor del artículo 89 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Añadiendo, en su voto salvado, que si el acto que declara desierto el concurso público es arbitrario, el particular puede reclamar jurisdiccionalmente en procura de una indemnización justa, equitativa y acorde con los beneficios que pudo obtener o derivar del fallido concurso; pero, tiene que tener elementos evidentes de razón, justicia y oportunidad que pongan al descubierto la total inconveniencia del acto de declaratoria de desierta la licitación pública promovida, en su oportunidad, por la Administración Pública.

Tal fue el criterio obtenido, en ocasión de la licitación pública, gestionada por el I.C.E., N° 2168 de 1973, que fue declarada desierta.

(*) Por Resolución 1031 de las 10 horas y diez minutos del 7 de agosto de 1974 se plasmó el criterio del Tribunal Superior Contencioso-Administrativo. Esencialmente, lo que esta Resolución afirmó fue que el acto del I.C.E. declarando desierto el concurso público N° 2168 de 1973 demostró ser una actuación razonable y responsable con miras al beneficio de la institución; y, que por tal motivo, ese Tribunal, estimaba que ese acto administrativo estaba bien tomado, al tenor de la redacción del *Considerando* III, que versó sobre el fondo de la cuestión discutida en el juicio.

(**) Este juez superior salvó su voto, razonándolo debidamente, en las Resoluciones N° 353 de las 14 horas del 23 de abril de 1973 y la N° 528 de las 16 horas con 45 minutos del 6 de agosto del mismo año.

En este caso del I.C.E., se da la circunstancia de que esta institución está fuera de la Ley de Administración Financiera de la República (L.A.F.R.), en lo atinente a la materia de recursos, ya que sus actos de adjudicación de licitaciones públicas no tienen apelación ante la Contraloría General de la República. Por este motivo, probablemente, la empresa Astrodata S.A. agotó la vía administrativa ante el I.C.E. (por medio del recurso de revocatoria) y posteriormente se fue a la vía jurisdiccional respectiva impugnando la declaratoria de desierto en mención.

Lo relevante aquí consiste en que la Contraloría General de la República ha venido interpretando la redacción del artículo 100, inciso h): "*De lo resuelto por la Proveeduría Nacional puede apelar el interesado...*", en el sentido de que sólo actos de adjudicación son apelables ante ella y de ninguna manera aquellos que declaran desierto la respectiva licitación pública. (*)

De este modo, la Contraloría no acepta recursos presentados ante ella, orientados a impugnar actos de declaratoria de desierto una licitación pública.

Así, pues, por un lado la Contraloría rechaza tales recursos; y, por otro, en vía jurisdiccional, son aceptados, de acuerdo a esta situación planteada.

Nuestro criterio es que los actos cuestionados no generan derechos subjetivos, sino tan solo un interés legítimamente protegido en lo referente a que toda la actuación propia del concurso público se subordine al Derecho. Claro está (y esto es un problema de prueba) que aquellos actos que hagan la declaratoria citada en condiciones de arbitrariedad demostrable deben ser apelables tanto ante la Contraloría como ante la vía jurisdiccional, por cuanto la acción administrativa debe estar sujeta al Derecho, a la lógica y a las reglas de una sana gestión administrativa. De no pensarse así, se caería —fácilmente— en la salida fácil de permitir que la puerta de declarar desierto el concurso público pueda ser usada en circunstancias injustificadas, irracionales, dolosas, ilegales, arbitrarias, irregulares, etc., perjudicando las finanzas públicas y los recursos de toda índole utilizados para poner en marcha una licitación pública (recordemos que a veces un concurso público dura entre 10 y 12 meses, con todo lo que implica en cuanto a gasto de recursos, integralmente considerados).

Por estas razones es que se debe exigir a la Administración Pública que justifique adecuadamente sus actos de declaratoria de desierto una licitación pública. De esta forma, sabiendo que tales actos pueden ser impugnables ante la Contraloría y en vía jurisdiccional, la

(*) Apud Romero Pérez, págs. 330 a 337.

Administración se cuidaría más al momento de incurrir en esa declaratoria; y, si la hace, piensa muy bien los motivos que dará para llevarla a efecto. Por estos argumentos, estimamos que estos actos deben ser apelables ante la entidad fiscalizadora de la Hacienda Pública, no con el fin de que la Contraloría obligue a la Administración a adjudicar (pues, obviamente, carece de competencia para ello) sino a que sus actos "de desierto un concurso" sea legales, lógicos y en función de una sana gestión pública. Se trata, pues, de un control, por parte del ente contralor —a instancias de un *interesado* legitimado para este efecto— en lo relativo a la regularidad, certeza, justeza y juridicidad de los debatidos actos.

Hace falta una normativa que venga a ponerle claridad a esta cuestión; por el momento, por este medio doctrinal, auspiciamos la tesis de que los indicados actos sean impugnables en las vías mencionadas en bien del Estado de Derecho y de los superiores intereses de la comunidad en punto a contar con una Hacienda Pública lo menos insana que se pueda dentro de lo esperable y posible.

Este Reglamento fue publicado en el Boletín N° 1031 a la Orden N° 204 del Poder Judicial el 15 de mayo de 1974, en las páginas 2827 y 2828.

PARTE VII

COMENTARIO AL REGLAMENTO PARA LA CREACION DEL DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO FINANCIERO DE LA DIRECCION GENERAL DE AVIACION CIVIL

- 1. El presente Reglamento tiene por objeto la creación del Departamento Administrativo Financiero de la Dirección General de Aviación Civil.
- 2. Este Departamento Administrativo Financiero tendrá a su cargo la gestión económica y financiera de la Dirección General de Aviación Civil y de sus dependencias.
- 3. El Departamento Administrativo Financiero será dependiente de la Dirección General de Aviación Civil y tendrá a su cargo la gestión económica y financiera de la Dirección General de Aviación Civil y de sus dependencias.
- 4. El Departamento Administrativo Financiero será dependiente de la Dirección General de Aviación Civil y tendrá a su cargo la gestión económica y financiera de la Dirección General de Aviación Civil y de sus dependencias.
- 5. El Departamento Administrativo Financiero será dependiente de la Dirección General de Aviación Civil y tendrá a su cargo la gestión económica y financiera de la Dirección General de Aviación Civil y de sus dependencias.
- 6. El Departamento Administrativo Financiero será dependiente de la Dirección General de Aviación Civil y tendrá a su cargo la gestión económica y financiera de la Dirección General de Aviación Civil y de sus dependencias.
- 7. El Departamento Administrativo Financiero será dependiente de la Dirección General de Aviación Civil y tendrá a su cargo la gestión económica y financiera de la Dirección General de Aviación Civil y de sus dependencias.
- 8. El Departamento Administrativo Financiero será dependiente de la Dirección General de Aviación Civil y tendrá a su cargo la gestión económica y financiera de la Dirección General de Aviación Civil y de sus dependencias.
- 9. El Departamento Administrativo Financiero será dependiente de la Dirección General de Aviación Civil y tendrá a su cargo la gestión económica y financiera de la Dirección General de Aviación Civil y de sus dependencias.
- 10. El Departamento Administrativo Financiero será dependiente de la Dirección General de Aviación Civil y tendrá a su cargo la gestión económica y financiera de la Dirección General de Aviación Civil y de sus dependencias.

Este Reglamento fue publicado en el Alcance N° 193 a *La Gaceta* N° 204 del sábado 26 de octubre de 1974, en las páginas 5461 a 5464.

Su artículo tercero manda que se otorga al citado Departamento las facultades de:

- percibir
- programar
- presupuestar
- controlar
- supervisar
- girar
- distribuir, y
- asignar los ingresos producto de:

a) depósito o cobro de las tarifas, cánones, rentas o derechos provenientes de:

- 1º) Valor de servicios o facilidades aeroportuarias prestados directamente por autoridades de aviación civil y sus representantes; y,
- 2º) los que se prestan por medio de terceros a través de *concesiones* o *contratos de cualquier naturaleza jurídica*, sea los que se originen en actos o negocios jurídicos suscritos entre particulares y el Consejo Técnico de Aviación Civil para el aprovechamiento de áreas de terreno, edificaciones y cualquier espacio disponible, así como de facilidades y derechos otorgados con o sin intervención de las otras dependencias del Poder Ejecutivo, que de conformidad con lo dispuesto por el artículo 161 de la Ley General de Aviación Civil tenga derecho a ser percibidas por el Consejo.

b) Impuestos que se llegaren a crear en beneficio de la Dirección o del Consejo.

A su vez, el Capítulo V de este Reglamento, titulado: "De la adquisición de bienes muebles y gastos autorizados", señala, en su

artículo 13, que corresponde al Departamento conforme a los presupuestos por programas aprobados por el Consejo Técnico de Aviación Civil y siempre que exceda a lo estipulado en el artículo 16, gestionar ante éste la adquisición de servicios y todo tipo de bienes muebles e inmuebles necesarios para el normal desempeño de las dependencias de la Dirección General. Para ello el Departamento indicará al Consejo con intervención de la Dirección General de Aviación Civil los servicios que se desean obtener, los bienes que necesiten adquirirse, el destino y justificación de lo que se desea adquirir y la partida presupuestaria para cubrir el monto que será invertido en lo que potencialmente se desea negociar.

Así, pues, en primera instancia se nota que el título que lleva el capítulo V, de cita, se queda corto o es incorrecto, ya que debería haberse calificado así:

“De la adquisición de bienes y gastos autorizados”; o, de esta forma:

“De la adquisición de bienes muebles o inmuebles y gastos autorizados”.

Asimismo, vemos como el artículo 13, indica que el Departamento especializado, al proponerse llevar a cabo una negociación debe precisar estos aspectos:

- la partida presupuestaria con que se piensa cubrir pagar la obligación respectiva;
- el objeto de la negociación; y
- el destino y la justificación del contrato administrativo correspondiente.

Termina diciendo el artículo 13 que si el Consejo lo estima necesario, mediante acuerdo firme, aprobará la solicitud que el Departamento en mención le hace, y ordenará su envío a la Proveduría Nacional para los fines consiguientes.

En lo que respecta al artículo 14, éste señala los trámites propios de la contratación administrativa.

El *contrato de obra pública*, lo regula el primer párrafo de ese numeral, cuando manda que el Consejo, a través del indicado Departamento especializado, estará autorizado para efectuar *contrataciones directas* relativas a *obras públicas* hasta por sumas menores de cincuenta mil colones (¢ 50.000,00).

Sobre esta disposición caben hacer las siguientes consideraciones:

- 1ª) Procede la contratación directa para la realización del contrato de obra pública cuando el monto de la negociación sea inferior a cincuenta mil colones. Este procedimiento, ayuno de la licitación o concurso público, tiene la limitación de la citada suma de dinero. Esta cantidad monetaria significa una variante importante a lo que la Ley de Administración Financiera de la República establece sobre el particular. Tal aumento en la cantidad dineraria, tiene su explicación en el hecho de la inflación y en el ajuste de las limi-

taciones —por la suma de dinero— de los medios de contratación administrativa de conformidad con las variaciones globales del mercado de bienes y servicios.

Es muy probable que lo aconsejable sea que se uniformen las limitaciones de suma en materia de esta negociación. Claro está que esto nos lleva al problema que presenta la legislación actual sobre tal negociación, la cual es insuficiente, obsoleta y llena de lagunas. Digamos, nada más, en esta oportunidad que debe promulgarse una Ley General de Contratación Administrativa Pública, su respectivo Reglamento; y, Pliegos de Condiciones Generales y Específicos, al tenor de los correspondientes contratos públicos. Mientras no exista uniformidad en la legislación, los problemas seguirán multiplicándose tanto cualitativa como cuantitativamente. Todo parece indicar que existe una resistencia para que esa legislación moderna y necesaria sea una realidad.

Volviendo al Reglamento que comentamos, agreguemos que como segunda observación se puede decir lo siguiente.

- 2ª) Cuando el monto de la negociación, por motivo del contrato de obra pública, sea superior a los señalados cincuenta mil colones, procede la realización de la licitación pública, de conformidad con la Ley de Administración Financiera de la República (L.A.F.R.), entre otras consecuencias, la de ser apelado el respectivo acto de adjudicación ante la Contraloría General de la República.
- 3ª) De acuerdo con la tendencia que el Estado muestra, en el sentido de aumentar los casos en los que procede la contratación directa; y, en los que la impugnación —ante la Contraloría— de los actos de selección de contratista público, es eliminada (estos casos específicos ya son bastantes y acusan una política estatal —hasta cierto punto— restrictiva y “lesionante” de la licitación pública), se puede indicar que el ámbito de aplicación y de vigencia del concurso público se ve amenazado por la intención inconfesada de los Gobiernos de turno, tendiente a lesionar la licitación pública como el mecanismo de selección de contratista pública más idóneo para efectuar la negociación pública, bajo el pretexto de que el concurso público es lento (se trata de un argumento de “superficie”: lo manifiesto, conspicuo o visible), cuando en el fondo de lo que, presumiblemente, se trata es de la peculiar y cotidiana circunstancia que se presenta en los detentadores del Poder Político Estatal: el posible abuso a que puede dar lugar una legislación muy deficiente, escasos controles efectivos de la Hacienda Pública —en el campo que aquí estudiamos—, los posibles abusos de poder en que pueden incurrir políticos inextrucupulosos cuyo deseo es medrar y enriquecerse con el dinero de la colectividad. En fin, estamos frente a una situación, llena de pocos controles reales y que funcionen, en la cual hay que partir del supuesto de que los empleados, funcionarios estatales son honrados, eficientes, res-

ponsables, con un alto sentido cívico y patriótico, etc., etc. Porque si partimos del supuesto opuesto, en el cual los que trabajan en el Gobierno son todo lo contrario a lo que la eficiencia, la honradez, la responsabilidad demandan, entonces las conclusiones a las que se pueden llegar son muy diferentes a aquellas a las que podríamos llegar si asumimos que los burócratas públicos son poco menos que angelicales. Probablemente, lo cierto de esto (al igual que en otras situaciones semejantes) es que los asalariados del Gobierno no sean ni demonios ni ángeles, sino un híbrido; con lo que abordamos otro tema de mayor calibre y fuste: el de la naturaleza humana. Como se ve fácilmente así podríamos caer en la antropología filosófica, la cual —parece— que está distante de la contratación pública administrativa. Pero, cerremos estas triviales estimaciones diciendo una perogrullada más: el burócrata público, como cualquier ser humano, está (esto sea dicho alegóricamente) entre el demonio y el ángel; entre el mal y el bien; entre lo absolutamente imperfecto y lo rotundamente perfecto.

Ahora bien, no dejemos de indicar que las Leyes, en un sentido global, cabalmente se hacen como mecanismos de *control social*, porque parten del supuesto de que al Hombre hay que “controlarlo” y no se le puede dejar en su “estado de naturaleza”. Es un sentido “*janista*”, por supuesto, la combinación imprecisa y vaga —pero, presente— del “ángel-demonio” que podría encajar dentro de esa composición orgánica del Homo Sapiens.

Retornando a las normas que aquí glosamos, veamos lo que el segundo párrafo del artículo 14 manda.

“Cuando se trate de compra-venta y arrendamientos de otros bienes y servicios, se sujetará, a lo siguiente:”

Es decir, que cuando se trata de contratos públicos cuyo objeto es la compraventa y los arrendamientos, son valederas otras normas jurídicas.

¿Cuáles?

Las que a continuación se expresan.

a) *Contratación directa:*

cuando el valor de lo negociado sea igual o inferior a diez mil colones (¢ 10.000,00).

“Cuando el valor sea igual o inferior a diez mil colones, el acto o negocio jurídico se podrá hacer directamente mediante el control del Departamento y autorización del Consejo”.

b) *Licitación privada:*

procede en los casos en que el objeto licitado esté entre los montos de ¢ 10.000,00 y ¢ 25.000,00.

“Cuando el valor de la operación sea igual e inferior a veinticinco mil colones se hará por licitación privada, recibiendo cotizaciones de por lo menos tres interesados si fuere factible”.

La indicación precisa es ésta:

en el supuesto de que el monto licitado sea superior a diez mil colones e igual a veinticinco mil; ya que si es igual a diez mil, procede la contratación directa, como es obvio.

También se puede agregar que, la licitación o concurso privado se puede llevar a cabo aún con un solo postor, siendo la cantidad mínima de tres oferentes la deseada, pero no la obligada, ya que esto último sería absurdo admitirlo, pues dejaría a la Administración maniatada para negociar cuando se le presenta un solo “aplicante” (portador de una “plica”). Esto lo corrobora el mismo artículo y párrafo *idem.*, cuando usa la expresión “*si fuere factible*”.

c) *Licitación pública:*

en los casos en que el monto licitado sea superior a los ¢ 25.000,00.

“Si el valor es superior a veinticinco mil colones, deberá efectuarse licitación pública a través del Departamento”. Lo que hemos subrayado tiene su sentido: el Departamento tramita la contratación pública, pero quien “verdaderamente contrata” es el Consejo, lógicamente, ya que este Departamento tiene una *competencia delegada* y *no residual*, como es natural iusadministrativamente.

Así, pues, la *licitación pública* es procedente, en cuanto participe el Consejo de marras, de acuerdo a supuestos:

CASOS EN LOS QUE PROCEDE LA LICITACION PUBLICA

<i>tipo de contrato</i>	<i>monto de la negociación</i>
Obra pública	sumas mayores a los ¢ 50.000,00
Compraventa y arrendamientos	sumas mayores a los ¢ 25.000,00

Procedencia de la formalización en escritura pública.

El inciso d) del artículo citado 14, manda que:

“*Toda contratación* por valor mayor a ¢ 10.000,00, deberá formalizarse en *documento público* firmado por el *interesado*, el Presi-

dente o Vicepresidente del Consejo y refrendado por el Ministerio de Obras Públicas y Transportes". (El subrayado es nuestro).

A esta disposición es necesario hacerle algunas observaciones.

En *primer lugar*, digamos que se debe hacer esta distinción. Si la contratación pública se realizó por medio de licitación pública, de acuerdo con tal norma, la misma debe ser refrendada, además de por el Ministro del MOPT, por la Contraloría General de la República. Ya que en los casos en que la adjudicación se formaliza en escritura pública, la misma debe ser remitida a la Contraloría para su refrendo legal; caso opuesto, la adjudicación respectiva no puede surtir efectos jurídicos. Es decir, estaríamos frente a un contrato público ineficaz, —supuestamente—, sea válido y perfecto.

En *segundo lugar*, además, cabe que se esté frente a un caso en el cual la negociación realizada se hubiere hecho mediante la contratación directa o por medio de la licitación privada; y, su monto sea superior a los ₡ 10.000,00. En este ejemplo, cabe la formalización en "documento público" y el refrendo sólo por parte del Ministro citado.

En *tercer lugar*, se sabe que no todo documento público es una escritura pública; pero, que toda escritura pública sí es un documento público. En otras palabras, que la expresión "documento público" que usa el Reglamento es imprecisa e impropia. Debíó decir: "escritura pública".

En *cuarto lugar*, también es impropio el calificativo que hace el Reglamento de cita, de "interesado" el que resultó contratista del Consejo o Administración Pública o Estado, en sentido genérico. No se trata de "interesado" a secas, sino del "contratista".

Por su parte, el artículo 15 manda que el pago de las obligaciones las efectuará el Consejo Técnico de Aviación Civil mediante cheque girado contra su cuenta corriente. Siendo necesario para la validez de tales cheques:

- i) si son pagos inferiores a los cinco mil colones (₡5.000,00), las firmas del Director General de Aviación Civil o quien lo sustituya y del Jefe del Departamento; y,
- ii) si son pagos mayores a los cinco mil colones, las firmas del Presidente o Vice-Presidente del Consejo y del Jefe del Departamento.

Precisando el artículo siguiente, número 16, que toda erogación cuyo monto exceda de cinco mil colones, deberá ser aprobada por Acuerdo del Consejo Técnico de Aviación Civil.

Este Reglamento, según el artículo 35 del mismo, "rige a partir de su publicación".

Ejemplo de una apelación contra un acto "adjudicatorio" del Consejo Técnico de Aviación Civil.

Mediante Resolución de las 14 horas del 7 de marzo de 1974, la Contraloría General de la República, resolvió la apelación presentada contra el acto de selección realizado por el Consejo Técnico de Aviación Civil y recaído en favor de la firma "Niels Enterprisses S.A.". En esta Resolución, la Contraloría afirmó que de acuerdo con la Ley de Aviación Civil N° 5150 de 14 de mayo de 1973 y sus reformas, artículo 10, párrafo II; 89, aparte tercero; 304 y 305, la apelación contra tal acto se debió de presentar ante el Consejo dicho y no ante la citada Contraloría. Motivo por el cual se desechaba el recurso de impugnación interpuesto.

Veamos lo que esos numerales mandan.

Artículo 10, párrafo II:

Son atribuciones del Consejo el otorgamiento, prórroga, suspensión, caducidad, revocación, modificación o cancelación de permisos o concesiones para el funcionamiento de aeródromos, aeropuertos, servicios de despacho aéreo, comunicaciones aeronáuticas, radio ayudas para la navegación aérea y demás instalaciones aeronáuticas y servicios auxiliares de la aeronavegación.

Artículo 89, aparte 3°:

El Consejo podrá otorgar concesiones para la explotación de los servicios que estime convenientes conforme a tarifa, renta o derechos que al efecto indique el respectivo reglamento y mediante el trámite regular de *licitación pública* en los casos que no lo fueran por Certificado de Explotación.

Artículo 301:

Las resoluciones del Consejo y de la Dirección deberán expresar las razones de su fundamento y notificarse a todos los interesados, especialmente a quienes afecte de plano. Los reglamentos aéreos y los acuerdos del Consejo entrarán en vigor cuando ellos lo especifiquen y, a falta de tal indicación, al día siguiente de su publicación en el Diario Oficial o su notificación a los interesados.

Artículo 302:

Contra las resoluciones de la Dirección podrá pedirse revisión o revocatoria ante ella, dentro de los cinco días posteriores a su notificación, debiendo en todo caso recaer resolución dentro de los cinco días siguientes a su presentación.

Artículo 303:

Dentro de los diez días siguientes a la notificación del rechazo de una revisión o revocatoria, podrá la parte afectada recurrir en apelación ante el Consejo.

Artículo 304:

Los recursos contra las resoluciones del Consejo serán interpuestos ante el mismo, el que caso de admitir el de apelación, citará y emplazará a las partes que hubieren señalado oficina para notificaciones, para que dentro del término de cinco días ocurran ante el superior a hacer valer sus derechos.

Artículo 305:

De las resoluciones que haya dictado el Consejo, conocerá en alzada el Tribunal Superior de lo Contencioso Administrativo, quien resolverá definitivamente dentro de los treinta días siguientes al vencimiento del término del emplazamiento.

— 0 —

Tal es la legislación relativa al caso en cuestión.

Precisamente, en diciembre de 1974, el citado Consejo acordó rescindir el contrato administrativo suscrito con la *supramencionada* adjudicataria con base a un conjunto de motivos que le dieron sustento a su resolución, en cumplimiento del artículo 301, ya transcrito. En *La Gaceta* del 3 de junio de 1975 se declaró desierto el concurso que se había promovido con el fin de contratar la explotación de los servicios de bar y restaurante en el aeropuerto "Juan Santamaría".

Este ejemplo lo hemos traído a nuestro discurso escrito con el fin de ilustrar, por medio de una impugnación ante la Contraloría, el comportamiento real de las normas de comentario.

ACERCA DE LAS FUENTES DEL DERECHO ADMINISTRATIVO (*)

*Fernando Bolaños Céspedes (**)*

(*) Trabajo presentado cuando cursaba el primer año profesional de Derecho. (1974).

(**) Estudiante de 2º año de Derecho y 2º de Ciencias Políticas.

INTRODUCCION

El problema de la creación del Derecho es y sigue siendo el problema más importante para cualquier estudioso de la ciencia jurídica. El avance de las tesis positivistas y "puras" en la formación académica de muchos juristas no puede menos que alarmarnos a los que insistimos en concebir al orden jurídico como una superestructura de la sociedad. Decir que el Derecho es superestructura no significa negarle la importancia que él tiene, como algunos quisieran creer, sino más bien colocarla en el lugar que le corresponde dentro de un esquema real y objetivo de la sociedad.

El estudio de las fuentes del Derecho posee un lugar de importancia fundamental dentro de toda esta problemática, pues son ellas las que en forma directa nos van a explicar el trasfondo escondido detrás de ese "simple conjunto de normas". Estudiar las fuentes del Derecho desde un punto de vista estrictamente jurídico puede tener gran valor como técnica jurídica, pero no nos aclara nada el problema de la creación y contenido del Derecho.

El Derecho como creación humana pertenece al campo de las ciencias de la realidad y jamás al de las ciencias del espíritu, como pretende Hermann Heller. Máxime si tomamos en cuenta su injerencia directa en la realidad social.

La norma jurídica sólo encuentra explicación en las distintas valoraciones que los hombres hacen de los intereses que ellos mismos portan, de acuerdo a la ideología dominante en ese momento. Los intereses a que nos referimos no son meras abstracciones, como tampoco lo es la ideología dominante de la sociedad. Tales intereses provienen directamente de las condiciones reales de producción en que los hombres se han organizado para la satisfacción de sus necesidades. Son las relaciones que para tal efecto establecen los hombres entre sí, las que los van a colocar en distintas posiciones desde donde van a poseer diferentes intereses unos de otros. Es tan simple como decir que al comerciante le interesa expandir su negocio y al obrero asegurar su futuro con una mejor posición socio-económica. Ese es el mundo del ser, al que el mismo Heller llama mundo de la "normalidad" y Marx (con todas las reservas del caso) "infraestructura económica". La distinta posición que ocupan los hombres en el pro-

ceso productivo los enseña a "valorar" el mundo en distintos grados y formas. Aparece entonces el "debe ser" o mundo de la normatividad. Las meras repeticiones de conducta permiten ya la aparición de ciertas normatividades como los usos sociales y las costumbres. Es ese el primer grado de objetivación de la realidad social. Más alto aún es el grado de objetivación cuando los hombres, no por mera repetición, sino por un proceso de abstracción mental consiguen valorar la realidad que los rodea y normatizar en base a estas valoraciones su conducta. Claro está que esa valoración no se da en el aire, sino que responde a la posición que los hombres ocupen en la estructura social. Así, la valoración que se haga de la propiedad privada no puede ser igual en un esclavo que en un ciudadano griego.

Cuando el grado de objetivación crea una estructura de sentido lo suficientemente independizada de la voluntad de los hombres como para parecerles autónoma, aparecen las diversas ideologías, sustentadas por distintos grupos, con distintas valoraciones de la sociedad. El choque ideológico no se deja esperar, aunque siempre triunfa aquel grupo social que posee los medios materiales para imponerse a los demás grupos. De este modo, es la ideología de las clases dominantes la que termina por imponerse, con lo que son sus valoraciones las que determinarán la forma en que la sociedad debe tutelar los diferentes intereses. Una vez que la sociedad en manos de esa clase, logra imponer sus propias valoraciones, ya sea por medio de métodos especiales de coacción externa, o por la simple dominación que se da a nivel de ideologías, aparece el Derecho como conjunto de normas con carácter obligatorio y general.

Una vez que el ser se ha erigido en debe ser, este debe ser va a influir el ser, generándose entre ambos una verdadera relación dialéctica, sin que el Derecho deje de ser siempre un instrumento de dominación en manos de una clase.

Una explicación dentro del campo de la ciencia jurídica y no meramente sociológica o filosófica de esta relación entre infraestructura y superestructura a través de la objetivación de las distintas valoraciones sociales, es lo que pretendemos lograr con el presente trabajo. En ese sentido vamos a partir de la existencia de dos tipos de fuentes, las llamadas materiales y las llamadas fuentes formales, para terminar demostrando la determinancia que existe de las fuentes materiales con respecto a las inmateriales.

Para el desarrollo del tema utilizaremos fundamentalmente la tesis de Derecho Administrativo del profesor Eduardo Ortiz, siguiendo el esquema sobre las fuentes del Derecho que plantea en dichas tesis. Tendrán especial relevancia para nosotros las llamadas fuentes formales escritas, por parecer más "puras" e independientes. Por ello les dedicaremos buena parte de nuestro trabajo.

Cabe agregar que en el desarrollo del trabajo hemos incluido algunas opiniones y ciertas informaciones dadas por el profesor García Enterría cuando visitó nuestro país en el mes de setiembre del año 1974.

DEFINICION Y CLASIFICACION DE LAS FUENTES

La indiscutible relevancia que adquiere día con día la administración pública, tanto dentro de las democracias liberales como en los regímenes de tendencia socialista, sumada a la importancia de determinar el alcance y sumisión administrativa de las prescripciones legislativas en los llamados "Estados de Derecho", exigen el estudio profundo y serio de las fuentes del Derecho Administrativo. Al respecto es importante asimismo la determinación del respeto especial de los órganos creadores de normas administrativas al ordenamiento jerárquico de las fuentes escritas y la sujeción de los actos concretos administrativos a las disposiciones vigentes de carácter general. Sabemos además que la administración no sólo aplica normas emanadas de la Asamblea, sino también normas creadas por ella misma.

Según el Lic. Eduardo Ortiz Ortiz

"Se llama fuente de derecho todo acto o hecho creador de normas jurídicas. La fuente es el origen inmediato y suficiente de una norma o regla general, de acuerdo con el mismo orden jurídico. (1)

De acuerdo con nuestro criterio particular, siendo el derecho una creación humana imputable y aplicable sólo a hombres en cuanto portadores de intereses tutelados por el ordenamiento jurídico, la fuente de una norma jurídica sólo puede ser un acto, jamás un mero hecho. Por tal razón, no podemos, en principio, estar de acuerdo con la definición anterior salvo que se aclare mejor lo que se está entendiendo por hecho. (2)

(1) Lic. Eduardo Ortiz. "Derecho Administrativo". Tesis N° 5, pág. 1.

(2) Mortati nos habla de la diferencia entre actos y hechos basándose en la conciencia o no del fenómeno temporal que se realiza. Nosotros preferimos abandonar esa clasificación tradicional y considerar con Falzea como hechos jurídicos a todo fenómeno temporal relevante para el derecho, distinguiendo dentro de los mismos hechos, eventos y comportamientos. Los comportamientos serían aquellos en que interviene la iniciativa humana, contrariamente a los eventos en que no encontramos tal iniciativa. Ver al respecto: Víctor Pérez, "Hechos Jurídicos", Facultad de Derecho, 1974.

Otra particularidad de la definición del Lic. Ortiz es la de limitar las fuentes al "origen inmediato y suficiente", con lo cual se cae en el peligro de aislar de una forma que nos recuerda el positivismo Kelseniano, el derecho de su base social. Es claro que el mismo valor "seguridad" exige criterios muy bien definidos para la definición y jerarquización de las fuentes; sin embargo, no vemos por qué se deba limitar su estudio al campo netamente jurídico. Para otros autores:

"Fuentes del Derecho Administrativo son, en sentido técnico, las formas o actos a través de los cuales se producen las normas jurídicas administrativas".⁽³⁾

A nuestro parecer, la conceptualización anterior cae en la imprecisión al no explicarnos a qué se refiere cuando habla de "formas", palabras que pueden suscitar múltiples interpretaciones.

De las dos anteriores definiciones podemos partir para llegar a una primera conclusión y es la de que las fuentes del Derecho son "comportamientos", entendiendo por comportamiento cualquier hecho jurídico en que intervenga la iniciativa humana. "Comportamiento es pues, entendido con un contenido esencialmente subjetivo", todo hecho o actitud del hombre que tenga un contenido psíquico".⁽⁴⁾

Constantino Mortati agrega que cuando se habla de fuentes del Derecho, se considera como tal no a las normas singulares, sino al poder de darles vida, "poder que no se agota con la emisión de las mismas en cada caso, sino que permanece en la potencialidad productiva de que está provisto".

La pregunta a hacerse es la de cuál es ese poder en el caso de la costumbre, o de los principios generales del Derecho; por lógica se dirá que sería el poder formal encargado de dar el carácter de jurídico a esa costumbre o a los principios generales. Pero si esto fuese así debería explicarse antes cuál es la fuente de ese poder normativo, pues precisamente andamos tras la búsqueda de los comportamientos que están en posibilidad de crear normas jurídicas. Si la fuente de ese poder está en el mismo ordenamiento deberemos remitirnos a la norma que le dio origen, pero si consideramos al ordenamiento como "realidad política total"⁽⁵⁾ o como "institución,⁽⁶⁾ la fuente de ese poder es eminentemente social.

Con lo anterior no estamos aprobando la tesis de Carl Schmitt, para quien el orden jurídico descansa en la mera decisión política. Reconocemos la construcción dialéctica del Derecho, es decir la dialéctica entre acto y sentido, ser y deber ser de que ya hablamos en la introducción. El Derecho es una objetivación de cánones valora-

tivos que se levantan desde la infraestructura social, razón por la cual, las fuentes mismas del Derecho deben buscarse en esa realidad social. Mucho ha contribuido al respecto el concepto sociológico de constitución como "suma de los poderes reales de la sociedad".⁽⁷⁾

Lo mismo o parecido podríamos decir del concepto de constitución material de Mortati, autor que concibe a las fuerzas políticas dominantes como las verdaderas conformadoras del orden jurídico. Al respecto veamos el siguiente concepto de constitución material que nos da Paolo Biscaretti, en base a la apuntada concepción de Mortati:

"La constitución material sirve para indicar el conjunto de elementos organizadores necesarios para que subsista el Estado, es decir, propiamente, la comunidad social subyacente al orden normativo...; la fuerza política y el fin político serían, por tanto, los elementos fundamentales (el primero material y el segundo instrumental) de la concepción en cuestión".⁽⁸⁾

Desde una posición bastante amplia y tomando en cuenta la relación dialéctica entre Derecho y Sociedad, podríamos concluir diciendo que las fuentes del Derecho son comportamientos sociales que una vez objetivados en una estructura de sentido adquieren legitimidad ante toda la sociedad, a la vez que adquieren un carácter positivo gracias al respaldo de la coacción física por parte de los detentadores del poder formal en la sociedad. En razón de lo anterior, dichas fuentes deberían buscarse en la infraestructura social (o en la estructura económica para utilizar una terminología marxista) y no en esa estructura de sentido que es el Derecho. (derecho como conjunto de normas).

Es interesante comprobar cómo el mismo Lic. Eduardo Ortiz coloca entre las fuentes del derecho lo que él llama el mundo de lo histórico social, aludiendo al contenido material de las fuentes del Derecho. Con ello pareciera adoptar, con ciertas reservas, una posición amplia al respecto.⁽⁹⁾

Sin embargo cabe agregar a su posición el hecho de que las fuentes por él llamadas materiales se imponen no sólo a nivel ideológico (recordemos el concepto de falsa conciencia de la realidad de Marx), sino también como medio de presión política real.

El hecho de que la dogmática jurídica prefiera reducir las fuentes al "origen inmediato o suficiente de una norma o regla general", no es un hecho que impida, según nuestro modo de ver las

(7) Ferdinand Lasalle. "¿Qué es una constitución?".

(8) Paolo Biscaretti. "Derecho Constitucional", pág. 152.

(9) Al respecto nos dice el Lic. Ortiz en su tesis V de "Derecho Administrativo": "El contenido proviene de la fuerza material, pero la naturaleza jurídica y la fuerza de obligar dependen de la fuente formal. En este sentido son fuentes materiales no sólo la doctrina, sino todos los elementos históricos, ideológicos o sociales de que se vale el autor de la norma para concebirla y formularla".

(3) Benito Castejón Paz y Emilio Rodríguez Román. "Derecho Administrativo y Ciencia de la Administración". Tomo I, pág. 57.

(4) Víctor Pérez. "Hechos Jurídicos", pág. 48.

(5) Ver al respecto: Hermann Heller "Teoría del Estado".

(6) Ver al respecto: Santi Romano "El ordenamiento jurídico".

cosas, el considerar un origen eminentemente social de las fuentes jurídicas. La posición tradicional es útil dentro del campo de la mera técnica jurídica, pero el mismo hecho de ser el derecho un instrumento para el cambio social (o al menos debiera de serlo), nos conduce necesariamente a la adopción de un criterio más amplio que el anterior, un criterio que no excluye al tradicional, pero que lo complementa al demostrar qué es lo que está detrás de las mismas fuentes formales.

Clasificación de las Fuentes.

Siguiendo la posición estrictamente jurídica podemos distinguir con el profesor Ortiz, dos tipos de fuentes, las formales y las materiales, clasificación que queda en tela de juicio con nuestro razonamiento anterior, pues como vimos, las mismas fuentes formales tienen un origen material. Ello no quita, que tal división sea útil para una clasificación de las fuentes.

Fuente formal sería aquella que está autorizada y regulada por el mismo orden jurídico, y que, en ese sentido produce normas de observancia obligatoria. Fuentes materiales son, siguiendo siempre al Lic. Ortiz, las que inspiran o llenan el contenido de la norma, pero que no la crean.

Benito Castejón Paz y Emilio Rodríguez Román reconocen en su obra "Derecho Administrativo y ciencia de la Administración" dos criterios para la clasificación de las fuentes:

- 1.— Por razón de su procedencia. En este caso tendríamos: a) Fuentes para la administración. Ejemplo la ley. b) Fuentes de la administración. Ejemplo el reglamento.
- 2.— Por razón de la materia regulada: a) Fuentes exclusivas del Derecho Administrativo. Serían los reglamentos que regulan normalmente materias jurídico-administrativas. b) Fuentes eventuales de Derecho Administrativo. Ejemplo la ley, que también regula materias civiles, penales, etc.

Eduardo Ortiz subdivide a su vez las fuentes formales en dos, escritas y no escritas. Fuentes escritas serán los actos jurídicos conscientes y deliberadamente encaminados a producir la regla general. Fuentes no escritas son las nacidas de hechos materiales o de actos jurídicos no dirigidos a producirla.

De acuerdo a lo anterior tendríamos:

- 1º—Fuentes formales escritas: La constitución, la ley y los actos con fuerza de ley; además de los reglamentos centralizados o descentralizados.
- 2º—Fuentes formales no escritas: la costumbre, las llamadas prácticas administrativas, el precedente, la jurisprudencia y los principios generales del derecho.

- 3º—Fuentes materiales: la doctrina, las instrucciones y circulares, y el mundo de lo histórico social.

El profesor español Garrido Falla clasifica las fuentes en:

- 1º—Escritas: leyes-constitucionales u ordinarias, los reglamentos estatales y los reglamentos de otras corporaciones públicas.
- 2º—Fuentes no escritas: La costumbre y los principios generales del derecho.
- 3º—Fuentes indirectas: los tratados internacionales (incluidos los concordatos) y la jurisprudencia, pudiendo añadirse como fuente indirecta la doctrina científica.

Es necesario aclarar que para el profesor Eduardo Ortiz, la jurisprudencia es una fuente formal no escrita, siempre y cuando esté autorizada para producir precedentes obligatorios. Suponemos que si no sucediese de este modo, la jurisprudencia se incluiría dentro de las fuentes que él llama materiales. Siendo así, habría bastante afinidad entre las clasificaciones de ambos autores: Ortiz y Garrido Falla.

Por motivo de limitaciones de espacio y tiempo no podremos analizar otras clasificaciones, por lo que nos basaremos, sin temor a no perjudicar el trabajo, en las clasificaciones de los profesores Ortiz y Garrido Falla en el desarrollo del presente ensayo.

Jerarquía de las fuentes (10)

En la clasificación de las fuentes se puede usar varios criterios. Uno sería el de la prevalencia de las fuentes escritas sobre las no escritas, salvo expresión en contrario de la constitución o la ley. Así cuando la ley remite a la costumbre, ésta adquiere rango de fuente exclusiva sobre la materia, que sólo la misma ley puede interferir. La costumbre pasaría en este caso por sobre el reglamento.

Un segundo criterio sería el condicionar la jerarquía de la fuente a la jerarquía del órgano que la pone en ejecución. Desde este punto de vista podríamos decir que:

- 1—La constitución prevalece sobre la ley y sobre cualquiera otra norma.
- 2—La ley emanada de la Asamblea Legislativa, y los actos a ésta equiparados por el orden jurídico, prevalecen sobre la norma producida por otros órganos del Poder Central o por otros entes públicos.
- 3—Dentro de cada poder, salvo en el caso de la relación de coordinación por separación entre los órganos, la norma dictada por el órgano superior prevalece sobre la dictada por el inferior.

(10) Esta sección del trabajo ha sido estructurada fundamentalmente en base a las tesis de Derecho Administrativo del Lic. Eduardo Ortiz Ortiz.

4—Los reglamentos dictados por el Estado prevalecen sobre los dictados por entes menores, salvo que la constitución o la ley establezcan una coordinación entre ambos.

5—Los reglamentos de una institución están coordinados con los de las otras, en virtud de una reserva reglamentaria en favor de cada una.

La determinancia histórica-material con respecto a las fuentes del Derecho queda clara con el siguiente comentario del profesor Entrena Cuesta:

1—El reglamento, aun cuando en el orden jerárquico no se encuentre por encima de la ley, constituye la fuente más importante del Derecho Administrativo por la frecuencia de su aplicación.

2—Los principios generales del Derecho tienen un papel cada vez más relevante al constituir el límite de ejercicio de la actividad discrecional de la Administración.

3—La jurisprudencia y la doctrina tienen una creciente significación en la elaboración y desarrollo del Derecho Administrativo, fundamentalmente en Francia y en los países de "régimen administrativo".

Fuentes materiales.

Dentro de las llamadas fuentes materiales, nos interesa estudiar fundamentalmente y de manera sonera dos fuentes de gran importancia dentro del campo del derecho: Los principios generales del Derecho y la Doctrina.

Para el profesor Eduardo Ortiz, los principios generales del Derecho son "reglas jurídicas no escritas, de tipo impreciso, que fundamentan o integran el orden expreso".⁽¹²⁾ Más adelante hace una división interna entre dichos principios, la cual consideramos bastante afortunada. Se trata de la distinción entre principios inmanentes o inducibles del orden expreso y principios trascendentes, o afines por su contenido al orden expreso. Según algunos autores, el primer tipo de principios constituyen tan solo una forma de conocimiento de Derecho Positivo, antes que una verdadera fuente autónoma del mismo. En el segundo caso, los principios, para estos autores, sí constituyen una auténtica fuente del Derecho Administrativo.⁽¹³⁾

En la práctica pareciera difícil la distinción comentada, pues los principios, llamados trascendentes, sufren un proceso de integración jurídica, una vez que el legislador los imprime en las normas jurídicas. Es decir que de trascendentes pasan a ser inmanentes.

(11) Autor citado por Benito Castejón y Emilio Rodríguez en la obra ya mencionada de estos autores. Pág. 60.

(12) Eduardo Ortiz. Op. cit. Tesis 9, pág. 1.

(13) Benito Castejón y Emilio Rodríguez. Op. cit. Pág. 63.

Y aunque no se traduzcan inmediatamente en normas positivas, los llamados principios trascendentes tienen una existencia real en la ideología de todos los hombres encargados de crear y aplicar el derecho. Este no es un simple problema metafísico, sino que es un problema de la ciencia de la realidad, concretamente de la sociología del conocimiento.

Las ideas de los hombres, lo mismo que ellos mismos, son productos sociales. Recordemos las palabras de Marx:

"El modo de producción de la vida material condiciona el proceso de la vida social, política y espiritual en general".
(14)

En la diaria producción de su vida, el hombre crea y construye no sólo obras materiales, sino también inmateriales, obras que se objetivan, alcanzando una relativa independencia con respecto a su creador. Sin embargo, esas creaciones siguen estando condicionadas tanto en su creación como en su evolución, a las condiciones de vida material en que se desarrolla su creador: el hombre. Por ello es que la palabra trascendente puede llamar a confusión; ya que en la práctica todas las ideas de los hombres pertenecen a una misma estructura real, aunque inmaterial, limitada espacial y temporalmente. En otras palabras, los principios generales son productos sociales que, de acuerdo a los grupos sociales que los sustentan tendrán mayor o menor vigencia. Véase si no cómo la clase burguesa pudo revolucionar el mundo en torno a sus propios principios de "libertad, igualdad, propiedad privada", etc. Ahora bien, una vez que estos principios han servido de fundamento ideológico a un sistema jurídico determinado, continúan completándolo e integrándolo como si fueran parte de él.

Lo interesante es ver cómo los principios generales han ido evolucionando históricamente de acuerdo a la conveniencia de las clases dominantes. En un tiempo, podemos suponer que tales principios estuvieron muy ligados a la práctica de cultos religiosos y mitos de la antigüedad. Cultos que favorecían una clase sacerdotal, producto de una joven división del trabajo en la historia. Luego pasaron a ser patrimonio de aquellos que en nombre del ocio creador y de la "democracia" llegaron a crear una gran cultura sobre los hombros de una población esclava, tres veces mayor que la de los hombres libres. Nos referimos claro está al caso griego.

Los romanos también tuvieron sus principios generales, los cuales fueron evolucionando conforme dejaron de ser pequeña aldea para convertirse en un inmenso imperio. De su idea de justicia primitiva, pasaron al libertinaje y al desenfreno durante la edad imperial. El honor y la honra, al igual que las gestas caballerescas caracterizaban una sociedad feudal que debía distraer la mente de los oprimidos en el escolastismo de la doctrina cristiana. Una iglesia que

(14) Carlos Marx. *Contribución a la Crítica de la Economía Política*. Ediciones Estudio, Buenos Aires. Pág. 9.

creía en un reino celestial por encima del terrenal, razón por la cual la ley superior era la ley divina y no la de los hombres. Precisamente en nombre de esos principios, aparentemente religiosos, España realizó la labor económica y política de explotar la mano de obra y las riquezas americanas.

Con la libertad y la igualdad como baluartes, la clase burguesa derrumbó el régimen feudal, pero ya cuando Montesquieu hablaba de igualdad, distinguía entre tribunales plebeyos y tribunales burgueses, cámaras legislativas burguesas y cámaras que hicieron leyes plebeyas. Locke nos habló entonces del principio de la propiedad privada como derecho natural, al par que la gran mayoría de la población no tenía nada. Por algo Rousseau, quizá el padre del socialismo francés, nunca creyó en ese mito de la representación. Y en nombre de la libertad y de la igualdad, Europa aplastó el mundo, llevando dondequiera "su cultura" e imponiéndola con el filo de la bayoneta.

Una vez pasada la "fiebre liberal", y que las contradicciones inherentes al sistema capitalista empiezan a exigir la intromisión del Estado en la esfera privada de los particulares con el beneplácito de los grupos dominantes más inteligentes, aparecen los Francisco Javier Conde y los Heller, hablándonos de los "principios suprapositivos", para legitimar ya una dictadura fascista o ya una nueva fase del capitalismo.

Todavía hoy, continúan muchos autores hablándonos maravillas del "Estado de Derecho", cuando ese consabido estado de derecho se derrumba ante sus propios ojos, cuando aparecen los casos Watergate y Saopim, cuando se pasan leyes casuísticas con nombres y apellidos y cuando aparecen presidentes que gastan millones de colonos en confites. La pura verdad es que el Estado de Derecho no es más que la forma más acabada de dominación clasista que ha habido en la historia, y no se necesita ser marxista para ver esto.

La conclusión que podemos sacar de todo esto es que mientras la sociedad esté dividida en clases sociales, los principios generales responderán a los diferentes intereses materiales concretos que mantiene cada uno de esos grupos.

Concluyamos este aparte diciendo que, desde un punto de vista estrictamente jurídico, los principios generales del derecho sólo son fuente cuando el orden jurídico los reconoce como tales. En este punto su rango jurídico es el de la norma que los reconoce. Si es una norma constitucional, igual será su régimen, si es ley ordinaria, será equiparable a la misma.

La Doctrina.

Sobre la Doctrina dice Eduardo Ortiz que es "el conjunto sistematizado de conceptos sobre el contenido de las normas jurídicas".

Podríamos decir que la influencia de la doctrina es meramente persuasiva, por lo que hoy día no se considera como una verdadera

fuerza del derecho. A pesar de ello no podemos negarle su gran relevancia como instrumento de análisis de la realidad jurídica.

Al respecto podemos decir que al igual que con los principios generales del derecho, la Doctrina evoluciona de acuerdo con las distintas situaciones histórico-sociales en que se desenvuelven los juristas de cada época.

FUENTES FORMALES NO ESCRITAS

En este aparte nos referiremos únicamente y también en forma muy somera a la costumbre y la jurisprudencia.

Costumbre.

"La costumbre jurídica es la repetición colectiva de un hecho".⁽¹⁵⁾ Afirman algunos autores la necesidad de que exista la convicción, por parte de quienes cumplen con la costumbre de que ella esté sancionada jurídicamente y de que su no observancia acarree una responsabilidad también jurídica. El profesor Eduardo Ortiz niega esa posición por cuanto "el derecho es un orden objetivo de la conducta externa cuya validez no depende ni puede depender de un elemento subjetivo radicado en la conciencia de cada ciudadano".⁽¹⁵⁾

Para Garrido Falla, la costumbre sólo tiene vigencia en relación con el funcionamiento de instituciones surgidas históricamente. (Ejemplo, los municipios) o para regular relaciones entre particulares sobre materias determinadas, conectadas con el interés público. (Ejemplo relaciones entre los usuarios de un aprovechamiento de agua). Aún así, según este autor, resulta necesario que la costumbre haya sido reconocida por la ley, y una vez realizado dicho reconocimiento, no podrá ser derogada por normas de inferior rango legal.

Aunque nos parece correcta la posición de los dos autores antes mencionados, en el tanto y en el cuanto la costumbre como fuente jurídica, debe distinguirse de la mera repetición de conducta o uso social, creemos que no por ello se debe olvidar el origen social de la costumbre. Y es que la costumbre, tal como lo dijimos en la introducción, representa ya un grado de objetivación de las relaciones sociales.

La costumbre se diferencia del simple uso, en que la comunidad la estima obligatoria para todos, independientemente si existe o no un cuerpo organizado encargado de la coacción legítima. Es una pauta que empezó siendo una simple repetición de conductas

(15) Eduardo Ortiz. Op. cit. Tesis N° 8. Pág. N° 1.

hasta adquirir un grado de objetivación y legitimación tal que llegó a verse como algo obligatorio para toda la comunidad. Un paso ulterior en esa objetivación sería la transformación de la costumbre en norma jurídica al ser integrada dentro de un orden jurídico. De acuerdo a lo anterior podría decirse que la costumbre es una situación normativa intermedia entre el mero ser social y el deber ser jurídico. La costumbre es, podríamos concluir, un deber ser que puede o no convertirse en jurídico y que se muestra más o menos eficaz según el grado de legitimidad que posea ante los ojos de la sociedad.

En un sistema escrito como el nuestro, la jerarquía de la costumbre depende de su reconocimiento expreso. En cada caso en que se diera ese reconocimiento, la jerarquía de la costumbre dependerá de la jerarquía de la norma que se le otorga. Así, una costumbre no reconocida está por debajo del reglamento que puede derogarla o modificarla.

Pensemos para terminar que la pérdida de relevancia de la costumbre como fuente con respecto a la ley, es un fenómeno histórico que una vez más nos viene a dejar clara la vinculación permanente entre la infraestructura social y la superestructura jurídica. La ley es una necesidad del mundo industrializado a partir de la Revolución Industrial. La costumbre, conforme se incrementaron las relaciones sociales en la Europa Industrial, fue resultando un escollo para el desarrollo de la "seguridad" jurídica que necesitaban los nuevos grupos sociales.

La Jurisprudencia.

Podríamos definirla como: "El conjunto de reglas de conducta no estrictas y contraídas por generalización, de los fallos existentes sobre una materia determinada".⁽¹⁶⁾

De la definición anterior se colige que la jurisprudencia es fuente de derecho, en cuanto hay una verdadera creación de normas generales. Se habla no de "fallos", sino de un conjunto de reglas de alcance general.

En la jurisprudencia encontramos un conjunto de principios fácticos con vida independiente frente al fallo. Podríamos entonces hablar de un hecho y de su correspondiente proceso de objetivación. El hecho sería el fallo, y la objetivación de este, la abstracción normativa que se realiza. Es decir, la relación ser-deber-ser a que nos referimos en la introducción.

Es cierto que el fallo es un "deber ser" para un caso concreto, pero visto desde una perspectiva no concreta, el fallo es sólo un hecho para un proceso de inducción normativa.

Una vez dicho esto, resulta interesante referirnos a ese "ser" que es el fallo. El fallo, según nuestro punto de vista, no es la mera

(16) Ibidem. Pág. 7.

subsunición de una premisa menor en una premisa mayor. Es decir no se trata de un proceso mecánico de meter y sacar, muy por el contrario, el fallo, en cuanto aplicación humana de una ley que también es creación humana, está sujeto a la interpretación subjetiva que hagan los jueces de la ley y de la situación concreta en que deben aplicar esa ley. Ya los realistas norteamericanos hacían mención de la importancia que tienen los factores extrajurídicos en el funcionamiento real de los tribunales. Por ello, planteaban que "la sentencia no resulta de un mecanismo deductivo basado en la norma, sino que es la decisión que adopte el juez entre una pluralidad de posibilidades que se le ofrecen, y la ciencia jurídica debe dedicarse en primer término a examinar esas posibilidades, sus fundamentos y los factores que influirán en el juego a la hora de decidir".⁽¹⁷⁾

Podemos sacar en conclusión que los fallos nos son aplicaciones mecánicas de la ley, sino que responden a la "ideología" de los jueces, entendiéndola ideología, en un sentido muy amplio, como la concepción del mundo que tienen los jueces. Desgraciadamente, la historia ha probado que los juristas han sido por naturaleza los más fervientes defensores de "status quo", sea cual fuere el orden social vigente. Esto los hace coincidir con los intereses de las clases dominantes para quienes el derecho se convierte en un instrumento para sus fines.

Todo lo anterior viene a corroborar lo ya dicho acerca de que las fuentes del derecho son eminentemente sociales más que jurídicas.

FUENTES FORMALES ESCRITAS

Entramos ahora a conocer las dos fuentes más importantes del Derecho Administrativo: la ley y el reglamento. Su importancia reside en ser los instrumentos más acabados con que cuenta el Estado para la configuración del orden jurídico. Además de ello, el hecho de ser las fuentes más "formales" nos obligan a profundizar en mayor grado en ellas, para descubrir su vinculación estrecha con la realidad socio-económica y la política de la comunidad. La complejidad de estas dos fuentes, exige de por sí un mayor cuidado al tratarlas.

La ley.

En consideración al hecho de haber naciones donde las normas constitucionales no son superiores a las normas ordinarias, a la vez que pueden ser emitidas por el mismo ente que promulga las normas ordinarias, hemos decidido incluir a las leyes ordinarias y a

(17) Angel Latorre. "Introducción al Derecho". Pág.170.

las constitucionales en un mismo aparte, sin que por ello dejemos de distinguirlas entre sí.

Garrido Falla define la ley, en el sentido amplio ya apuntado, como "norma jurídica de carácter general y obligatorio dictada por los órganos estatales a los que el ordenamiento jurídico atribuye el poder legislativo".

En la definición misma distinguimos dos elementos de gran importancia. La generalidad de la ley y su obligatoriedad. La generalidad alude a su vigencia "erga omnes", y su obligatoriedad, a la vinculación a la conducta de un sujeto que la norma crea, por la cual se le impone taxativamente la realización de un hacer, no hacer u omitir algo.

Podríamos agregar a las dos características anteriormente citadas la llamada "abstracción" de la ley, aunque como veremos luego cuando hablemos de la potestad reglamentaria, tanto la generalidad como la abstracción de la ley, están dejando de ser rasgos fundamentales en la definición de la ley.

La vinculación permanente entre sociedad y derecho queda clara cuando pensamos que históricamente, tanto la obligatoriedad como la generalidad de la ley han estado sujetas al momento histórico que vive la sociedad.

En el mundo antiguo, al igual que en la Edad Media, la ley no poseía el grado de objetivación que luego pasó a tener. Muy por el contrario, ella era patrimonio exclusivo de unos cuantos, quienes la aplicaban caprichosamente según su parecer personal. Quizá quedaría fuera de este esquema la Roma Republicana donde la ley logró un grado de objetivación normativa acorde con la complejidad de las relaciones sociales que se daban en esa época.

Conforme cambian las relaciones sociales entre los hombres van cambiando sus sociedades. Esto a su vez es producto del avance de las fuerzas productivas, la división del trabajo y la apropiación social de la riqueza producida. Por supuesto que superestructuralmente también se van produciendo cambios muy importantes en la ideología y organización jurídico-política de los hombres; siempre en relación con la producción social de cada época.

La creciente complejidad de las relaciones de producción van a exigir un grado superior de objetivación de las normas jurídicas. Esto era para la clase burguesa en ascenso un imperativo de carácter inmediato para lograr la mayor certeza posible en sus relaciones diarias. (18)

Las exigencias, sin embargo, no eran meramente normativas sino que corresponderían más bien a necesidades políticas en general. El Estado en cuanto unidad organizativa debía de pasar de las

(18) Benito Castejón y Rodríguez Román. Op. cit. Pág. 60.

(19) "...la economía capitalista del dinero reclama, tanto para el derecho privado como para la administración, la previsibilidad, extendida a un territorio lo más amplio posible, de un derecho sistematizado" Hermann Heller, "Teoría del Estado", pág. 150).

manos de una pluralidad de centros de poder (príncipes, imperio, municipios, gremios, la Iglesia), para centralizarse en una unidad de poder que lograra el monopolio de la coacción legítima. Precisamente, la evolución que se llevó a cabo, en el aspecto organizativo hacia el estado moderno, "consistió en aquellos medios reales de autoridad y administración que eran posesión privada, se convierten en propiedad pública y en que el poder de mando que se venía ejercitando como un derecho del sujeto se expropia en beneficio del príncipe absoluto primero y luego del Estado. (20)

Tenemos por otra parte que, la evolución económica y política hacia la eclosión de una nueva clase dominante va a determinar una correlativa producción ideológica. Nos referimos a todo el pensamiento liberal del siglo XVIII, en el cual va a aparecer la ley como expresión de la "voluntad general". García de Enterría nos habla de la ley en sentido moderno, como expresión de la voluntad general, y ya no como patrimonio de unos cuantos.

Fue Juan Jacobo Rousseau quien elaboró este concepto de voluntad general, concepto que luego fue prostituido, como lo sigue siendo hoy por el pensamiento liberal burgués. (21)

El referirnos a la ley como expresión de la voluntad general nos lleva al dilema de si se puede hablar de ley antes de que ésta fuera, al menos en teoría, la expresión de una voluntad general representada en un órgano legislativo. Al respecto y no queriendo detenernos mucho en ese asunto por ahora, creemos que lo mejor es adoptar la posición de ley en sentido moderno, no sin antes tomar conciencia de que durante la Edad Media y Antigua hubo también normas que por ser obligatorias y provenir de una "institución" (22) tienen el carácter de jurídicas.

Repasando los rasgos de la ley, tendríamos en primer lugar su generalidad. En segundo lugar, el hecho de ser emanada de un único centro de poder, además de existir un cuerpo especializado, al servicio de ese único centro, que se encarga de la aplicación y ejecutoriedad de la ley.

Cabe decir, como ya lo mencionamos, que la ley es expresión, al menos en teoría, de la voluntad general. Finalmente, hemos hablado de la objetividad de la ley. Quisiéramos aclarar al respecto, tal como lo hicimos ver en la introducción, que esa objetividad no proviene del poder que la emana, sino que ya existe en un momento anterior. Lo que sucede realmente es que la técnica del Derecho en el Estado Moderno, lleva esa objetivación a su máxima expresión al presentar la ley como un algo totalmente alejado de la voluntad de los hombres. En lo que se refiere a la voluntad general, creemos que

(20) Hermann Heller. Op. cit. Pág. 146.

(21) Para Rousseau la voluntad general no es igual a la suma de voluntades particulares: "Frecuentemente surge una gran diferencia entre la voluntad general de todos y la voluntad general, ésta sólo atiende al interés común, aquella al interés privado, siendo en resumen una suma de las voluntades particulares" ("Contrato Social", pág. 38).

ella es una noble utopía, pues mientras exista una sociedad dividida en clases, la ley seguirá siendo una valoración ideológica que hacen los grupos socio-económicos dominantes, en razón de sus intereses materiales.

La Constitución.

Se ha definido la Constitución como la norma más importante y de más alto rango dentro de un sistema. (22) Se dice además que su misión fundamental es la de reglar el proceso legislativo.

Es interesante hacer un análisis histórico de los distintos conceptos de constitución, para ver cómo ellos responden a las diferentes posiciones ideológicas, sustentadas por grupos con intereses contrapuestos.

El profesor español García Pelayo nos habla de tres conceptos de constitución: Racional Normativo, Histórico Tradicional y Sociológico.

La concepción racional normativa, es aquella que ve en la constitución un plan creador de la razón que se propone regular, de una vez para siempre el orden jurídico político. Esto responde a los intereses materiales de una clase burguesa que al llegar al poder quería dar permanencia eterna a un sistema especial de relaciones sociales de producción; relaciones de producción capitalista. (24) Su mundo debía de ser el mundo de todos. Su civilización había llegado a un grado de racionalidad que ninguna otra había alcanzado, era "el reino de la razón". En su afán ordenador, sintieron la necesidad no sólo de fijarle una forma a la constitución, sino también su contenido. Sólo vale como constitución aquello que realiza el programa liberal burgués, aquello que establece limitaciones a la actividad del Estado y que de modo racional finalista prevé los medios orgánicos adecuados para su realización. Así pues, la constitución debía de tener dos condiciones esenciales: a) Debía garantizar los derechos individuales y b) establecer la división de los poderes. En este sentido se pronuncia la Declaración de los Derechos del Hombre en 1789: "dans laquelle la garantie des droits n'est pas assuré, ni la separation des pouvoirs, determinee, n'a pas des constitution".

El concepto histórico tradicional es expresión de la reacción conservadora frente a la avanzada liberal burguesa. La razón no podía conformar el orden jurídico-político de una vez para siempre, ni se podía resumir en un solo instrumento la legalidad suprema de un orden. La historia, para ellos, está llena de elementos irracionales, es cambiante y caprichosa, por lo que sólo nos queda tomar lecciones del

(22) "Entendemos por institución todo ente o cuerpo social". "El ente de que hablamos debe tener una existencia objetiva y concreta, y en cuanto inmaterial, su individualidad debe ser exterior y visible". (Santi Romano "El ordenamiento jurídico", pág. 122.

(23) Eduardo Ortiz. Op. cit. Tesis V, pág. 10.

pasado, sin que podamos planear el futuro en forma racional. La constitución, en este sentido debe darle entonces un papel preponderante a la costumbre.

Sin lugar a dudas, ese contemplar el pasado, era para la reacción anti-burguesa, un recurso ideológico ante la imposibilidad de detener el triunfo del mundo liberal-burgués.

Por último, la concepción sociológica ve en la constitución, no un deber ser, sino un ser social. Ella no es un reflejo del pasado, sino una immanencia del presente. La constitución es el producto de una infraestructura social, de la correlación de fuerzas sociales que en un momento determinado exista en una sociedad. Esta concepción, la cual goza de nuestra simpatía personal, se impone al demostrarse que la razón como "absoluto" no existe, sino que lo que nos encontramos en la sociedad son distintas ideologías como producto de los diferentes intereses materiales que portan las clases sociales. La sociedad deja de ser el reino de la "voluntad general", para pasar a convertirse en el campo de batalla de las clases sociales. (25)

Hermann Heller nos habla en su obra "Teoría del Estado", de un concepto de constitución que en estos momentos nos podría ser útil. Se trata de la llamada "constitución jurídico-destacada" que vendría a ser toda la estructura normativa de sentido que entendemos comúnmente por derecho.

Tendríamos entonces que de la constitución "total", es decir, vista en sentido sociológico, podemos obtener un contenido jurídico normativo compuesto por todas las normas constituciones más el resto de normas jurídicas que se han producido en base a esa constitución. Quedémonos por ahora con las normas constitucionales.

La constitución como fuente de Derecho, fija el régimen jurídico formal de las funciones públicas. Así, el artículo N° 49 de nuestra constitución, al establecer la jurisdicción contencioso administrativa, establece claramente la supremacía de la ley sobre el acto administrativo y la posibilidad de anularlo cuando la viole. Según el Lic. Eduardo Ortiz, en este mismo artículo de la constitución queda consagrada la subordinación de todo lo particular y concreto las disposiciones de tipo general, aun si provienen del mismo poder administrador.

El profesor Ortiz cita además, otros principios generales del Derecho Administrativo, consagrados en la constitución. Ellos son:

1º—Igualdad ante la ley, que a su vez produce la regla de la igualdad en la distribución de las cargas públicas. Este principio ha servido en otros ordenamientos y puede servir en el nuestro para varias soluciones como: responsabilidad del Estado por actos ilegítimos, obligación de indemnizar el enriquecimiento sin causa, tanto a favor como en contra del Estado.

2º—Principio de defensa ante el Poder Político.

(24) Cabe agregar, por cualquier confusión, que somos nosotros quienes afirmamos esto, no García Pelayo.

3º—Principio de libertad. Con respecto al individuo, esto quiere decir que todo lo que no está prohibido le está permitido. Para el Estado, a la inversa, significa que requiere estar autorizado expresamente para actuar (Art. 28 de la Constitución).

4º—Principio de la supremacía de la personalidad humana.

5º—Además de estos existen otros de gran importancia como: la inviolabilidad de la propiedad, la irretroactividad de la ley, la inderogabilidad singular del reglamento, etc.

Ley en sentido estricto.

Como ya lo dijimos, la ley es entendida aquí como el producto de aquel órgano que el ordenamiento ha establecido para hacer emanar normas con carácter obligatorio.

Algunos autores suelen hablar de ley en sentido formal y ley en sentido material. Así por ejemplo, Castejón Paz y Rodríguez Román expresan lo siguiente al respecto:

“Materialmente se define como ley toda norma, jurídica de carácter general y obligatorio. Formalmente es ley todo acto emanado, según el procedimiento establecido, del órgano u órganos en que resida la potestad legislativa con arreglo al régimen político de que se trate”.

Para el profesor García de Enterría, sin embargo, no cabe hacer tal separación, pues no existen leyes en sentido material que no lo sean en sentido forma y viceversa. Toda ley tiene que ser emanada siguiendo los procedimientos establecidos por el ordenamiento. De otra forma no sería ley.

Los mismos autores antes citados distinguen dos fases de la formación de la ley, fase interna, desarrollada dentro del propio órgano legislativo, que comprendería: la proposición de la ley, su discusión, la aprobación final y la aprobación por dicho órgano. La fase externa, para Castejón Paz y Rodríguez Román corresponde normalmente al Poder Ejecutivo y abarca la sanción, la promulgación y la publicidad de la ley.

A nuestro parecer, la distinción que hacen los autores es cierta, aunque pareciera extraño llamar a una fase interna y a otra externa, dado que ambas fases forman parte de un único proceso que es interno en su totalidad, pues se refiere a la formación de la ley dentro de los órganos supremos del Estado.

(25) “La historia de todas las sociedades hasta nuestros días es la historia de la lucha de clases. Hombres libres y esclavos, patricios y plebeyos, señores y siervos, maestros y oficiales, en una palabra; opresores y oprimidos se enfrentaron siempre, mantuvieron una lucha constante, velada unas veces y otras franca y abierta; lucha que terminó siempre con la transformación revolucionaria de toda sociedad o el hundimiento de las clases en pugna” (Carlos Marx y Federico Engels, “Manifiesto Comunista”, Obras Escogidas, Tomo I, pág. 111).

Jerárquicamente, la ley es inferior a la constitución. En algunos sistemas el tratado también es superior a la ley. Sin embargo, dado que en nuestro ordenamiento el tratado no es fuente automática de derecho, pudiendo ser eficaz únicamente a través de la ley, pareciera que ello no se cumple en Costa Rica.

Ligado al concepto de ley está el de “fuerza de ley”. “Llamase fuerza de ley a la capacidad que ésta tiene para prevalecer sobre cualquier otro acto del ordenamiento y para resistir la derogación o modificación por obra del mismo, salvo frente a la constitución” (26)

Como un dato más acerca de la ley, digamos que ella puede ser impugnada por inconstitucionalidad, pero mientras no se le declare como tal, debe ser aplicada aun a sabiendas de su no juridicidad.

Reserva de Ley:

Reserva de ley, en principio, sería la prohibición de que el reglamento del Poder Ejecutivo pueda regular la libertad y la propiedad, sin que una ley la limite y determine su campo de acción. Esta institución jurídica es producto de la doctrina alemana de finales del siglo XIX y principios del XX. Algunos autores afirman que fue concretamente Otto Mayer quien a principios del siglo XX aludió con este nombre al establecimiento de ciertos límites al poder reglamentario de la administración.

Lo cierto del caso es que la reserva de ley surge y sigue funcionando como un instrumento jurídico de gran trascendencia para frenar el poder de la administración frente a los particulares, históricamente hablando, frente a la clase burguesa en ascenso. Sobre el particular, el profesor García de Enterría ha dicho que cuando se habla de reserva tributaria lo que se está haciendo es protegiendo la propiedad privada. Lo mismo con la expropiación. Históricamente fue un triunfo de los estamentos medievales al lograr que los impuestos se aprobaran por los parlamentos (o Cortes), lo mismo que las penas. Así se formula el principio de que sólo la ley puede tipificar delitos y penas. Cuando la clase burguesa derrotó a la monarquía, resumió esas dos conquistas en sus ideales de libertad e igualdad.

El concepto de reserva de ley se ha extendido en la actualidad a todas aquellas materias que imponen la existencia de una ley formal para ser reguladas, independientemente de si se relacionan en forma directa con la libertad o la propiedad.

Ultimamente, las transformaciones de la “infraestructura” de la sociedad han obligado a la flexibilidad un poco este concepto, dado que el Estado necesita regular cada vez en mayor grado esferas que antes estaban reservadas en forma total a los particulares. Esto,

(26) Castejón Paz y Rodríguez Román. Op. cit. Pág. 63.

siempre con el fin de mantener el mismo sistema de dominación política, que de otro modo se quebraría a causa de sus múltiples irracionalidades. Como un ejemplo de la debilitación del principio de reserva de ley, el Lic. Ortiz cita el hecho de que en los contratos administrativos hay la posibilidad de rescindir y modificar el contrato por acto unilateral ejecutorio en la vía judicial.

Actos con valor de Ley.

Son actos con valor de ley aquellos emanados del Poder Ejecutivo con régimen jurídico formal de ley, con o sin autorización constitucional. "La nota fundamental de los actos con valor de ley es doble: emanan del Poder Ejecutivo y tienen fuerza de ley, con todo lo que quiere decirse que pueden derogar y reformar leyes anteriores, ser derogados o modificados únicamente por éstas, y ser atacados únicamente por razones de inconstitucionalidad".⁽²⁷⁾

Los actos con valor de ley son considerados con razón como separación del principio de la separación de los poderes. De nuevo queda claro cómo la infraestructura de la sociedad va actuando dialécticamente sobre la superestructura hasta acomodarla a las necesidades de la época. Así, el ejercicio de funciones legislativas por el Poder Ejecutivo empieza a constituir la regla después de la Primera Guerra Mundial y de la crisis económica de 1929, cuando la irracionalidad del sistema capitalista obliga al Estado a intervenir abiertamente en las relaciones sociales de producción.

La doctrina conoce tres tipos fundamentales de actos con fuerza de ley: los decretos de facto, los decretos de urgencia y necesidad, los decretos legislativos. Sobre estos últimos hablaremos con más amplitud cuando nos refiramos a la potestad reglamentaria.

En lo que concierne a los decretos de facto, sabemos que ellos sólo pueden ser obra de gobiernos de facto. Según el profesor Eduardo Ortiz, son precisas dos circunstancias para que se dé el gobierno de facto:

- 1—Desaparición del gobierno constitucional anterior, por disolución de cualquiera de los supremos poderes.
- 2—Consolidación de los nuevos gobernantes hasta el punto de gobernar pacífica, pública y regularmente, sin agitación ni violencia constantes.

Por lo tanto, los poderes del gobierno de facto provienen de un hecho socio-político y no de la constitución, tal es en síntesis su principal característica. Es precisamente en la búsqueda de la fuente de validez de todas las normas de facto cuando nos damos cuenta de lo imprescindible que son las llamadas fuentes materiales de ordenamiento, para entender la dinámica interna del derecho.

En lo que se refiere a los decretos de urgencia, llámase de este modo a los decretos "dictados con fuerza de ley —y como se

(27) Eduardo Ortiz. Op. cit. Tesis V, pág. 19.

verá eventualmente con fuerza constitucional— por el Poder Ejecutivo movido por una situación provisoria de urgencia y necesidad y sometidos a ulterior ratificación de la Asamblea Legislativa.⁽²⁸⁾

El caso más típico de urgencia es el estado de sitio. Se supone un aumento de los poderes de policía, en razón de conmoción interna, guerra exterior, o catástrofe nacional. La consecuencia más común del Estado de sitio es la suspensión de las garantías públicas individuales. En Costa Rica el Poder Legislativo tiene la potestad de suspender las garantías, salvo en caso de que dicho poder esté en receso, en cuya situación, el Poder Ejecutivo puede hacerlo, con lo que la Asamblea queda convocada ipso-facto para ratificar la medida (art. 121, inc. 7 y 140 inc., 4).

En nuestro país existe además el llamado estado de defensa nacional, una variante del estado de sitio, a declararse por el Poder Ejecutivo en caso de agresión exterior, con la autorización de la Asamblea. De modo que es atribución de la Asamblea: "Autorizar al Poder Ejecutivo para declarar el estado de defensa nacional y para concertar la paz".

Quizás lo más relevante del decreto de urgencia está en la posibilidad de ser jurídico aun en contra del texto expreso constitucional. Rige entonces el principio de que la administración puede dictar todas las normas y actos necesarios para conservar su existencia o la de la comunidad, ante un peligro grave y generalizado, aun en contra de la ley existente".⁽²⁹⁾

Es en este punto donde hasta al más positivista se le caen los argumentos de las manos para tener que aceptar que el Derecho no es sólo un conjunto de normas y que la explicación última de todo sistema normativo está en la misma base social que le ha permitido erguirse en superestructura. Son los intereses sociales los que crean el orden jurídico político, no son las normas jurídicas las que crean el orden político.

La delegación puede definirse como "el acto de traspaso de la función legislativa al Poder Ejecutivo dentro de los límites que el acto mismo señala.⁽³⁰⁾ En Costa Rica la constitución prohíbe expresamente la delegación de funciones públicas. Tal prohibición se puede encontrar en el artículo 9, párrafo segundo de la constitución, el cual reza: "ninguno de los poderes puede delegar el ejercicio de funciones que le son propias".

El Reglamento.

En términos generales podría definirse el reglamento como aquella norma jurídica emanada por la administración y subordinada jerárquicamente a la ley.

(28) Ibidem. Tesis VI, pág. 3.

(29) Ibidem. Pág. 8.

(30) Ibidem. Pág. 13.

El profesor Fernando Garrido Falla lo ha definido como "toda disposición jurídica de carácter general dictada por la administración pública y subordinada a la ley".⁽³¹⁾

Para Boda, son "manifestaciones objetivamente normativas, subjetivamente administrativas".⁽³²⁾ El profesor García Enterría, en su ciclo de conferencias que impartió en nuestro país, definió el reglamento como "toda norma escrita y publicada por la administración". La doctrina alemana lo clasifica como ley material, lo cual, como ya vimos, es impropio.

El reglamento tiene de común con la ley el ser una norma escrita y obligatoria. "A la inversa de ésta, que es siempre un acto o fin determinado según la libre decisión política de su autor, el reglamento está siempre vinculado al fin que la ley le impone de potestades normativas (reglamento independiente o autónomo) pues en este caso la única meta admisible es siempre y necesariamente la eficiencia en el ejercicio de la competencia legal instrumentada. García Enterría ha agregado a esta distinción entre reglamento y ley el hecho de que aquél no tiene el carácter soberano de la ley, lo cual es obra de la "voluntad general". El reglamento es una norma subsidiaria secundaria, enjuiciable por el juez, además no puede intentar suplir la ley."⁽³³⁾

Por otro lado, es importante decir que el reglamento no es un conjunto de actos singulares. El reglamento innova el sistema, no puede ser catalogado como mero acto administrativo. Debe recordarse al respecto que no todos los órganos estatales tienen la potestad reglamentaria. Según la doctrina dominante, el reglamento es un acto de la administración, pero no un acto administrativo propiamente dicho, ya que no es expresión de la función ejecutiva, sino de la función normativa de aquella. Para evitar confusiones entre reglamentos y los llamados actos administrativos generales. García de Enterría y luego De la Vallina, han sostenido que el criterio básico de distinción entre reglamento y acto administrativo está en el criterio "ordimentalista", es decir, el reglamento forma parte simple del ordenamiento jurídico, sea su contenido general o particular, mientras que el acto administrativo, aunque su contenido sea general o se refiera a una pluralidad indeterminada de sujetos, no forma parte del ordenamiento jurídico, es un acto ordenado y no ordimentalista.

De acuerdo a su contenido, podemos distinguir dos tipos de reglamentos: ejecutivos e independientes o autónomos. Puede decirse que los reglamentos ejecutivos son aquellos dictados por la administración para desarrollar una ley anterior, ya total, ya parcialmente. Los reglamentos independientes son los dictados como conse-

cuencia de la propia potestad reglamentaria. A esta categoría pertenecen los reglamentos de organización administrativa y los citados por la administración para autolimitar sus poderes discrecionales. De acuerdo al organismo o autoridad de que emanan, es posible hablar de reglamentos estatales, y reglamentos autónomos. En virtud de sus defectos, se ha llegado a hablar de reglamentos delegados, con lo cual se quiere aludir a aquellos reglamentos que pueden derogar leyes formales cuando estas hayan sido previamente deslegalizadas o desgradadas por el propio Poder Legislativo.

Reseña histórica.

La superioridad de la ley sobre el reglamento, superioridad antes citada por nosotros en el concepto mismo de reglamento, es un verdadero producto histórico. La potestad normativa durante el absolutismo estuvo en manos de un solo sujeto: el monarca. No es sino con la revolución francesa en que la Asamblea, como órgano representativo por excelencia se impone como el único poder con la potestad legislativa. Dice el Lic. Ortiz al respecto que la superioridad de la ley sobre el reglamento es más una superioridad del Poder Legislativo sobre el Poder Ejecutivo.

Luego de la revolución francesa, la relación anti-burguesa se organiza en Europa, con lo cual aparece la llamada "Santa Alianza" y el "principio monárquico". Hablaban entonces los monárquicos europeos de que en el Estado existen dos principios: uno monárquico y otro democrático. El órgano del primero es el rey, y la Asamblea lo es del segundo. Cada cual posee un poder normativo y una fuente de legitimidad propia. Es pues esta teoría la que marca el momento de partida para la separación entre la ley y el reglamento.

La Alemania del siglo XIX vio la unificación de los reinos esparcidos bajo la alianza de las clases burguesas y terratenientes (Junkers). Escribía Engels en 1870:

"La clase capitalista y la clase de los terratenientes feudales llegan en Alemania a un compromiso a fin de evitar una guerra civil decisiva. La clase pequeño burguesa está neutralizada, la clase obrera aislada". Pero desde el momento en que ya no se trataba de defender a la nobleza del empuje de la burguesía, sino a la protección de todas las clases poseedoras frente al empuje de la clase obrera, la vieja monarquía absoluta hubo de transformarse por completo en monarquía bonapartista, la forma de Estado especialmente elaborada para este fin...".⁽³⁴⁾

Simultáneamente con la concentración de poder que se iba dando en la monarquía, los pensadores políticos alemanes como Laband, Jellinek y Meyer "desarrollaban hasta su máxima expresión la

(34) Federico Engels. "La guerra campesina en Alemania".

(31) *Ibidem*. Pág. 22.

(32) Castejón Paz y Rodríguez Román. *Op. cit.* Pág. 73.

(33) La deslegalización, tal como la explicó el profesor García de Enterría, y según su forma de aplicación en España, podría constituir un intento de suplir la ley.

doctrina material de las funciones del Estado, según la cual hay identidad de naturaleza entre ley y reglamento, por ser ambos actos normativos, en cuanto abstractos y generales de contenido".⁽³⁵⁾

Conforme llegamos al siglo XX vemos como el Poder Ejecutivo va tomando más y más relevancia en el Ordenamiento interno de los Estados. Así, ya en Francia en 1914 se establece el poder alternativo de la ley (alternativo con el reglamento, claro está).

Para el Lic. Ortiz los factores por los cuales el Ejecutivo empieza a ser la piedra fundamental del ordenamiento son: aumento de atribuciones estatales, multiplicidad de los órganos, necesidad de coordinación, carácter predominantemente técnico y dinámico de los problemas e intereses a resolver, lentitud de funcionamiento de la Asamblea, excelencia y capacidad política mayores de los jefes de gobierno.⁽³⁶⁾

Para nosotros, todas esas razones son válidas, aunque no llegan al meollo del asunto cual es la necesidad de las clases dominantes de agilizar y modernizar su sistema de dominación, fin que se vuelve más viable por medio del Poder Ejecutivo, conforme el parlamentarismo burgués tiende a entrabar más y más la toma de decisiones políticas. De este modo es que nos explicamos el nuevo enfoque con respecto a la potestad reglamentaria: ya no se ve dicha potestad como una concesión de la ley, sino como algo inherente al Poder Ejecutivo, como una potestad que le pertenece por derecho propio. En su forma más radical, esta posición fundamenta la potestad reglamentaria en la constitución y no en la ley. A aun así, sigue aceptando hoy día el que la función reglamentaria es administrativa y que por tanto está sujeta a la ley.

El caso de Francia es el de los más interesantes pues tanto en dicho país como en Italia se acepta la existencia no claramente autorizada de poderes implícitos de organización y reglamentación, aunque en Francia esa solución abarca no sólo la potestad reglamentaria de los servicios propios, sino también la de sus actos de policía limitativos de las libertades públicas, "lo que parece violar de frente el principio de legalidad administrativa y la seguridad jurídica que intenta proteger".⁽³⁷⁾ En realidad, la situación francesa tiene su explicación en el gran poder político que para sí logró reunir el General De Gaulle, tema sociológico-político que ahora no podemos entrar a conocer. El caso es que la Constitución de la Quinta República ha establecido una reserva reglamentaria. Se da una lista de materias reservadas a la ley, dejando el resto para regulación exclusiva del reglamento. De la Vallina ha admitido también atisbos de reserva reglamentaria en los artículos 2º de la ley de Protección Administrativa y 10º apartado 8º de la ley de Régimen Jurídico de España.

(35) Lic. Eduardo Ortiz. "La potestad reglamentaria en Costa Rica". Revista de Ciencias Jurídicas N° 16, pág. 133.

(36) Ibidem.

(37) Ibidem. Pág. 134.

Sobre España el profesor García de Enterría ha admitido la descarada intromisión del gobierno franquista en la potestad legislativa por medio de la llamada deslegalización de la ley, consistente en la autorización legislativa para que el reglamento pase a regular materias ya reguladas con anterioridad por la ley. Con la deslegalización, contaba el profesor español, el Gobierno se trae abajo dos o tres instituciones autónomas anualmente.

La potestad reglamentaria en Costa Rica.

En nuestro país la potestad reglamentaria se atribuye en los artículos 121, inciso 22 de la Asamblea Legislativa, y 140 incisos 3 y 18 al Poder Ejecutivo. Desgraciadamente no podemos entrar a analizar ahora el contenido y las consecuencias jurídico sociales de esos artículos, prefiriendo por el momento y, de acuerdo a la tesis que sostuvimos en la introducción, dedicar las últimas páginas de este trabajo a lo que el Lic. Eduardo Ortiz ha llamado en un artículo suyo aparecido en la Revista de Ciencias Jurídicas N° 16, "La potestad reglamentaria como instrumento de desarrollo".

Con ello se refiere el distinguido profesor costarricense a la radical descentralización que hoy sufre nuestro sistema jurídico, al margen y aun en contra del texto constitucional. Así se analiza cómo la Asamblea Legislativa ha tenido que competir con el Ejecutivo en la solución rápida y casuística de los problemas sociales. "Se trata generalmente de leyes que producen situaciones de ventaja, tratando de estimular (fomento legislativo) o de producir igualdad (justicia distributiva por ley) y que, en el fondo, instituyen regímenes de favor en beneficio de grupos a menudo reducidos, con simultáneo detrimento del competidor o de otros grupos más poderosos económica y socialmente".⁽³⁸⁾ Su gran peligro es doble, en primer término, la violación de la igualdad ante la ley mediante la formación de cartas de privilegiados, oficiales o institucionalizadas, y en segundo término su rango de ley que hace impugnables tales actos en la vía contencioso administrativa.⁽³⁹⁾ Nosotros agregaríamos el peligro de que se legisle abiertamente a favor de un grupo que, en razón de la dinámica de su plan de desarrollo socio-económico, presione efectivamente en la estructura jurídico-política. Entre estas leyes mencionadas, llamadas también "ley providencia" o "ley acto", se citan los siguientes ejemplos: los contratos leyes, las leyes u otorgamiento de subvenciones o subsidios, las fianzas legislativas del Estado a favor de ciertas entidades públicas o privadas, las emisiones de bonos de la deuda pública, leyes que conceden indemnizaciones a damnificados por una catástrofe natural, las leyes que retroceden propiedad ya traspasada en firme al Estado por aplicación de otras leyes, etc.

(38) Ibidem. Pág. 179.

(39) Ibidem.

Todo lo anterior nos muestra cómo es el "ser social" el que sigue imponiendo la estructura superestructural de la sociedad y del peligro que significan las aspiraciones desmedidas de ciertos grupos sociales a los que el Lic. Ortiz como jurista no puede aludir directamente, pero que cualquier sociólogo apuntaría con facilidad, nos referimos a una joven burguesía empresarial con tendencias bastante bien definidas a nivel nacional e internacional que cada vez demanda más poder de decisión para su grupo. (40)

Con esto en mente podemos apreciar mejor los procesos que el profesor Ortiz cita cuando se refiere a la potestad reglamentaria como instrumento de desarrollo. Esos procesos serían:

- 1— El uso cada vez más frecuente de actos administrativos de alcance general por la Administración en el campo económico. En ese sentido la administración hace uso de diversas técnicas como:
 - a)—La planificación.
 - b)—Fijación autoritaria de precios y porcentajes de utilidades, sin límite legal o con el mismo.
 - c)—Fijación de cuotas de importación, exportación y consumo.
 - d)—Fijación integrales o fragmentarias de impuestos.
 - e)—Regulaciones sectoriales. Son ordenamientos creados por órganos distintos de los que constitucionalmente detentan la potestad reglamentaria en Costa Rica, que existen por razones de especialidad técnica y de descentralización administrativa.
- 2— Degradación de la ley: Con esto se hace referencia a la producción casuística de la Asamblea Legislativa ya aludida antes.
- 3— Desarrollo tecnológico y económico como fuente de especialización. Esto se relaciona con la formación de múltiples entes y organismos nuevos en el ámbito administrativo, con personalidad propia e identidad funcional.

Las consecuencias que se pueden sacar de este proceso no son tan simples como para concluir que las necesidades del Estado de Derecho obligan al Estado a intervenir para impartir la "justicia" y el "amor" entre las clases. Muy por el contrario, es la prueba de que el sistema liberal burgués es incompetente para alcanzar la suficiente madurez institucional y precisa de un Estado que con paliativos remedios siga poniendo parches superestructurales a los males de la infraestructura económica. Y así vemos que no importa cuánto se agilice la superestructura jurídico-política, las relaciones sociales de producción generan cada vez más y más contradicciones, con lo cual se anticipa el quiebre total del Estado demócrata liberal y la llegada de una democracia cualitativamente diferente a la que hoy tenemos, una nueva democracia.

(40) "La ampliación de la producción, la conquista del mercado, las posibilidades de inversión, etc., determinan que este sector tenga como cualidades típicas de su carácter, personalidad y gestión, las del joven capitalismo en desarrollo. Y que sus pretensiones, con base en el apoyo económico que las sustenta, no se limiten a una simple actividad económica, sino que se extienden a la esfera de lo político y lo social" (Rodolfo Cerdas). "La crisis de la democracia liberal en Costa Rica", pág. 89. EDUCA. San José. 1972).

CONCLUSION

Luego del análisis de las fuentes del Derecho, creemos haber demostrado cómo es imposible relegar las fuentes materiales del derecho a un segundo plano, siendo ellas las únicas que pueden explicar el cómo y el porqué del Derecho. Tal vez para mayor precisión deberíamos dejar claro que para nosotros fuentes materiales deben ser las condiciones de la infraestructura social en cada coyuntura socio-económica.

Creemos que la utilidad de esta infraestructura social como fuente del Derecho ha quedado corroborada con el presente trabajo, ya que ella fue nuestra guía durante todo el recorrido por las distintas fuentes del Derecho.

Vimos cómo los principios generales del derecho se reducen a los ideales objetivados de los distintos grupos sociales. Cómo la costumbre es producto de una primera objetivación de las relaciones sociales, cómo la jurisprudencia es obra de hombres de carne y hueso, con una ideología particular. Ha quedado claro también cómo la "voluntad general" no existe y cómo la ley es expresión de los intereses dominantes en un período histórico determinado. Por último, la evolución histórica de la potestad reglamentaria ha demostrado cómo los cambios de la administración pública operan en relación con las necesidades de las clases sociales que en un momento determinado poseen el poder económico de la sociedad.

Es claro que todas esas demostraciones siguen siendo débiles a falta de un instrumento más profundo y detallado. Sin embargo, un análisis tan general, y quizás, tan superficial, basta para darse cuenta de que el consabido "Estado de Derecho" no es más que un momento histórico en la transformación dialéctica del mundo hacia formas de asociación más justas y más humanas.



INDICE

	Pág.
IN MEMORIAM	10
PRESENTACION <i>Dr. Jorge Enrique Romero Pérez</i>	11
DOCUMENTOS:	15
Congreso Jurídico Nacional, 1973.	
Ponencias aprobadas	17
Cambio Jurídico y concepto de transformación.	
<i>Prof. Juan José Sobrado Chaves</i>	49
Comentarios al Código de Familia.	
<i>Prof. Eladio Vargas Fernández</i>	87
Código de Familia, ley N° 5476	118
Índice analítico del Código de Familia.	
<i>Prof. Luis Varela Quirós</i>	157
Delegación legislativa y recargos cambiarios.	
Su inconstitucionalidad.	
<i>Prof. Eduardo Ortiz Ortiz</i>	187
Contribución al estudio de la selección del contratista público en Costa Rica.	
<i>Dr. Jorge Enrique Romero Pérez</i>	237
Acerca de las fuentes del derecho administrativo.	
<i>Fernando Bolaños Céspedes</i>	381