DIRECTOR

Dr. Jorge Enrique Romero Pérez

UNIVERSIDAD DE COSTA RICA

FACULTAD DE DERECHO

COLEGIO DE ABOGADOS

REVISTA DE CIENCIAS JURIDICAS

51

SAN JOSE, COSTA RICA

SETIEMBRE — DICIEMBRE

1984

JUNTA DIRECTIVA DEL COLEGIO DE ABOGADOS

1984

Presidente:
Dr. William Muñoz Céspedes

Vice-Presidente:
Lic. Nilo Arce Sáenz

Secretario:
Rolando Soto Jiménez, M.C.J.

Prosecretario:
Lic. Eric Thompson Piñeres

Tesorero:
Lic. Rodrigo Alfaro Ramos

Fiscal:
Licda. María Elena Gómez Cortés

Vocal 1º:
Lic. Pilar Norza Hernández

Vocal 2º:
Lic. Jorge Valverde Soley

Vocal 3º:
Lic. Gerardo Morales Valverde

Vocal 4º:
Lic. Benjamín Odio Chan

Vocal 5º:
Dr. Raúl Marín Zamora

PRESENTACION

Este número de la revista continúa la labor de los anteriores 50 números.

Cabalmente, el Colegio de Abogados y la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, dieron realce especial a la celebración de ese notable acontecimiento. Tanto el Presidente del citado Colegio, Dr. William Muñoz Céspedes, con el apoyo unánime de la Junta Directiva; como el Decano Lic. Luis Fernando Solano de la mencionada Facultad, con le beneplácito del cuerpo docente y estudiantil, hicieron presentes su decidido respaldo a esta revista, como uno de los medios de expresión del desarrollo de la cultura jurídica del país.

En el lucido y simbólico acto, celebrado el jueves 17 de enero de 1985, participaron, entre otros, representantes de la Universidad de Costa Rica, de las revistas hermanas que se publican tanto al amparo del Alma Mater como fuera de ella, de las editoriales universitarias; y, del Gobierno.

Los distinguidos juristas homenajeados fueron: Eduardo Ortiz Ortiz (fundador de la revista), Rogelio Sotela Montagné (Decano de la Facultad de Derecho, cuando fue creada esta publicación), Rodrigo Odio González (Presidente de nuestro Colegio, cuando se fusionó la revista del gremio profesional con la universitaria), y la Universidad de Costa Rica, en la persona de su Rector Dr. Fernando Durán Ayanegui

Por lo que atañe al contenido de este número, cabe destacar la participación del maestro Jean Rivero acerca de la figura del mediador francés y la colaboración, que agradecemos, de los profesores Enrique Haba, Víctor Pérez, Bernardo Van Der Laat, Daniel Gadea y Mario Houed, sobre temas relacionados con la teoría del derecho, la organización de bibliotecas jurídicas, derecho laboral, criminología, e historia del derecho.

El Director.

CIENCIA JURIDICA: *¿QUÉ* "CIENCIA"? (*)

(El Derecho como ciencia: una cuestión de métodos)

Dr. Enrique P. Haba

Catedrático de la Universidad de Costa Rica

Investigador honorario de la Alexander von Humboldt-Stiftung.

(*) El contenido de este trabajo recoge, con leves modificaciones, el desarrollo de una conferencia que el autor efectuó en la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, el 16 de marzo de 1979, en el marco de la Cátedra de Métodos de Investigación Jurídica que en dicha Facultad funcionó bajo la dirección de la Licda. Eyenneri Venegas.

SUMARIO

INTRODUCCION

La conocida crítica de *von Kirchmann* (1847) contra la validez científica del conocimiento jurídico, en el transcurso del tiempo fue retomada y ampliada por otros autores (1). Pero nada de eso desveló mucho a los juristas. Su conciencia profesional no se dio mayormente por aludida, siguieron resolviendo sus problemas igual que antes. Los tratadistas del derecho, lo que suele llamarse la dogmática jurídica, en general pasaron la denuncia por alto (2); y el jurista común ni siquiera ha llegado a enterarse. En las universidades se continúa enseñando la "ciencia del derecho" tradicional, de modo que los profesionales de la materia (abogados, jueces, profesores, etc.) salen de allí convencidos —y seguirán convencidos luego— de que cumplen un quehacer de carácter "científico". Creo que vale la pena preguntar qué es lo que esto quiere decir.

No me propongo, empero, reexaminar las observaciones de *Kirchmann,* sino encarar el tema desde un ángulo más amplio. No preguntaré si el derecho *es* "ciencia", sino en qué *sentido* y bajo qué condiciones puede serlo o no serlo. No me preocupa que se recurra o no a la palabra "ciencia" para rendirle honor al pensamiento de los juristas, sino averiguar *qué quiere decir* esa palabra si está llamada a calificar dicho pensamiento. En otros términos: si lo que los juristas hacen es "ciencia", entonces hay que empezar por poner en claro qué *tipo* de ciencia es, cuál es su *status* cognoscitivo, qué *clase* de vías utiliza. El problema de fondo no es, pues, el del nombre que se le quiera colocar a ese quehacer, llamarlo "ciencia" o de cualquier otro modo (3). Lo que interesa es deter-

---

(1) Es el caso, por ejemplo, de una obra como la de Anders Vilhelm LUNDSTEDT, de título suficientemente sugestivo: *Die Unwissenschaftlichkeit der Rechtswissenschaft* (La no cientificidad de la ciencia jurídica), dos volúmenes, Berlín, 1932 y 1936. Pero tampoco faltan voces críticas en la actualidad; cf., por ejemplo, Antonio HERNANDEZ GIL, *Problemas epistemológicos de la ciencia jurídica,* Cuadernos Civitas, Madrid, 1976 (*vid.* esp. p. 26 ss., 88 ss., 133 ss.).

(2) Pero hay también excepciones, autores que no se contentan con aceptar simplemente los métodos tradicionales, sino que tratan de aportar contraargumentos frente a las críticas de KIRCHMANN y de otros: cf., por todos, Erik WOLF, *El carácter problemático y necesario de la ciencia del derecho* (trad. de Eduardo A. Vásquez), Abeledo-Perrot, col. Nueva Teoría, Buenos Aires, 1962.

(3) En realidad, la cuestión del nombre no es del todo indiferente. Puesto que el término "ciencia" conlleva semánticamente el acento de una valoración positiva, decir que algo es ciencia significa, de hecho, aludir con *aprobación* al tipo de conocimiento así denominado. De tal manera, decir que el derecho es "ciencia" configura tal vez otro ejemplo más de eso que *Stevenson* llama "definiciones persuasivas": cf. Charles L. STEVENSON, *Etica y Lenguaje* (trad. de Eduardo A. Rabosi), Paidós, Buenos Aires, 1971; *vid.* esp. el cap. III. 2.

minar qué requisitos o *garantías* metodológicas respaldan las conclusiones prácticas a que llega el jurista. Y a este respecto, como veremos, no cabe una respuesta uniforme, porque hay un abanico de posibilidades que resulta aconsejable *distinguir* entre sí. Objeto de nuestro artículo es justamente subrayar ese *pluralismo* de las "ciencias" a que se puede recurrir en el derecho, las diferencias entre ellas.

Dichas diferencias se resumen, si bien se mira, en una cuestión de métodos. En efecto, sabido es que la distinción entre ciencia y saber vulgar se asienta, fundamentalmente, en el hecho de que aquella somete sus conocimientos a mayores exigencias de rigor que este: las somete a *métodos* de investigación y, sobre todo, de comprobación. La actividad científica se define como tal, en cada una de sus ramas, por los respectivos métodos de control empleados en la disciplina de que se trate. En la medida en que el derecho quiere ser ciencia, tiene que preocuparse, por tanto, de establecer sus métodos. Pero la Metodología del Derecho es una rama que se halla todavía en formación. De ahí que ante todo sea necesario determinar con nitidez sus objetivos mismos, al servicio de los cuales estarán los métodos. Ahora bien, acerca de ello no rige acuerdo general entre los juristas. Es más, ni siquiera suele darse una conciencia clara de que hay allí una problemática que requiere ser examinada.

Esa problemática, que da lugar a una pluralidad de opciones metodológicas, se encuentra ya anunciada, de modo implícito, en la polisemia que afecta a los términos que conforman el nombre mismo de dicha disciplina: *métodos* del *derecho*. Hay que empezar por determinar de *qué* clase de "derecho" y de *qué* "métodos" se trata, para llegar a saber por qué caminos puede (¿y debe?) transitar la metodología jurídica. Ese será el primer punto que analizaremos, la cuestión de precisar estos conceptos fundamentales; el sentido que para cada uno de ellos se *elija* conllevará la elección del *tipo* de "ciencia" que se quiere practicar. Una vez determinado ese o esos tipos de ciencia, cabe ponerlos en relación con un análisis de la actvidad tradicional de los juristas: ver si, a la luz del concepto de ciencia elegido, corresponde o no llamarle "científica" a tal actividad. Finalmente, en función de los respectivos ideales de método científico, se pueden efectuar valoraciones sobre los resultados de dicha actividad y examinar perspectivas de futuro.

Al análisis de los mencionados puntos estarán dedicadas las tres partes centrales en que se divide el presente estudio, a saber:

I) *elección* del tipo de "ciencia" jurídica, sobre la base de la determinación (elección) del concepto de "derecho" y el de "método";

II) aplicación de estos conceptos a la *descripción* de la ciencia jurídica tradicional;

III) *evaluación* de los resultados de dicha ciencia y planteamiento de *perspectivas*.

I) DERECHO Y METODO

I.1. *El concepto de derecho.*

Las definiciones de lo que es "derecho" son múltiples (4). Mas no se trata de una discrepancia en la *formulación* meramente. Esas discrepancias se explican, en buena parte, por el hecho de que el término "derecho", en acepciones usuales, responde a usos lo bastante ambiguos y vagos como para que bajo esa denominación se haga referencia, según los casos, a cosas (o aspectos de una cosa) bastante diferentes (5). Por eso, según el ángulo sobre el cual cada autor ponga principal acento, existen muchas definiciones distintas del derecho. En realidad, no se trata tanto de nociones divergentes acerca de un *mismo* objeto, cuanto de objetos (o aspectos de un objeto) *distintos*, que empero suelen ser designados por un mismo símbolo lingüístico: la palabra "derecho".

Si bien se mira, las discusiones sobre lo que es *el* "derecho" no suelen tener mucho sentido. No existe *el* derecho, sino distintos campos o aspectos de fenómenos, a los que con cierta indiscriminación llamamos "derecho". Es asunto relativamente convencional el preferir reservar esa denominación para los fenómenos del tipo A y no (o menos) para los de tipo B, o a la inversa, pues tanto A como B se suelen mencionar por medio del mismo vocablo. Para evitar confusiones, basta con *distinguir* esas acepciones entre sí, llegado el caso, más allá de que se acepte o no llamarle "derecho" a una sola o a varias de ellas.

En una palabra: ninguna de las definiciones usuales del derecho es más "verdadera" o "verídica" que las otras. Pero puede ser *conveniente* ponerse de acuerdo en restringir el uso de dicha palabra a uno (alguno) de tales significados, para prevenir malentendidos en la comunicación; es decir, para que cada uno sepa mejor a qué se está refiriendo *exactamente* el otro cuando emplea este término. Se trata, por tanto, de una determinación de orden *convencional*, instrumental, de aquello que será considerado como "derecho". Convencional, esto es: una *elección*, una decisión *contingente*, destinada a delimitar el sentido de una palabra, resolviéndonos a preferir uno de sus significados. Elegir es indispensable, eso sí, para *fijarle* un objeto a la ciencia que queramos llevar adelante. Solo así podemos saber bien con respecto a *qué* "cosa" precisamos métodos y *cómo* hemos de emplearlos. La naturaleza del objeto determina los métodos que

(4) Cf., por ejemplo: Henri LEVY-ULLMANN, *Le definición del Derecho* (trad. de César Camargo Marín), Góngora, Madrid, 1925; y Werner MAIHOFER (comp.), *Begriff und Wesen des Rechts* (Concepto y esencia del derecho), Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstadt, 1973.

(5) Cf. Carlos Santiago NINO, *Introducción al análisis del derecho*, Astrea, Buenos Aires, 1980; *vid.* cap. I, esp. su Nº 1.

pueden ser pertinentes en relación con él. El *tipo* de ciencia que haya de aplicarse al derecho dependerá, pues, de la manera en que este se conciba como objeto, es decir, de la definición que para él se acoja explícita o implícitamente.

Sea cual fuere la noción de derecho aceptada, no hay que olvidar que se trata de una definición de carácter *estipulativo*. Claro que tal estipulación, la cual no puede ser sino voluntarista (por lo menos en cierto grado), es probable que esté elaborada sobre la base de alguna de las *múltiples* definiciones lexicográficas posibles (ya dadas o latentes) respecto a lo jurídico, y acaso procurando delimitarla con más precisión. Ahora bien, las definiciones acerca del derecho pueden ser agrupadas, *grosso modo*, en tres clases: (i) normativistas, (ii) axiologistas, (iii) sociologistas. Veamos, por su orden, de qué se trata.

(i) *Normativismo*.—Es la tendencia representada por la escuela analítica inglesa (*Austin* y otros), la *Begriffsjurisprudenz* (*Savigny, Puchta* y otros), etc. Las normas jurídicas son, de acuerdo a este tipo de enfoques, modelos *explícitamente* formulados que establecen un *patrón general* al cual deben ajustarse las conductas en determinadas hipótesis (igualmente generales) [6]. Ese modelo debe hallarse expresado en forma bastante precisa para que efectivamente pueda cumplir su función como guía general de conductas, ha de suministrar una distinción neta y preestablecida entre las conductas legítimas y las ilegítimas. De ahí que una formulación lingüística *previa* a su aplicación a los casos constituya, en general, un requisito para que las normas sean tales; el caso más típico es el de las leyes, pero también criterios de jurisprudencia y doctrina, e incluso principios consuetudinarios, aparecen formulados una vez que son reconocidos como normas (o como componentes de ellas) por los tribunales.

Quiere decir que a la concepción normativista del derecho subyace la idea de que este constituye un sector del lenguaje que el jurista conoce particularmente bien. En efecto, las normas no son otra cosa que un subconjunto lingüístico dentro del marco general del lenguaje común [7]. De lo que se trata, para el jurista, es de crear o reconocer ese lenguaje, para así sacar, en función de lo que este expresa, conclusiones en cuanto al carácter legítimo o ilegítimo de conductas y situaciones, reales o hipotéticas. Para el normativismo, por ende, el objeto de la ciencia del derecho será la *construcción e interpretación* de un *lenguaje*, el jurídico [8].

(ii) *Axiologismo*.—La conocida sentencia del Digesto, *jus est ars boni et aequi*, nos introduce en la esfera de otro tipo de definiciones [9]. Desde este punto de vista, el derecho viene a consistir en la solución "justa" o "equitativa" para cada caso. Dicho de otra manera, lo que propiamente es derecho se conoce con relación al caso concreto, no tanto bajo la forma de formulaciones abstractas (normas). Estas últimas pueden eventualmente *ayudar* a conocer la solución "justa", derecho, pero ellas no son el derecho *mismo*. El derecho no se agota en las normas, sino que estas constituyen apenas uno de los varios elementos de juicio que pueden entrar a jugar, en su caso, para descubrir cuál es la solución jurídica adecuada. En síntesis: derecho = justicia concreta [10].

---

(6) Prescindimos aquí de las "normas individualizadas" (*Kelsen*), como así también de señalar las diferencias —y pueden ser importantes— entre distintos modelos normativos.

(7) Tomamos en consideración fundamentalmente el caso de un derecho que, aunque sin renunciar a tecnicismos, sin embargo no se encuentra formulado en algún lenguaje artificial. *Vid.* también la nota siguiente, *in fine*.

(8) Decir que se trata de la "construcción" de un lenguaje, no significa que todos o la mayoría de sus términos tengan que ser propios, específicamente (exclusivamente) jurídicos. Los lenguajes profesionales no siempre adoptan la forma de un lenguaje artificial, sino que suele tratarse sólo de lenguajes *especializados*, técnicos. Solemos decir que constituyen "jergas" (científicas), porque aunque en general se sirven de palabras que todos conocemos, que entendemos cuando las hallamos en otros contextos, empero no alcanzamos a percibir bien su sentido cuando son empleadas en una conversación entre especialistas o en escritos sobre la materia, si no hemos aprendido antes la forma en que hay que expresarse dentro de dicha disciplina. Estamos, pues, ante la "construcción" de *un* lenguaje, en la medida en que el empleo de cada una de esas "jergas" obedece a una serie de criterios *propios* (fundamentalmente en el plano semántico), sin perjuicio de que estos vayan combinados con la semántica y la sintaxis del lenguaje común. Podría decirse, también, que se trata de un subsistema lingüístico apoyado en el sistema del lenguaje corriente. Sobre problemas generales de las relaciones entre lenguaje común y lenguaje del derecho, cf. mi artículo "Apuntes sobre el lenguaje jurídico (I): De la lengua común a la letra de las leyes", en *Revista de Ciencias Jurídicas*, Nº 37 (enero-abril 1979), p. 11-93; en esta y otras notas, se trata de la Revista editada por la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica y el Colegio de Abogados del mismo país, en San José.

(9) Cf. Michel VILLEY, *Compendio de Filosofía del Derecho. Definiciones y fines del Derecho* (trad. por Diorki; revisión de la traducción por Jesús Valdés y Menéndez Valdés), Eunsa, Pamplona, 1979; *vid.* esp. el Nº 52. Para un resumen y comentario de esta obra, cf. mi artículo "Desde las aulas de Aristóteles, para el jurista de hoy", en *Revista Judicial*, Año V-Nº 20 (junio 1981), p. 11-23, Costa Rica. Una discusión más detallada de este punto, para llegar a conclusiones que no coinciden enteramente con las de *Villey*, se encuentra en el libro de *Levy Ullmann* indicado en la n. 4º cf. su cap. I de la Primera Parte.

(10) Para la defensa de esta tesis cf., por todos, los trabajos de *Michel Villey*; por ejemplo, "Une définition du droit", en *Seize Essais de philosophie du droit*, Dalloz, París, 1969, p. 15-37 (*vid.* esp. p. 23 s.). Cf. también, en el mismo libro, el ensayo "Droit et règles", p. 221-233; y en la obra de dicho autor mencionada en la nota precedente, cf. los Nos. 38 ss.; *vid.* asimismo el segundo tomo de esa obra, cuyos detalles se indican *infra*, en la n. 25.

Por ejemplo, partiendo (implícitamente) de ideas semejantes, a veces se dice que tal o cual norma no puede ser "derecho", o que el juez no puede —para indicar lo que es derecho— limitarse a ser un autómata que subsume casos bajo la letra de la ley. Lo peculiar de tales puntos de partida es que la fijación del contenido del objeto-derecho queda así librada, en definitiva, a aquello que se entienda como "justo", "equitativo" o, en general, como adecuado a nociones valorativas que se manejan en el pensamiento jurídico: "orden", "seguridad", "equilibrio", "lo razonable", "bien común", "interés público", etc. En una palabra, el objeto de la ciencia jurídica pasa a ser, básicamente, el conocimiento de *valores* en cuanto tales. Todo queda subordinado, en última instancia, a la capacidad que el jurista tenga de reconocer esos valores, mejor dicho, de efectuar una *valoración* él mismo, especialmente con referencia a los casos concretos. La finalidad primordial de esa ciencia (o "arte") del derecho no será, entonces, la construcción de un lenguaje normativo, sino el desarrollo de facultades que permitan aprehender lo que es "bueno" jurídicamente. Como se ve, tales puntos de vista sobre el quehacer jurídico son tributarios de ideas iusnaturalistas; creen en la existencia de valores absolutos, o algo por el estilo, que los juristas estarían en condiciones de detectar para su aplicación adecuada a los casos que se presenten.

(iii) *Sociologismo.*—Un plano de enfoque muy distinto de los dos anteriores, es el adoptado por aquellos autores que llaman "derecho" al *hecho* de que determinado tipo de conductas se cumplan con una cierta regularidad, ya sea en un medio social (una colectividad o un sector de ella) o al menos en la práctica de los jueces. Es lo que señala, por ejemplo, el célebre dicho de *Holmes*: "Yo entiendo por 'Derecho' las profecías de lo que los tribunales harán en concreto; nada más ni nada menos" (11). Desde otro ángulo, también una noción como la de "derecho viviente", acuñada por *Ehrlich*, centra el enfoque en la esfera de los hechos: "Esto es, pues, el derecho *viviente*, en contraposición a aquel que es solo *válido* ante los tribunales o las autoridades. (...) El derecho viviente es el que no ha sido aún fijado en reglamentaciones, pero que, sin embargo, domina en la vida. Las fuentes de su conocimiento son sobre todo el moderno documento, pero también la observación inmediata de la vida, del comercio, de las costumbres y usos, y, luego, de todas las organizaciones, tanto las jurídicamente reconocidas como también las ignoradas por el derecho [positivo], y hasta las desaprobadas por este" (12). En concepciones como las de los autores citados, y otros (realismos escandinavo y usamericano, por ejemplo), el derecho se presenta, por ende, como algo que consiste en ciertas realidades sociales y psicológicas fácticamente dadas, datos *empíricamente* determinables. Es decir, que él no se reduce a normas —programas formulados lingüísticamente— ni a juicios valorativos —exigencias axiológicas, deber-ser—, aun cuando aquellas y estos puedan ejercer alguna influencia en las conductas que se consideran constitutivas de lo jurídico; pero incluso en este último caso, el derecho se localiza en función de las conductas *mismas*.

(11) Oliver Wendell HOLMES, *La senda del derecho* (trad. de Carlos A. Garber), Perrot, Buenos Aires, 1959, p. 19.

(12) Eugen EHRLICH, "Die Erforschung des lebenden Rechts" (La investigación del derecho viviente), en *Recht und Leben* (Derecho y vida), Duncker & Humboldt, Berlín, 1967, p. 11-27; la cita está tomada de la p. 19.

Los tres tipos de concepción indicados —normativismo, axiologismo, sociologismo— ponen el acento, respectivamente, en aspectos que, desde luego, pueden ser complementarios y entre los cuales se dan interacciones en la actividad jurídica, sea cual fuere la definición que se acepte de esta. Se podría también decir, por ejemplo, que el derecho no es *solamente* norma, ni *solamente* valor, ni *solamente* experiencia; que comprende *todas* esas tres cosas, en forma alternativa o copulativa, según los casos (13). En última instancia, como lo subrayamos desde el principio, el derecho puede ser definido por cualquiera de esas vías, dada la polisemia del término. Pero desde el punto de vista metodológico *conviene* más centrar la definición sobre un solo plano, para luego determinar cuáles son los métodos congruentes con él y cuáles no; a cada uno de esos planos corresponde un tipo de métodos *distinto*.

En definitiva.—Puesto que el método (medio) está en función del objeto que se investiga, la *elección* (definición) de ese objeto determinará la del método que le es aplicable. Es decir, que según el ángulo sobre el cual se decida poner el acento, será diferente la clase de *ciencia* a que corresponda recurrir. En consecuencia, el tipo de definición del derecho que explícita o implícitamente recojamos, determinará qué exigencias metodológicas hemos de plantearle a la ciencia jurídica.

1.2. *El concepto de método y de ciencia.*

Hemos estado manejando la palabra "método" sin precisarla. Pero es indispensable hacerlo, ya que también este vocablo es polisémico. Pueden efectuarse dos deslindes, a cuenta de muchos otros: distinguir, primero, entre un sentido más genérico (*i*) y un sentido más específico (*ii*), en la utilización de dicho término; y luego, ya en el seno de esta última acepción, que corresponde a la idea de los procedimientos científicos, distinguir todavía entre métodos en sentido estricto (*a*) y en sentido amplio (*b*). La idea de "ciencia", a su vez, dependerá del tipo de métodos que se entiendan adecuados: los del tipo (*a*) fundan las ciencias en sentido estricto, mientras que los del tipo (*b*) dan lugar a ciencias en sentido amplio.

(13) Una posición de esa índole es, por ejemplo, la de *Miguel Reale*, al formular su conocida "teoría tridimensional" del derecho: como hecho, como valor, como norma.

(*i*) En su sentido más genérico, más lato, muchas veces se llama "método" a *cualquier* clase de medios empleados para lograr un fin. Ahí basta, para entender que estamos ante un método, el hecho de que alguien utilice ciertos procedimientos —estén o no determinados en forma nítida— para alcanzar cierto resultado. Así, por ejemplo, se dice que dos profesores usan distintos métodos de enseñanza, aun cuando ninguno de los dos tenga elaborado un plan pedagógico claramente estructurado, que señale punto por punto en qué consiste el desarrollo de ese "método" (14). Se hace difícil entonces que otro profesor pueda, si lo desea, aplicar, también él, ese *mismo* "método", o sea, conseguir similares resultados en función de una aplicación de iguales medios. Esta clase de métodos, por tanto, no suelen ser transferibles tal cual, o al menos no es seguro que puedan conducir siempre a resultados análogos.

(*ii*) Los métodos *científicos,* en cambio, están sometidos a exigencias mayores. Requieren que su puesta en ejecución corresponda a un *plan* preestablecido; y que su realización pueda ser *controlada* intersubjetivamente, es decir, que la verificación acerca de si ese plan ha sido (o no) ejecutado en forma correcta, esté al alcance de una pluralidad de investigadores. Pero la intersubjetividad puede, a su vez, ser muy nítida y unívoca, o serlo menos. Esta diferencia de grados en el nivel de la intersubjetividad marca la distinción entre métodos científicos en sentido estricto y en sentido amplio.

(ii.a) Los métodos en *sentido estricto,* métodos *propiamente dichos,* son aquellos que se benefician de una intersubjetividad "fuerte", esto es: dentro del círculo de los conocedores de la disciplina respectiva, en principio todos ellos están en condiciones de verificar si un método de ella ha sido correcta o incorrectamente aplicado, y si los resultados obtenidos son o no son correctos de acuerdo a los criterios de dicha ciencia. Decimos que la intersubjetividad de tales métodos es "fuerte" por el hecho de que reina un *acuerdo general,* entre los miembros del "círculo", sobre la forma de aplicarlos: sobre la calificación de los resultados *concretos* alcanzados, en cada caso, mediante dicha aplicación. Son métodos cuyo plan no se presta a pluralidad de interpretaciones, del mismo modo que son uniformes las soluciones a que cada uno de ellos conduce en su aplicación a un caso dado (15). Estas son las clases de métodos que se aplican, de manera predominante, en las ciencias de la naturaleza y en las lógico-formales.

(*ii.b*) Métodos en *sentido amplio* puede llamarse a procedimientos que, aun cuando no dejan de presentar una cierta intersubjetividad, sin embargo esta es menos definida; el control de que son susceptibles es mu-

---

(14) Ocurre, simplemente, que dichos profesores tienen distintas características personales, o difieren en la manera de encarar ciertos puntos del programa de estudios, todo lo cual se trasluce en la forma de dar sus clases. En razón de eso, obtienen tales o cuales resultados pedagógicos, mejores o peores; y entonces se dice que estos resultados son la consecuencia del "método" empleado por cada uno de ellos. Es obvio que ahí el término "método" se emplea de acuerdo con una acepción muy extensiva. (En la pedagogía de nuestros días, por lo demás, no es inusual —sobre todo cuando se trata de "técnicas" para hacer más "científica" la aplicación de las llamadas ciencias del espíritu— que esa falta de intersubjetividad en la determinación de los contenidos no logre, a pesar de todo, ser superada —sino solo disimulada— por la introducción de esquemas pretenciosos al presentar los planes de estudio y el recurso a engañifas numéricas en las evaluaciones del aprendizaje. Muchos no consiguen enterarse de que el *nivel* de una "ciencia" no se mide por el grado de pedantería que presente su jerga profesional, sino por la diferencia en los *resultados.* Llamaría menos a engaño si no se confundiera —como tan a menudo sucede— lo que es un *método* con el uso de meras técnicas de *presentación,* por más "elaboradas" que estas sean y por más cuantificaciones que contengan.)

(15) De este punto me he ocupado con mayor detención en otro sitio: "Lo racional y lo razonable", en *Revista de Filosofía de la Universidad de Costa Rica,* año XVI Nº 43 (enero-junio 1978), p. 1-32. Allí propongo la siguiente definición de método científico en sentido estricto:

> "*Método* es un conjunto de procedimientos intelectuales (y eventualmente materiales), ordenados de acuerdo a un plan racional preestablecido, que en un dominio dado se aplican como medio para la realización de cierta finalidad (de conocimiento puro o práctica); procedimientos que en su ejercicio y resultados (praxis) logran acreditar su efectividad intersubjetivamente —lógica constrictiva o plausibilidad— a los ojos de un determinado círculo de conocedores" (p. 20).

En cuanto a la *inter-subjetividad,* que constituye la idea clave de dicha definición, puede decirse que consiste en lo siguiente: "la verificación, el control de la legitimidad de una afirmación, tiene que depender de criterios lo bastante firmes como para que la gente —al menos los hombres de ciencia— esté en condiciones de hallarse habitualmente *de acuerdo* sobre la aplicación de tales criterios, es decir, sobre el valor (probabilidad, plausibilidad) de los resultados obtenidos por dichas vías. Estos resultados deberán poder ser comunicados, pues, sin riesgo de malentendidos, ya que la intersubjetividad de una ciencia se funda justamente en eso:

> (i) en el hecho de disponer de un lenguaje riguroso, o sea, susceptible de ser generalmente entendido de modo inequívoco, al menos en la comunicación entre los especialistas de la disciplina respectiva;
>
> (ii) en el hecho de que los procedimientos y resultados de esa disciplina puedan ser expresados en forma adecuada por medio de dicho lenguaje;
>
> (iii) y en el hecho de que rija acuerdo (de los especialistas) sobre el manejo de tales medios" (*ibid.,* p. 4).

Qué requisitos científicos son indispensables para acreditar una racionalidad (propiamente dicha) en el pensamiento *jurídico* y cómo ello depende de la elección de métodos suficientemente intersubjetivos, es tema que he desarrollado asimismo en otro artículo, que recoge (en forma algo abreviada) buena parte de las ideas presentadas en el trabajo señalado al comienzo de esta nota: "Rationalité et méthode dans le droit", en *Archives de Philosophie du Droit,* t. 23 (1978), p. 265-293, Sirey, París.

cho más flexible, no siempre unívoco. Por eso decimos que allí reina una intersubjetividad "débil", ya que, incluso dentro del círculo de especialistas de la disciplina respectiva, hay lugar a desacuerdos sobre cuándo y cómo son aplicables tales métodos, y sobre todo acerca de la medida en que son correctos tales o cuales resultados obtenidos por esas vías [16]. Esta clase de métodos se presentan principalmente en las llamadas "ciencias del espíritu": historiografía, filología, estética, hermenéutica, etc. [17]. En tales dominios, lo más que suele alcanzarse son resultados *razonables*. Resultados cuya intersubjetividad consiste en el hecho de que, aun allí donde no estamos muy de acuerdo con ellos, por lo menos no los juzgamos absurdos; han sido obtenidos sobre la base de determinados criterios (elásticos) que se consideran como aceptables en el seno de la disciplina en cuestión, por más que puedan desembocar en conclusiones relativamente discutibles.

I.3. *Relaciones entre derecho y método científico.*

Hemos señalado tres grandes tipos de concepciones del derecho y dos grupos de métodos científicos. La pregunta acerca de las relaciones entre derecho y método puede admitir, en consecuencia, por lo menos seis respuestas distintas. Nosotros nos limitaremos a subrayar tres grandes tipos de posibilidades, suponiendo que el método es elegido en forma congruente con la concepción del derecho de que se parta.

(*i*) Si se parte de una posición *normativista,* entonces la ciencia del derecho debería abocarse a la construcción de un lenguaje "bien hecho". Se trataría entonces de una ciencia del discurso, el principal acento estaría puesto en la elaboración de un lenguaje lo más riguroso posible [18]. El jurista podría inspirarse en el instrumental científico suministrado por la lingüística moderna: esto sobre todo en el plano de la sintaxis (incluso lenguajes formalizados) y de la semántica, pero naturalmente sin perder de vista la dimensión pragmática. En general podría tomar ejemplo del lenguaje técnico de ciencias afines.

---

(16) Muchos autores, sin embargo, reservan el término "intersubjetividad" para aludir exclusivamente a una comunicación del tipo que caracteriza a las ciencias en sentido estricto: lo que nosotros hemos llamado intersubjetividad "fuerte", es decir, aquella que ofrece un grado muy alto de univocidad.

(17) No digo que en dichas disciplinas no se apliquen también, en su caso, métodos propiamente dichos. Pero lo cierto es que, aunque estos pueden llegar a tener un sitio en ellas, asimismo juegan allí en alta medida métodos en sentido amplio; en mucha mayor medida que en las ciencias lógico-formales o en las de la naturaleza. Por lo menos ello se da en el marco de enfoques tradicionales, de los cuales aquellas disciplinas están lejos de hallarse libres.

(18) Cf. Norberto BOBBIO, *Contribución a la teoría del derecho* (edición a cargo de Alfonso Ruiz Miguel), Fernando Torres Editor, Valencia, 1980; *vid.* allí "Ciencia del Derecho y análisis del lenguaje", p. 173-200, esp. los Nos. 6 ss.

(*ii*) Si se parte de puntos de vista como los del *axiologismo,* entonces el acento habría sobre todo que dirigirlo, en cambio, hacia la aprehensión de valores y de su proyección en las circunstancias concretas. Eso nos sumerge en medio del arduo problema filosófico de averiguar cómo se puede llegar a *captar* esos valores. Los iusnaturalistas suelen afiliarse, explícita o implícitamente, a posiciones que corresponden a la tendencia del intuicionismo en axiología. Empero, más allá de lo acertada o no que sea la posición intuicionista en el debate sobre la naturaleza de los valores y valoraciones, una cosa es innegable: que no se conocen criterios *científicos* (propiamente dichos) para establecer la distinción entre "intuiciones" correctas e incorrectas en materia de valores. Salvo que esos valores se tomen como simples datos empíricos, de carácter sociológico o psicológico: por ejemplo, efectuar una inducción a partir de la frecuencia de valoraciones efectivamente realizadas; pero en tal caso estaríamos más bien en el campo de la posición que indicamos a renglón seguido.

(*iii*) Para el *sociologismo,* se trata simplemente de comprobar realidades empíricas, hechos verificables en el dominio de los fenómenos sociales: conciencia (promedial) de que existen determinadas reglas, acatamiento de criterios que (de hecho) son "vistos" como valores jurídicos, sometimiento de la actuación de los particulares o de los jueces a ciertos patrones de conducta regularmente obedecidos, etc. Si el derecho es eso, o sea, pautas en la medida en que son *efectivamente* reconocidas y acatadas por los individuos, entonces ello puede ser captado, por lo menos hasta cierto punto, mediante los métodos propios de la sociología empírica o de la psicología social.

Podría decirse, claro está, que estas tres clases de enfoques no son excluyentes. Así es, en efecto. No obstante, como ya lo señalamos, conviene no perder de vista sobre cuál de esos aspectos ha de centrarse la atención, sea en general o frente a casos concretos, para poder hacerlo por medio de métodos congruentes o para establecer una jerarquía entre tipos de métodos. Según el aspecto que se considere como *fundamental* en la aplicación del derecho —pues siempre se pone, de hecho, el acento sobre *alguno* de ellos— serán adecuados unos u otros métodos. En una palabra: sin perder de vista eventuales interrelaciones entre distintos planos del conocimiento, conviene saber sobre cuál de ellos queremos apoyarnos en lo fundamental, para darle la primacía a los procedimientos congruentes con él.

I.4. *Conclusiones.*

En defitiniva, estamos ante un pluralismo en cuanto a los tipos de métodos eventualmente aplicables en el derecho. Mas ese pluralismo hace necesario, si queremos proceder científicamente, el no confundir entre sí dichos tipos. Lo correcto es aplicar solo o predominantemente métodos de aquel tipo que corresponda al concepto de derecho que estamos presuponiendo.

Métodos *en sentido estricto* tienen cabida principal si nos afiliamos a posiciones del tipo *i* o *iii*. En cada una de estas dos hipótesis, por lo demás, se trataría de métodos de carácter distinto: fundamentalmente lingüísticos unos, fundamentalmente sociológicos los otros. Si se acepta la posición *ii*, en cambio, sobre todo se recurriría a métodos *en sentido amplio*, en el mejor de los casos. Quiere decir que las posiciones *i* y *ii* permiten (o apuntan a) que el derecho se constituya en una ciencia en sentido estricto, mientras que la posición *ii* implica que el derecho no puede pasar de ser una ciencia en sentido amplio.

Hay que señalar, sin embargo, que las opciones indicadas se dan de una manera tan disyuntiva solo si las referidas posiciones son sostenidas en forma *congruente*. No siempre es así. Más: ni siquiera lo es en la mayoría de los casos, atento a los desarrollos que solemos encontrar en la doctrina jurídica. En esta predominan puntos de vista que, implícitamente, se mueven más bien a medio camino entre las posiciones *i* y *ii*. Podría decirse que constituyen algo así como un "normativismo axiologista" o un "axiologismo normativista", para llamarlo de alguna manera [19]. Se entiende que al jurista le corresponde conocer y aplicar normas, pero solo en tanto en cuanto estas sean "justas", o por lo menos que no sean "manifiestamente" injustas. Es claro que sobre presupuestos tan híbridos resulta prácticamente imposible la elaboración de métodos propiamente científicos. De esa manera, al fin de cuentas tales enfoques vienen a ser absorbidos, en buena medida, por la posición *ii*.

Las tres posiciones que hemos destacado constituyen algo así como "tipos ideales", en el sentido de *Max Weber*. Cuál de esos caminos se toma, y en qué medida se toma, depende de una *elección* que el jurista realiza de alguna manera, en forma consciente o inconsciente. Ella se encuentra determinada, en última instancia, por intereses (prácticos o de conocimiento) e ideologías. La *metodología* del derecho no tiene la palabra más que *a partir* de dicha elección, pero aquella no determina jamás la elección básica misma. Esta no se produce en función de un examen científico, sino que es un asunto de *decisión*, de valoraciones fundamentales.

*
* *

Sobre la base de los desarrollos efectuados hasta aquí, ahora estamos en condiciones de abocarnos a contestar dos preguntas. Primero: ¿qué métodos se *están* aplicando actualmente en el derecho? Segundo: ¿qué métodos *pueden* y *deben* aplicarse en el derecho? La primera pregunta nos remite a un plano de mera descripción: se trata simplemente de señalar

(19) Como representativo de esa posición, cf. por todos: Karl LARENZ, *Metodología de la Ciencia del Derecho* (trad. de Marcelino Rodríguez Molinero), Ariel, Barcelona, 1980 (2ª edición; trad. de la cuarta edición alemana, definitiva).

lo que ya *es*, analizándolo a la luz de los conceptos que hemos explicado; de esto nos ocuparemos en la parte que sigue (II). La segunda pregunta, en cambio, nos ubica en un plano distinto: el de la *crítica* y el de ciertas postulaciones; a ello nos referiremos un poco más adelante (parte III).

II) LA CIENCIA JURIDICA TRADICIONAL

II.1. *El lenguaje jurídico.*

Aunque tal vez sin formular ese programa de una manera muy explícita, la ciencia jurídica tradicional ha encarado su función propia como una labor de carácter fundamentalmente lingüístico, como trabajo de elaboración y manejo de un *lenguaje profesional* [20]. En los ordenamientos donde la ley tiene un rango privilegiado de fuente formal y donde se supone que ella provee el núcleo principal del derecho positivo, la interpretación del lenguaje de las leyes, es decir, las paráfrasis y las "construcciones" asentadas (real o presuntamente) sobre los textos legales, constituyen la actividad por excelencia que se adjudican los científicos del derecho. El lenguaje jurídico aparece constituido, así, por una combinación de textos oficiales y formulaciones doctrinarias, sea que estas emanen de la doctrina propiamente dicha o de la jurisprudencia.

Queremos preguntarnos cómo funciona ese lenguaje, desde el punto de vista de las exigencias metodológicas. Ello equivale a señalar el *tipo* de "ciencia" que representa el pensamiento jurídico tradicional. Podemos distinguir, en ese sentido, tres planos de tematización progresiva en la conciencia sobre la forma en que el jurista razona dentro del marco de dicho lenguaje.

II.2. *Planos de comprensión.*[21]

Plano primero.—Se trata de una comprensión no problematizada de los textos jurídicos. Aquí el jurista razona con base en sentidos que son

(20) Para ser más precisos: entendemos por "ciencia jurídica tradicional", la dogmática del llamado derecho continental tal como este ha ido produciendo su doctrina desde *Savigny* hasta nuestros días. Pero los caracteres no parecen diferir demasiado, en cuanto al fondo, de la doctrina del *common law* (cf. David MELLINKOFF, *The Language of the Law*, Little, Brown and Company, Boston-Toronto, 1963, p. 24 e *in totum*), ni tampoco de la forma en que los juristas encaraban ya su labor en la Edad Media (cf. Mario SBRICCOLI, *L'interpretazione dello statuto*, Dott. A. Giuffre, Milán, 1969, *in totum*) o aun en el Derecho Romano (cf. Franz HORAK, *Rationes decidendi* I, Scientia, Aalen, 1969, *in totum*). Siempre se trata de una manipulación especializada, técnica, de cierto lenguaje profesional.

(21) Debo la sugerencia sobre la distinción entre tres "modelos de comprensión" *(Verstehensmodelle)*, los cuales guardan una correspondencia con los "planos"

obvios en el lenguaje común, y los capta simplemente por la intuición lingüística que es habitual dentro de la colectividad donde vive. En todo caso, ese lenguaje común puede aparecer "salpicado" por algún que otro término técnico del derecho. Pero lo característico de este plano es que el jurista, mientras no vaya más allá, no se plantea la cuestión de determinar esquemas de pensamiento *específicos* para su labor profesional. Por lo demás, en dicho plano el razonamiento jurídico permanece ligado a todas las imprecisiones del lenguaje cotidiano [22].

Plano segundo.—Aquí se dan ya intentos más específicos de racionalización del pensamiento jurídico. Esto por medio de "cánones hermenéuticos", es decir, de criterios generales para abordar la interpretación de los textos en el derecho. Aunque cánones fueron manejados desde mucho antes, solo aparecen claramente sistematizados de *Savigny* en adelante. Este había señalado, como se sabe, que la interpretación de las leyes debe llevarse a cabo teniendo en cuenta cuatro "elementos": el gramatical, el lógico, el histórico y el sistemático. Esa enumeración se hizo clásica; dichos "elementos" aparecen comúnmente, recogidos de una u otra manera, ya sea todos o algunos de ellos, en la dogmática y en la jurisprudencia del derecho continental. Hay también autores que introducen allí ciertas variantes, pero sin alejarse demasiado del sentido general (y de las imprecisiones) que tiene el modelo de *Savigny*. Por ejemplo, *Betti* subraya los siguientes criterios hermenéuticos: canon de la autonomía o de la inmanencia, canon de la totalidad y coherencia, canon de la actualidad del entender, canon de la adecuación del entender (correspondencia o consonancia) [23]. Sobre la base de estos cuatro patrones, el jurista se halla, según tal autor, en condiciones de abordar en forma verdaderamente "metódica" la interpretación de las leyes. Sin embargo, la aplicación de aquellos no está libre de dificultades, como más de una vez se ha hecho notar. Ante todo, porque cada uno de los cánones está lejos de no poder ser interpretado, a su vez, de maneras distintas. Y luego porque, aunque no

---

que indico en el presente numeral, al Prof. *Gerhard Struck,* quien la expuso en una sesión (21.4.76) del Seminario de Metodología Jurídica del Prof. *Josef Esser,* en la Universidad de Tubinga. Por supuesto que a ninguno de los dos profesores alemanes le corresponde responsabilidad alguna en cuanto a la manera en que, por mi parte, enfoco aquí esa temática.

(22) Sobre la manera en qeu el lenguaje cotidiano incide en el lenguaje jurídico, cf. el trabajo mencionado al final de la n. 8.

(23) Cf. Emilio BETTI, *Interpretación de la ley y de los actos jurídicos* (trad. de José Luis de los Mozos), Editorial Revista de Derecho Privado/Editoriales de Derecho reunidas, Madrid, 1975, p. 31 ss.. La referencia a cánones, coincidentes o no con los señalados por *Betti,* aparece también en la obra de otros autores, como por ejemplo: Helmut COING, *Die juristischen Auslegungsmethoden und die Lehren der allgemeinen Hermeneutik* (Los métodos jurídicos de interpretación y las enseñanzas de la hermenéutica general), Westdeutscher Verlag, Colonia y Opladen, 1959 (*vid.* esp. los apartados II y III), y Friedrich MÜLLER, *Juristische Methodik* (Metodología Jurídica), 2ª ed. (ampliada), Duncker & Hunblot, Berlín, 1976 (*vid.* esp. el Nº 33).

se diera lo anterior, siempre queda pendiente el problema de la jerarquía, saber a qué canon se le dará preferencia sobre otro(s) en caso de contradicciones entre ellos. Dificultades similares se presentan también, por supuesto, al hacer entrar en juego los "elementos" de *Savigny* y en general criterios análogos (por ejemplo, los "elementos" que indica *F. Müller* en su libro sobre *Metodología Jurídica*) [24].

Plano tercero.—Más recientemente, el pensamiento de los juristas ha sido analizado como un discurso que corresponde al tipo de razonamientos que aparece aludido bajo rubros como "tópica", "argumentación", "hermenéutica", etc. [25]. El común denominador de todos estos análisis lo constituye una mayor conciencia de la relatividad, es decir, de la flexibilidad y variabilidad que tienen las interpretaciones de los textos del derecho. Se reconoce que dicha interpretación no puede ofrecer la firmeza de las conclusiones que se alcanzan en las ciencias en sentido estricto. Pues el lenguaje jurídico da lugar a un 'pesaje" o "balanza" de argumentos, en pro y en contra de las soluciones prácticas propuestas; se mueve en función de auditorios y de los consensos que allí se puedan alcanzar; es solidario de precomprensiones, generales y profesionales; su interpretación se encuentra subordinada a objetivos de justicia y a una apreciación anticipada de los resultados, etc. Todo eso hace que, en definitiva, el razonamiento jurídico sea antes bien un "arte" que una ciencia: cuestión de "prudencia" (*phrónesis*), de "dialéctica" (en sentido aristotélico), de in-

---

(24) Para una crítica más detallada de las ideas de *Betti,* cf. mi comentario: "Sur une 'méthodologie' de l'interprétation juridique", en *Archives de Philosophie du Droit,* tomo XVIII (1973), p. 371-383; *vid.* esp. 379 ss. Sobre *Müller,* cf. mi reseña del libro mencionado en la nota anterior, en *Archives de Philosophie du Droit* t. 26 (1981), p. 460-462; cf. también, para una crítica más general de la posición de este autor, el Nº 43 (p. 186 ss.) de mis "Apuntes sobre el lenguaje jurídico (III): Alternativas para el intérprete", en *Revista de Ciencias Jurídicas,* Nº 39 (setiembre-diciembre 1979), p. 153-258.

(25) Cf. las obras siguientes, lo bastante repreesntativas de dicho género de enfoques: Theodor VIEHWEG, *Tópica y purisprudencia* (trad. de Luis Díez Picazo), Taurus, Madrid, 1964; Hans Georg GADAMER, *Verdad y método* (trad. de Ana Agud Aparicio y Rafael de Agapito), Ediciones Sígueme, Salamanca, 1977 (*vid.* esp. p. 397 ss.); Ch. PERELMAN, *La lógica jurídica y la nueva retórica* (trad. de Luis Diez-Picazo), Editorial Civitas, Madrid, 1979; Josef ESSER, *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung* (Procomprensión y elección del método en la determinación judicial del derecho), Athenäum Fischer Taschenbuch Verlag, Francfort, 1972; Michel VILLEY, *Philosophie du droit II. Les moyens du droit,* Précis Dalloz, París, 1979 (se trata de la continuación del *Compendio* indicado *supra,* en la n. 9); *vid.* también el libro de MÜLLER señalado en la n. 23. Para un cuadro muy ilustrativo, particularmente rico en ejemplos, sobre la manera cómo en la práctica judicial operan criterios de tal índole, cf. el estudio de Gerhard STRUCK, *Topische Jurisprudenz* (Jurisprudencia tópica), Athenäum, Francfort, 1971.

tercambio "razonable" de opiniones: no es la aplicación de una "fría" lógica formal [26].

Los tres planos indicados no son excluyentes. Todos ellos se interrelacionan en el seno de la práctica jurídica. El jurista utiliza, en efecto, tanto elementos que corresponden simplemente a una conciencia lingüística vulgar (plano 1), como asimismo cánones jurídico-hermenéuticos (plano 2) y términos que representan conceptos técnicos de su profesión; todo eso lo maneja en el seno de "argumentaciones" (plano 3), las cuales contienen "lugares" (*topoi*) de uso específicamente jurídico, combinados con otros que son de carácter más cotidiano. Pero tal multiplicidad de ingredientes se explica, en definitiva, por el hecho de que el objeto mismo de esa ciencia jurídica no está determinado de una manera nítida (normativismo axiologizante: cf. *supra* I.4, a la altura de la nota 19) [27].

II.3. *Conclusiones.*

La descripción que antecede justifica que se extraigan las siguientes conclusiones en cuanto al *status* científico del pensamiento jurídico tradicional.

(i) La ciencia jurídica tradicional implica una concepción heterogénea en cuanto al derecho como objeto; concepción en la cual se entremezclan elementos del lenguaje vulgar, nociones técnico-jurídicas, esquemas normativos y cánones hermeneúticos, objetivos axiológicos y presupuestos ideológicos en general, etc.

(26) Respecto a tales puntos de vista, he presentado observaciones críticas en varios trabajos. Sobre la "hermenéutica filosófica" de *Gadamer,* cf. mi artículo "Hermeneutik contra Rechtswissenschaft" (Hermenéutica contra ciencia jurídica), en *Archiv für Rechts-und Sozialphilosophie,* vol. LXIV/2 (1978), p. 163-181; *vid.* también mi comentario sobre la obra de dicho autor indicada en la n. 25, en *Revista de Filosofía de la Universidad de Costa Rica,* vol. XX/Nº 51 (junio 1982), p. 96-99. Sobre *Perelman* y su teoría de la "argumentación" (o "nouvelle rhétorique"), cf. el trabajo indicado en la n. 15, esp. los Nos. VIII ss.; *vid.* también mi comentario sobre la obra de dicho autor indicada en la n. 25, en *Revista de Ciencias Jurídicas,* Nº 33 (setiembre-diciembre 1977), p. 220-224. Sobre el libro de *Esser* señalado en la n. 25, cf. mi nota: "Pré-compréhension et rationalité dans le travail du juge", en *Archives de Philosophie du Droit,* t. 20 (1975), p. 385-400. Acerca de *Müller,* cf. los trabajos respectivos indicados en la n. 24.

(27) Un enfoque distinto al de los indicados, en especial con referencia a la teoría de la interpretación jurídica, he tratado de esbozarlo en dos trabajos principalmente: *Esquemas Metodológicos en la Interpretación del Derecho Escrito,* col. Cuadernos de Filosofía del Derecho Nº 9, Universidad Central de Venezuela/Facultad de Derecho, Caracas, 1972; y "Apuntes sobre el lenguaje jurídico (III)", cit. en la n. 24 *in fine.*

(ii) En la medida en que el jurista (tradicional) se sirve de métodos, estos lo son solo (o predominantemente) en sentido amplio y aparecen a menudo subordinados al cuadro de argumentaciones.

(iii) Todo ello se traduce en un bajo nivel de racionalidad científica, intersubjetividad débil, por:

(a) falta de una teoría unitaria para organizar el razonamiento jurídico como sistema global, o al menos como sistema (propiamente dicho) dentro de una rama dada;

(b) falta de precisión en el contenido mismo de los cánones y en la base para proceder a elegir (jerarquía) entre ellos;

(c) intervención de múltiples factores —a través de puntos de vista axiológicos y en general debido al papel que aquí juegan las argumentaciones— en donde resalta un alto porcentaje de indeterminación y subjetivismo.

Sin embargo, corresponde puntualizar que el grado de racionalidad o la falta de racionalidad no es uniforme para todo el campo del derecho. Depende de ramas, sectores y casos. Hay secciones en las que el derecho funciona con más intersubjetividad que en otras, o incluso tipos de casos (dentro de un sector) que están más o menos intersubjetivamente regulados que otros. De manera que las conclusiones enumeradas deben entenderse como una apreciación de carácter *tendencial.* Acaso apuntan antes bien a las situaciones problemáticas que a los casos más corrientes. En efecto, en las hipótesis más comunes, y aunque solo fuera por el papel uniformizador que allí cumple la jurisprudencia o la práctica administrativa, las soluciones del derecho no suelen ofrecer dudas. Pero esto no quiere decir que esa falta de dudas repose en criterios propiamente científicos de contralor a que se halle sometido el razonamiento aplicado.

El nivel *científico* de un razonamiento se mide, precisamente, por las condiciones bajo las cuales es legítimo que se planteen dudas a su respecto y según la forma en que estas son contestadas. En el campo de las ciencias en sentido estricto, lo uno y lo otro es *controlable* por medio de métodos propiamente dichos. Ahora bien, es desde tal punto de vista, el del *método,* que las soluciones jurídicas tradicionales, más allá de la mayor o menor uniformidad de sus aplicaciones, se revelan como débilmente racionales; no suelen recurrir a métodos en sentido estricto. La actividad tradicional de los juristas constituye pues, en el mejor de los casos, una ciencia *en sentido amplio.*

Ese resultado lleva de la mano a plantear otra cuestión. En efecto, corresponde preguntar también si es satisfactorio o no es satisfactorio, después de todo, que tengamos una ciencia jurídica de esa naturaleza. ¿Se puede (y se debe) superar ese nivel, o no? La pregunta nos conduce a pasar de lo descriptivo a lo valorativo. En la parte que sigue veremos cómo puede enfocarse tal problemática.

III) PERSPECTIVAS

III.1. *Posiciones axiológicas fundamentales.*

En las partes precedentes hemos ofrecido algunos elementos de metateoría del método jurídico, es decir, hemos teorizado *a propósito de* la teoría (ciencia) que se está aplicando en el derecho. Ahora pasamos a examinar propuestas para construir esa teoría *en sí misma*: teoría (método) como *herramienta* en la praxis, y no simplemente como conocimiento de una praxis (de inspiración y presentación teoréticas) ya dada. Al decir que se trata de una "herramienta", estamos subrayando que el método jurídico, propuesto o aceptado, se concibe como un *medio* al servicio de determinados fines. Cuál haya de ser ese medio, depende de los fines de que partamos. Esos fines no son otra cosa, en última instancia, que posiciones valorativas. Ciertos valores fundamentales a que el jurista adhiera, determinarán las soluciones que él *prefiere* en materia de métodos para el derecho. Señalaremos dos grandes tipos (A y B) de posiciones valorativas básicas, para después indicar qué clase de métodos conduce cada una de ellas a proponer como ideal en el derecho.

Posición A.—Es una tendencia de signo tradicionalista, conformista. Nos referimos a los puntos de vista de autores que no piensan en introducirle cambios sustanciales al tipo de pensamiento que suele cultivarse en el derecho. Dicha tendencia contiene dos aspectos. Por un lado, ella se apoya en una *valoración* básica: esos autores están *conformes,* en el fondo, con la manera en que se ha dado y se da el razonamiento de los juristas. Por el otro, se trata de un *pronóstico* concerniente al plano de lo fáctico: la convicción de que, sea como sea, en los hechos resulta *imposible* que la práctica jurídica se conforme a métodos en sentido estricto.

Posición B.—Esta constituye una tendencia esencialmente crítica, antitradicional. También en ella se manifiestan los dos aspectos a que se refiere la Posición A, pero ahora con signo contrario. La valoración básica consiste, pues, en una *disconformidad* frente a los métodos jurídicos tradicionales. Y en cuanto al pronóstico, se considera que más tarde o más temprano, en mayor o menor medida, será posible ir superando dichos procedimientos, incorporar en forma progresiva métodos científicos *propiamente dichos* a la técnica jurídica.

Según cuál de estas dos posiciones se adopte, así será el tipo de labor asignado como ideal para la ciencia del derecho, a saber:

Posición A.—En el marco de esta tendencia, ha de tratarse fundamentalmente de cobrar una conciencia agudizada de lo que *ya* vienen haciendo los juristas. Este trabajo cabe tal vez perfeccionarlo, hasta cierto punto, pero ello simplemente por medio de una mejor ejecución de esos *mismos* métodos. Tal cosa puede lograrse sacando más a luz la naturaleza, los caracteres propios de dichos procedimientos, los tradicionales. De esa

manera el pensamiento de los juristas adquiere una mayor "transparencia", se hace más "honesto", tematiza mejor sus propios presupuestos y su alcance, consigue ser llevado a efecto en forma más clara y consecuente. La tópica, la hermenéutica, la teoría de la argumentación, etc. proporcionan los fundamentos teóricos que en la moderna teoría fundamental y filosofía del derecho suelen invocarse en apoyo de tales programas de acción.

Posición B.—Los autores de estas tendencias, en cambio, pugnan por la aplicación de *nuevos* métodos en el derecho. Consideran que puede ser bueno buscar inspiración en los de ciencias en sentido estricto, en disciplinas afines más avanzadas: logística, lingüística, sociología empírica, etc.

III.2. *Ciencia jurídica en dos niveles.*

La actual ciencia del derecho parece confinada a un callejón sin salida, por más que la doctrina corriente no ha cobrado mucha conciencia de ello. Pero corresponde distinguir dos niveles de "ciencia jurídica".

Primer nivel.—En el nivel del lenguaje-objeto, ciencia jurídica es el razonamiento *mismo* de los juristas prácticos y de lo que suele llamarse la dogmática. Se trata de los razonamientos que de hecho se aplican para solucionar los problemas en el área de esa actividad profesional específica que se subsume bajo el término "derecho".

Segundo nivel.—En niveles de metalenguaje, en cambio, ciencia jurídica es la reflexión *sobre* dicha actividad; esto es, el análisis conceptual de esta (o de proyectos para ella), desde un plano que está más allá. Es el campo de la filosofía jurídica, y también de la teoría general del derecho (*Rechtstheorie*) o investigación de fundamentos (*Grundlagenforschung*). El presente artículo, por ejemplo, se sitúa en este segundo nivel.

El "callejón sin salida" en el primer nivel, el de la teoría jurídica misma, existe por el simple hecho, sin ir más lejos, de que los juristas prácticos y la dogmática no suelen tematizar el *tipo* de "ciencia" que llevan adelante. Permanecen en el plano de una especie de "conceptualismo ingenuo" acerca de la naturaleza, los medios y los fines de su labor.

En cuanto al segundo nivel, el de la metateoría de la teoría jurídica, el "callejón sin salida" se revela en el hecho de que los análisis efectuados desembocan en programas de acción que al fin de cuentas dejan las cosas como están. Es ese el caso, obviamente, de lo que hemos llamado la Posición A. Pero tampoco la Posición B ha conseguido, hasta el momento, brindar métodos capaces de sustituir, con ventaja práctica, los procedimientos tradicionales; es más, dentro de dicha posición predominan hoy por hoy análisis formalistas, como los de la llamada lógica deóntica, que sirven únicamente para desviar la atención de los problemas esencia-

les que tiene que abordar el quehacer de los juristas [28]. Perdida entre Escila y Caribdis, la ciencia del derecho tiene dificultad en encontrar una salida que le permita superar no menos el conformismo de la tópica/hermenéutica que la vacua jeroglificación emprendida por la lógica deóntica.

Es cierto que, en el segundo nivel, autores de enfoques afines a la filosofía analítica (*Hart, Ross, Bobbio, Carrió,* etc.) han presentado buenos análisis sobre el contenido semántico de términos claves del lenguaje jurídico; y también hay, por otro lado, valiosos estudios de sociología jurídica. Estos dos caminos se han revelado bastante fructíferos desde el punto de vista *analítico.* Sin embargo, justo es reconocer que tampoco ellos han logrado brindar medios realmente eficaces para renovar de un modo general la ciencia jurídica del primer nivel, es decir, la propia práctica profesional del derecho.

Frente a esa impotencia, parecería que, al fin de cuentas, resulta justificado el pesimismo que la Posición A subraya en cuanto a las posibilidades fácticas de llegar a sustituir los métodos tradicionales. Ahora bien, si es o no es posible efectuar dicha sustitución, y cómo es posible o en qué medida es posible: todo eso no se resuelve en el plano de una discusión de índole general, sino que se resuelve, en un sentido u otro, sobre el terreno de la práctica misma, o sea, presentando (si caben) procedimientos nuevos. Que ello pueda llegar a lograrse o no, es una cuestión cuya respuesta queda abierta al futuro. No hay por qué presuponer desde ya que eso será imposible. Del mismo modo que tampoco se puede dar por descontado que sí ha de conseguirse. El porvenir dirá. Mientras tanto, no se ve razón alguna por la cual, a quienes se consideren en condiciones de contribuir a la elaboración de esos nuevos métodos, se les diga que no vale la pena intentarlo. Cualquier aprorismo, en favor o en contra de investigaciones de esa índole, es gratuito. Habrá que juzgar, en cada caso, por los resultados; eso es todo.

De cualquier manera, para la elevación del quehacer jurídico de primer nivel a la condición de una ciencia *en sentido estricto,* existe, más allá de las dificultades de orden propiamente técnico (descubrimiento de *métodos* adecuados), otra dificultad que acaso es todavía mucho más difícil de superar. En efecto, no hay que perder de vista que el derecho no es simplemente una "técnica" ni un objeto de mero conocimiento. El derecho constituye, por excelencia, un factor que juega papel activo en la dinámica de las fuerzas sociales. Es el resultado de intereses; y reacciona,

(28) Para la crítica de la lógica deóntica, y en general de la utilización de fórmulas por el estilo en la teoría jurídica, cf. mis "Apuntes sobre el lenguaje jurídico (II): El problema de la precisión", en *Revista de Ciencias Jurídicas,* Nº 38 (mayo-agosto 1979), p. 225-317 (esp. el Nº 20); *vid.* también, en el mismo número de dicha *Revista,* p. 384-386, mi comentario sobre los estudios de Georges KALINOWSKI reunidos bajo el título *Lógica de las normas y lógica deóntica. Posibilidad y relaciones* (trad. de Roque Carrión Wam), Valencia (Venezuela), 1978.

a su vez, sobre la manera en que estos o aquellos intereses son llevados a la práctica [29]. Por ello, porque las soluciones jurídicas responden a cambiantes constelaciones de intereses, y también porque todo derecho es tributario de "ideologías", que pueden ser más o menos contradictorias (en sí y entre sí), parece difícil que los protagonistas de dicha actividad logren jamás alcanzar a ceñir su razonamiento a criterios tan firmes como los de las ciencias propiamente dichas [30]. Esto es, a criterios que no puedan, llegado el caso, ser *flexionados* en homenaje a ideas de "justicia". A nadie se le ocurriría, en cambio, "flexionar" un principio matemático o la formulación de una ley de la naturaleza, por razones de tal índole.

Sea como sea, si la ciencia jurídica puede librarse, en cierta medida, de tales factores ideológicos, mucho más viable es que lo logre en el segundo nivel que en el primero. Una ciencia jurídica en sentido estricto tiene más cabida en la metateoría del derecho que en el razonamiento de los juristas prácticos. Ahora que, esa metateoría puede ser, a su vez, más iluminadora o menos iluminadora, en función de los intereses de conocimiento perseguidos. La lógica deóntica, por ejemplo, suministra una ilustración bastante patente acerca de una metateoría del derecho que, a pesar de poder llegar ciertamente a constituir una ciencia en sentido estricto, sin embargo, por su carácter escapista y en general por su superfluidad, no puede ofrecer mayor interés para quien quiera conocer cómo piensan *realmente* los juristas y por qué lo hacen así. Estos problemas han sido abordados, en cambio, de una manera mucho más directa y fecunda por parte de estudios de semántica y sociología jurídicas.

(29) Así interpretada, me parece iluminadora la conclusión de que "el Derecho es una estructura social real, fácticamente existente, que sintetiza en un todo concreto una estructura de poder y una de significación normativa, momentos abstractos de la estructura total. La estructura de significación normativa se ha revelado como una esfera de sentidos fácticamente dados, e inseparables *realmente* de las realidades cuyo sentido constituyen" (Julio Luis MORENO, *Los Supuestos Filosóficos de la Ciencia Jurídica,* Biblioteca de Publicaciones Oficiales de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de la República, Montevideo, 1963, p. 173).

(30) Intereses e ideologías confluyen en todos los momentos de la vida del derecho, desde el origen y contenido de las normas jurídicas generales (por ejemplo, en la legislación) hasta la manera en que estas se aplican por parte de las autoridades (Administración, jueces, etc.). Con referencia especial a la problemática de los derechos humanos, he abordado con más detención ese punto en algunos otros trabajos: "Interpretación judicial, política y derechos humanos" (aparece en la *Revista de la Procuraduría General de la República* de Costa Rica, año 11, Nº 15, 1984), "Conceptos indeterminados, derechos humanos y seguridad nacional" (aparece en la *Revista de Filosofía de la Universidad de Costa Rica,* Nº 55, junio y diciembre 1984), "Interpretaciones de los derechos humanos" (aparece en el vol. 3 del *Anuario de Derechos Humanos,* Madrid), "Doctrina ideal y doctrina real de la seguridad nacional" (aparece en un volumen que reunirá trabajos destinados al *Primer Congreso Mundial de Derechos Humanos,* celebrado en Alajuela-Costa Rica, del 6 al 12 de diciembre de 1982).

CONCLUSIONES GENERALES

(i) Frente al objeto-derecho cabe la posibilidad de un *pluralismo metódico,* según cómo sea concebido ese objeto y según el tipo de ciencia al cual se desee someterlo.

(ii) Si se quiere que las disciplinas jurídicas sean "ciencia" en el sentido más exigente posible, entonces hay que empezar por cobrar conciencia de las alternativas metodológicas; a partir de ello, habría que *elegir* métodos *en sentido estricto* y, claro está, congruentes con las finalidades sociales perseguidas

(iii) Puesto que el discurso jurídico se da (todavía) en el marco fundamental del lenguaje común, la *semántica* y la *sociología empírica* son las ciencias más cercanas en las que podría inspirarse una fructífera metateoría del razonamiento jurídico (ciencia jurídica de 2do. nivel).

(iv) A partir de esa metateoría podrían también, eventualmente, desprenderse criterios que sirvan de base, en la teoría jurídica misma (ciencia jurídica de 1er. nivel), para la *construcción* e *interpretación* del lenguaje del derecho.

(v) La metateoría que describe (y justifica) a la ciencia jurídica tradicional como técnica de *argumentación,* puede servir para llamar la atención sobre figuras típicas del razonamiento jurídico corriente.

(vi) Pero ese recurso a la teoría de la argumentación podría incluso tener lugar con un objetivo menos conformista que, por ejemplo, el de los partidarios de la tópica o de la hermenéutica. Esos argumentos se podrían examinar no ya con el objeto simplemente de reconocerlos, sino antes bien para tratar de *superarlos* —eliminándolos o perfeccionándolos— en la medida en que aquellos sean poco intersubjetivos; o al menos para tener en cuenta el grado en que pueden afectar la intersubjetividad del discurso de los juristas, esto es, para no llamarse a engaño sobre la precisión del lenguaje jurídico.

(vii) De todos modos, una clara conciencia de los requisitos que exige la elaboración y el manejo del discurso científico en sentido estricto, ha de servir siempre como fermento *crítico* para poner más de manifiesto las insuficiencias de los métodos tradicionales —condición básica para tratar de superarlos en la medida de lo posible—.

(viii) *En definitiva.*—El pensamiento jurídico actual puede ser considerado, en el mejor de los casos, como ciencia en sentido amplio. Para que fuera ciencia en sentido estricto, debería estar sometido a métodos científicos propiamente dichos (intersubjetividad fuerte), lo cual por lo general no sucede. La ciencia jurídica de segundo nivel trata, en mayor grado, de aplicar métodos de dicha clase; pero hasta el momento no ha logrado, salvo en escasa medida, establecerlos también para la ciencia jurídica de primer nivel, es decir, para el razonamiento mismo del jurista práctico y de la dogmática del derecho. En qué medida se logrará ello en el futuro, es una pregunta que sigue abierta. Pero la circunstancia de que el derecho es también fuerza social e ideología, hace que difícilmente se pueda llegar a una tecnificación general de su lenguaje que alcance el nivel de las ciencias en sentido propio.

PLAN INTEGRAL PARA EL DESARROLLO DE LA BIBLIOTECA DE LA FACULTAD DE DERECHO DE LA UNIVERSIDAD DE COSTA RICA

Dr. Víctor Pérez Vargas
Catedrático de la Facultad de Derecho
Universidad de Costa Rica

"La Facultad prestará una constante atención al cultivo de las ciencias legales... velará por su enseñanza y propondrá las mejoras que considere practicables" (Art. 67 Reglamento de la Universidad de Santo Tomás, Decr. Nº 10 de 4 de octubre de 1849. Admón. José María Castro Madriz).

CONTENIDO:

AGRADECIMIENTO

Este plan integral existe gracias al apoyo recibido de funcionarios de bibliotecas jurídicas de los Estados Unidos de América, quienes estimularon y apoyaron mi trabajo en múltiples formas.

Debo manifestar profundo agradecimiento para:

Robert Zich, funcionario de la Biblioteca del Congreso, en Washington D. C. y su esposa Joanne Zich, Documents and Media Librarian de Washington College of Law Library, de American University.

Patrick E. Kehoe, Director de la Biblioteca, Gary Mac Cann, Associate Director for Readers' services, el resto del personal de Washington College of Law Library, de American University y, en particular, al Decano de esta Escuela, Dr. Thomas Buarghental.

Ellen G. Shaffer, International and Foreign Law Librarian de la biblioteca de Georgetown University Law Center en Washington D. C.

James L. Hoover, Law Librarian, Kent MacKeever, Head Collection Development and technical services, de la biblioteca de Derecho de Columbia University, en New York.

Diana Vincent-Daviss, Law Librarian de New York University Law School Library.

Morris Cohen, Law Librarian, Carl F. Lamers, Foreign Law Librarian y Nelly E. Ermini, Acquisitions Librarian y el resto del personal de Yale School of Law Library, en New Haven.

David A. Combe, Inés Rodríguez y Perla Saludes de la biblioteca de Tulane University School of Law.

Especial reconocimiento a la Señora Roma Knee, por su interés en el mejoramiento de la Biblioteca de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica y a la Licenciada Sonia Picado por sus gestiones para facilitar mi tarea.

Imperecederas gracias para Margaret Mitchell Milam, Associate Director de Washington College of Law Library, de American University, en Washington, quien coordinó mis visitas a diversas bibliotecas y gracias a cuya influencia pude realizar importantes contactos personales con los diversos Directores de las bibliotecas visitadas, los que, debido a su recomendación personal me prestaron toda clase de apoyo. Su ayuda directa y estímulo determinó mi interés por la problemática de las bibliotecas en las Facultades de Derecho.

CARTA AL LECTOR

Estimado lector:

Este no es un informe para ser archivado, sino para ser puesto en práctica. Su propósito es despertar conciencia sobre una problemática y despertar el entusiasmo necesario para hacerle frente en forma integrada.

Nuestra biblioteca, en un medio limitado, representa un esfuerzo titánico; basta observar el relevante crecimiento de su colección en la década del 70, así como su moderno acondicionamiento. En esta tarea el mérito mayor debe atribuirse al Dr. Jorge Enrique Guier Esquivel, el que fuera su Director en esos años de inusual crecimiento. A él nuestro reconocimiento.

Recientemente, en virtud de variados factores, algunos externos (como las exigencias de investigación del nuevo curriculum) y otros internos (como la insuficiencia de los recursos humanos, infraestructurales y funcionales para hacer frente a estas nuevas exigencias), la biblioteca de la Facultad de Derecho ha sido objeto de quejas y críticas en diferentes aspectos.

Frente al problema (que es más bien un espectro de problemas) caben actitudes evasivas, pero sólo cabe una actitud positiva; tener la certeza de que tiene respuesta; esa respuesta deberá ser integral, tanto en la fijación de las relaciones entre la biblioteca y la Facultad, como en la regulación de las múltiples formas de interacción de los elementos de la misma biblioteca, subjetivos, objetivos y funcionales.

Cada uno de los profesores y estudiantes debe comprometerse a aportar un granito de arena en el necesario proceso de transformación del corazón de nuestra Escuela, nuestro principal campo de entrenamiento y trabajo, nuestro "laboratorio", nuestra principal herramienta. Sólo con el trabajo de todos será posible lograr una transformación integral, definir políticas y llevarlas a feliz ejecución.

La respuesta al problema debe ser producto de una toma de conciencia de nuestra propia misión como Facultad de Derecho. Las políticas de la biblioteca deben ponerse en función de los objetivos de la Escuela.

"Todo cambio, adobo, retoque de nuestra casa que no parta de haber revisado previamente, con enérgica claridad, con decisión y veracidad el problema de su misión, serán penas de amor perdidas".(1)

La conclusión salta a la vista: la biblioteca en cuanto órgano, instrumento y parte de nuestra unidad académica debe estar en función de ésta. La Facultad (profesores, estudiantes y funcionarios administrativos) es la mejor llamada a detectar y diagnosticar sus propias necesidades y a proyectar sus soluciones autónomas.

Víctor Pérez.

(1) ORTEGA Y GASSET, *Misión de la Universidad,* Ediciones de la Revista de Occidente, Madrid, 1965, p. 17.

I. PRESENTACION

Con el propósito inmediato de que visitara bibliotecas jurídicas universitarias en los Estados Unidos y discutiera con bibliotecarios de Facultades de Derecho métodos para mejorar la biblioteca de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, el señor Decano, Lic. Luis Fernando Solano C., con el aporte de A. I. D., me solicitó la realización de un recorrido de veintiún días por diferentes bibliotecas jurídicas de ese país.

Visité en el tiempo programado las siguientes bibliotecas: Washington College of Law Library, de American University, Georgetown Law Center Library, Columbia University Law Library, New York University Law Library, Yale Law Library y Tulane University Lay Library; tuve así la oportunidad de relacionarme con los bibliotecarios de estos centros y estudiar a fondo en cada uno de ellos los diferentes aspectos del funcionamiento de las bibliotecas. Este trabajo incorpora también sugerencias personales, resultado de mi propia experiencia en otras Universidades Norteamericanas (Library of Congress, Harvard Law Shool, Duquesne Law School, Hastings Law School, Stanford Law School e East - West Center) y en bibliotecas europeas y latinoamericanas en años anteriores.

Este trabajo pretende resumir los resultados de estas investigaciones, observaciones, conversaciones y experiencias. Es claro, que debe tenerse conciencia de la distancia entre lo ideal y lo posible, entre el mundo onírico y la situación real; las decisiones deberán ser producto de políticas concretas a definirse con relación a cada uno de los temas que aquí se mencionan, sobre bases presupuestarias firmes.

En este informe se destilan algunas sugerencias, dentro de una perspectiva global, a partir de concretas premisas metodológicas.

A. Objetivos:

Con este trabajo se persiguen los siguientes objetivos:

a) Sugerir políticas para la biblioteca de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, dentro del marco de los objetivos de docencia, investigación y acción social de la Facultad;

b) Informar sobre el desarrolo de las bibliotecas jurídicas de los Estados Unidos de América;

c) Aportar sugerencias concretas para el funcionamiento y organización de nuestra biblioteca.

B. Metodología: premisas metodológicas.

a) Primera premisa: la biblioteca no es una isla en la Facultad.

La biblioteca debe considerarse como el corazón de la Facultad; no puede dejar de considerarse como parte esencial de nuestra unidad académica; su sentido es instrumental:es el de servir a los fines de docencia, investigación y acción social de la Escuela.

> "La crítica más común a los bibliotecarios es la de que a veces descuidan su responsabilidad hacia el logro de los objetivos superiores de la Facultad... la adaptación de la biblioteca a los objetivos específicos de la Facultad es una consideración vital".(2)

Las políticas de la biblioteca de la Facultad de Derecho deben ser el reflejo de las políticas de la Facultad.

En expresión de Russell Sullivan:

> "Hay, a mi juicio dos aspectos en la construcción y funcionamiento de una biblioteca que deben tomarse en cuenta para que ésta sirva a los propósitos de la Escuela. El primero de estos requisitos es que la colección se desarrolle para servir a la investigación y a las necesidades de entrenamiento de la Escuela..."(3)

Así, por ejemplo, la política de adquisiciones debe ser una respuesta a las necesidades reales de obtención de materiales, prestando particular atención a las necesidades del curriculum de la Escuela. Si bien es cierto que "toda información es potencialmente importante", cuando hay limitaciones presupuestarias, lo lógico, sin duda, es seleccionar los materiales que presentan interés y utilidad en forma más directa; es necesario, en todo caso, establecer criterios para las adquisiciones; estos criterios deben fijarse por la propia Facultad en coordinación con la biblioteca; tales criterios deben ser, ante todo, respuesta a las necesidades reales y a los objetivos curriculares.

Igualmente, por ejemplo, en lo que se refiere a los criterios de catalogación debe pensarse que los mecanismos han de corresponder en alguna medida a la división real de contenidos del curriculum de la Facultad. El catálogo actual de materias no guarda esta correspondencia y, en muchos casos, más bien confunde al investigador.

---

(2) SULLIVAN, Francis, *Teachers' interest in the Law Library. The Law Library. A living trust.* AALL Publications series Nº 7. American Association of Law Libraries, 1964, p. 9.

(3) SULLIVAN, Russell, *Dean's interest in the Law Library.* Living trust, op. cit., supra 2, p. 4.

Estas ideas y estos ejemplos nos permiten una primera conclusión: la necesidad de "sincronicidad" entre la marcha de la Escuela y las políticas de la biblioteca, cuya misión es muy clara y específica: servir de instrumento para la docencia, investigación y acción social de la Facultad.

b) Segunda premisa: la biblioteca es un subsistema.

La biblioteca de la Facultad de Derecho debe verse como una unidad sistemática, compuesta de elementos de muy variada naturaleza.

No es posible proponer una política integral de biblioteca, sin tomar en cuenta la diversidad de sus componentes, su heterogénea sustancia y, en especial, la "red" de relaciones o formas de interacción de tales componentes.

Todos los aspectos subjetivos, objetivos y funcionales se articulan dentro de un sub-sistema unitario. No es posible, por ejemplo, prestar un buen servicio si no existe una adecuada catalogación de los contenidos o si no existe personal suficiente (en número y capacitación).

Lo expuesto nos permite una segunda conclusión: la biblioteca es un sub-sistema unitario, que no acepta respuestas aisladas a sus elementos; de ahí la absoluta necesidad de una política integral que contemple los diversos aspectos y los ubique y afronte en su dimensión real, en consideración a los otros elementos.

II. LOS DIVERSOS ELEMENTOS DE LA BIBLIOTECA DE LA FACULTAD DE DERECHO: Subjetivos, objetivos y funcionales.

En la biblioteca encontramos aspectos de orden subjetivo (el personal, los usuarios, el órgano al que se adscribe, los co-contratantes y otras bibliotecas); también encontramos aspectos de orden objetivo o infraestructural (local, salas, estantes, libros, materiales, sillas, mesas, etc.) e ingredientes de orden funcional, que se refieren a los aspectos técnicos del dinamismo de la biblioteca, en sus diversas etapas: adquisiciones (donde interesará especialmente la determinación de políticas y el trámite de compras y canje), clasificación (formal, consistente en el otorgamiento de una ubicación de acuerdo al sistema utilizado), catalogación (entendida como ubicación dentro de una nomenclatura) servicio (o atención a los usuarios), seguridad y finanzas.

La modificación de cualquiera de estos aspectos repercute sobre la totalidad del sub-sistema.

A) ELEMENTOS SUBJETIVOS:

a) El personal:

La biblioteca de la Facultad debe tener, en primer lugar, personal suficiente "tanto en su número, como en entrenamiento para que la colec-

---

(4) SULLIVAN, Russell, op. cit., supra 3, p. 3.

ción pueda cumplir sus propósitos con la mayor eficiencia".[4] En palabras de Miles Price y Morris Cohen se trata de "un trabajo profesional que requiere un especial entrenamiento de alto orden".[5]

La situación ideal, de acuerdo a David Combe, Director de Tulane Law Library, es la de tener bibliotecarios profesionales con conocimientos de Derecho, bien entrenados;[6] o, todavía mejor "si el bibliotecario tuviera un grado en Derecho, además de su profesión".[7]

De la comparación de las diversas estructuras que he realizado y tomando en consideración las necesidades de nuestra Escuela, parece recomendable, como mínimo, el siguiente equipo humano:

Un Consejo, encargado de proyectar las políticas de la biblioteca, que dependa de la Asamblea de la Facultad y que cuente con representación de profesores, estudiantes y empleados administrativos.[8]

Un Director General

Un Director Técnico

Un bibliotecario de referencia

Un bibliotecario de clasificación

Un bibliotecario de catalogación

Un bibliotecario (coordinador) de circulación o servicio

Un bibliotecario de adquisiciones

Una oficina de secretaría

Un responsable de finanzas

Personal dependiente, de servicio, seguridad y mantenimiento.

b) La Facultad y la Universidad.

Las relaciones primordiales de la biblioteca deben ser con la Facultad y ésta es la llamada, como la mejor Juez de sus propias necesidades, a establecer todas y cada una de las políticas.

Uno de los temas más debatidos ha sido precisamente el de la determinación del órgano al que se debe adscribir. Me limito a transcribir

(5) PRICE-COHEN, *Order work in a Law Library.* Lectures at Columbia, 1941, Revised 1969 - mayo.

(6) COMBE, David, *Entrevista,* Tulane Law School. N. Orleans, setiembre de 1984.

(7) BURKE, Redmond, *The Director of Libraries' interest.* A living trust, op. cit., supra 2, p

(8) En Harvard, por ejemplo, el Comité de Biblioteca, está compuesto de representantes de profesores y estudiantes, los que consideran los asuntos de la política de la biblioteca en consulta con su Director. Harvard Law School Catalog, Cambridge, Mass., p. 19.

la opinión del Profesor Russell Sullivan, que resume una opinión generalizada, que pude también constatar personalmente:

> "Esta es una cuestión que ha sido muy discutida en los últimos años. El Consejo de la Sección de Educación Jurídica y Admisiones de la "American Bar Association" ha llegado a la conclusión de que en una Facultad de Derecho, la biblioteca debe ser controlada por el Decano y por los miembros de la Facultad (53, Law Library Journal, 459, 1960), esto es, como biblioteca autónoma... por mi propia experiencia, el más serio problema que puede resultar de ser una unidad dentro del sistema de bibliotecas de la Universidad es el atraso en las órdenes y compras...[9]

c) Los usuarios.

El sentido teleológico (causa final) de la biblioteca se encuentra en el servicio a los usuarios. La biblioteca, en la definición de cada una de sus políticas, debe tener presente, en primer lugar, las necesidades de los usuarios. De ahí la importancia de la participación de profesores y estudiantes en la formulación de estas directrices.

Las relaciones con los usuarios deben ser estimuladas, desde varios puntos de vista; ellas son de gran importancia; "su mejoramiento permite el mejoramiento del producto final: la educación jurídica".[10] La biblioteca, por ejemplo, podría cumplir una valiosa función, a través de una sección de referencia, manteniendo al día a profesores y estudiantes sobre las adquisiciones, mediante diversas formas de presentación de los nuevos materiales.[11] Piénsese, por ejemplo, en la elaboración de bibliografías sobre los diversos cursos de la carrera, boletines de nuevas adquisiciones, además de los tableros de avisos.

ch) Los vendedores y casas editoriales.

De gran importancia es fortalecer las relaciones con los suplidores; en muchos casos estas relaciones pueden facilitar el encuentro de materiales difíciles. A juicio de Price y Cohen "esta es una de las cosas más difíciles que tiene que aprender el bibliotecario de Derecho".[12] Volveremos sobre el tema al tratar la ejecución de la política de adquisiciones.

d) Exalumnos

Las relaciones con los egresados de la Escuela pueden ser altamente fructíferas; al tiempo que permiten a estos continuar disfrutando de los

(9) SULLIVAN, Rusell, op. cit., supra 4, p. 4.

(10) SULLIVAN, Francis, op. cit., supra 2, p. 9.

(11) SULLIVAN, Francis, op. cit., supra 2, p. 10.

(12) PRICE-COHEN, op. cit., supra 5, p. 13.

servicios de la biblioteca, pueden significar una fuente importante de recursos económicos. Volveremos sobre el tema al tratar la política financiera.

e) Otras bibliotecas. Hacia la "Telecomunidad".

Este es uno de los aspectos claves del presente plan integral: las relaciones entre bibliotecas jurídicas son de suma importancia; su estímulo puede acarrear beneficios todavía no sospechados en diversos sentidos:

Además de que mediante un sistema de coordinación es posible lograr el establecimiento de un mecanismo eficiente de préstamos interbibliotecarios,(13) particular importancia tiene la posibilidad de establecer una red de información jurídica nacional; por ejemplo, mediante un catálogo general que cubriera los materiales jurídicos disponibles, en otras bibliotecas jurídicas del país, como la del ILANUD, la de la Corte Suprema de Justicia, la de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la del Colegio de Abogados, la de la Universidad de Costa Rica (Biblioteca Central), la del Centro Regional de San Ramón, la Procuraduría General de la República, la del Instituto Nacional de Seguros, INS (especializada en Derecho de Seguros), la del Banco Central (de gran valor en Derecho Bancario), la Biblioteca Nacional y otras abiertas al público.

Con los recursos necesarios, eventualmente, esta información podría ser automatizada, de modo, por ejemplo, que en unos pocos minutos de consulta sería posible saber cuáles obras existen en el país sobre un determinado tema y dónde pueden ser localizadas. Lo ideal sería la existencia de terminales de esta red en cada una de las bibliotecas. En términos de Toffler, estaríamos generando una "telecomunidad".(14)

Con el objetivo de estrechar los vínculos con las otras bibliotecas jurídicas, pareciera recomendable una reunión inicial de todos sus directores, para definir actitudes y posibilidades e inclusive, en parte, el apoyo financiero de los diversos entes públicos para tal proyecto (sobre este aspecto volveremos también al tratar la política finanicera).

Esta coordinación de "bancos" de información es esencial, si queremos sacar el máximo provecho de los limitados recursos que tenemos.

Este proyecto requiere, como primer paso, la definición de los criterios de clasificación y catalogación, pero en particular de esta última.

Un catálogo general de Derecho del país, sea por medio de simples fichas repetidas en cada una de las bibliotecas del sistema, o sea automatizado, significaría por sí solo un salto cualitativo de enorme relevancia e insospechadas posibilidades y perspectivas para el desarrollo de la Ciencia Jurídica y la actividad académica en general.

(13) RODRIGUEZ, Victoria, *Sistema de clasificación de la biblioteca de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica,* Memoria de la práctica dirigida de graduación, 1983, afirma que en estos momentos el préstamo interbibliotecario existe pero en forma muy poco desarrollada y sin reglamentación escrita.

(14) TOFFLER, Alvin, *The third wave,* Bantam Books, N. Y., 1981, p. 372.

La catalogación por autor, título o país tiene su importancia, pero no presenta realmente serias dificultades técnicas. Sin embargo la catalogación por materias, si bien siempre artificial e imperfecta por las relaciones internas del Ordenamiento Jurídico, es de la mayor importancia; testigo de ello es cualquier investigador. Debe, en consecuencia, elaborarse para fines de catalogación, una estructura general de las ramas de la ciencia jurídica que, en principio y en consideración al sentido instrumental de la biblioteca, deberá corresponder con la estructura curricular.

B) ELEMENTOS OBJETIVOS

La infraestructura de la biblioteca, entendida como "universitas rerum", con una funcionalidad especializada; esto es, un conjunto de elementos con una destinación específica para satisfacer un interés "autónomamente" relevante y por ello con una unificación funcional, comprende varios aspectos:(15)

a) Local
b) Colecciones
c) Mobiliario y materiales de trabajo
d) Tecnología de apoyo.

a) Sobre el *local,* conviene hacer unas breves consideraciones: si bien es cierto que la planta física de la biblioteca de nuestra Facultad, dentro de sus limitados recursos, ofrece agradables condiciones para el trabajo académico, debe tomarse en cuenta que su ubicación, en un cuarto piso no es la más aconsejable; el peso de los libros representa un riesgo, especialmente ante acontecimientos de carácter sísmico, en un edificio con lamentables condiciones para una evacuación en caso de emergencia, La biblioteca sería lo primero en ceder.

Sobre la experiencia con la anterior ubicación, en el segundo piso del edificio de Ciencias Económicas, la actual directora nos relata:

> "Al poco tiempo la estructura del edificio empieza a ceder por el peso de la colección y obliga a su reubicación nuevamente en el primer nivel".(16)

Parece aconsejable trasladar la biblioteca al primer piso, ubicando la soda y las oficinas administrativas en otro nivel. Por ejemplo, se podría destinar el cuarto piso a una especie de Casa del Estudiante, ubicando ahí

(15) Sobre este concepto: PUGLIATTI, Salvatore, *Beni e Cose in senso giuridico.* Giuffre ed., Milano, 1962, p. 298. TRIBUNAL SUPERIOR DE TRABAJO DE ALAJUELA, Nº 1104 de 9 y 40 hrs. de 7 de setiembre de 1973.

(16) RODRIGUEZ, op. cit., supra 13.

la soda, la oficina de la Asociación de Estudiantes de Derecho y la Oficina de Asuntos Estudiantiles.

Es necesario programar para esto una estrategia ordenada de traslado, de modo que no se interrumpan los servicios de la Facultad.

b) En cuanto a las *colecciones,* por razones presupuestarias nos encontramos realmente atrasados en diversos sectores de la Ciencia Jurídica y carecemos de colecciones actualizadas de las principales revistas, preocupada justificación del Dr. Diego Baudrit, Director del Instituto de Investigaciones Jurídicas y de muchos otros profesores.

El problema de la colección, tanto en lo que se refiere a adquisiciones como a mantenimiento debe ser definido por la propia Escuela, en consideración a los recursos de que se disponga. No hay duda, sin embargo, de que es urgente actualizar y mejorar la colección; ella es nuestro principal instrumento.(17)

c) En materia de *mobiliario* se han dado pasos importantes; pero es necesario pensar en su ampliación dentro del plan integral (por ejemplo para los servicios de referencia).

d) En materia de *tecnología de apoyo* nuestros limitados recursos han impedido el desarrollo de la biblioteca hacia posibilidades más modernas y eficientes.

En particular sobre la *tecnología de apoyo*:

Los sistemas de información, micro-impresión y reproducción que se han desarrollado en los últimos años abren inesperadas posibilidades(18)

(17) Si bien es cierto que el volumen no es necesariamente significativo, sino que lo importante es la adecuación de la colección a las necesidades de la Escuela, cabe hacer notar, frente a nuestra biblioteca de 30.000 ejemplares, la enorme amplitud de las bibliotecas jurídicas estadounidenses: la Harvard Law School Library es la más grande de las bibliotecas de Derecho del mundo con más de un millón trescientos mil volúmenes; Washington College of Law Library ocupa un edificio grande de tres pisos; Columbia Law Library tiene alrededor de 700.000 libros; Yale Law Library cuenta con 650.000 en 22 millas de estantes; Georgetown Law Library tiene 400.000 volúmenes, un tercio de los cuales están en "microforms"; la biblioteca de Derecho de New York University tiene 700.000 libros (para 1.700 estudiantes). Finalmente, la biblioteca del Congreso (que cubre otros campos) se extiende a lo largo de 350 millas de anaqueles con 18 millones de libros y 3 millones de unidades de "microforms". Se trata, por supuesto, de bibliotecas con elevados presupuestos; por ejemplo, la biblioteca de New York University Law School tiene este año un presupuesto total de 2 millones y medio de dólares, de los cuales un millón es para adquisiciones. VINCENT-DAVISS, *Entrevista.* Reputadas bibliotecas jurídicas latinoamericanas no alcanzan tales niveles. La Biblioteca del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de México posee 80.000 volúmenes. MORINEAU-DAVALOS, Sistema de Clasificación de la Biblioteca del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la U.N.A.M., México, 1983, p. 5.

(18) *Washington College of Law Library,* Guide, p. 4 y entrevistas.

y, lo que es más importante, "permiten un nuevo acercamiento a la investigación jurídica".(19)

El enorme incremento de la producción legislativa, jurisprudencial y doctrinaria, determina la importancia de complementar el método tradicional, manual, con métodos de mayor agilidad, como son los métodos electrónicos de búsqueda de información, los llamados "microforms" y adecuados sistemas de fotocopiado.

Veamos separadamente estos tres aspectos:

i) MICROFORMS

Los llamados "microforms" presentan diversas modalidades:(20)

a) Microfilm
b) Microcard (opaca)
c) Microficha
d) Ultraficha

El *microfilm* es la forma más vieja y la más usada (en rollos o cassettes); hay dos tipos: positivos y negativos, dependiendo del equipo con que se cuente o se piense adquirir. Lo ideal es tener "lectores-impresores" (reader-printers) que además de permitir la lectura, tienen la capacidad de reproducir una copia en papel.

Los *microcards* son tarjetas opacas; se ven por luz refleja. Requieren de un visor especial, diferente al del microfilm y la microficha.

La *microficha* se presenta en película transparente; se han desarrollado formatos "standard".

La *ultraficha* es básicamente una microficha con mayor reducción y, por ello, mayor capacidad.

Las principales bibliotecas jurídicas de los Estados Unidos cuentan con este tipo de facilidades. Por ejemplo, la Washington College of Law Library tiene una amplia colección de microfilms y microfichas en una sección especial, material que en su mayor parte, puede encontrarse en el catálogo de la biblioteca.(21) Yale Law Library tiene también una amplia colección de "microforms". En Tulane University, el profesor David Combe insistió en la importancia y utilidad de este tipo de colecciones, afirmando inclusive que era más barato que adquirir libros.(22)

(19) V. sobre el tema HUTTY, John, *Legal research using electronic techniques,* AALL. Publications series, Nº 3, 1962, p. 56.

(20) La exposición sobre este tema se basa en experiencias personales y en la obra de COHEN, Morris, *How to find the Law.* Seventh edition, St. Paul, Minn. West Publishing Co., 1976.

(21) *Washington College of Law Library.* Experiencias personales y Guide, p. 3 y 4.

(22) COMBE, David, *Law Librarian, Tulane, Entrevistas.* Setiembre de 1984.

Para la obtención de los "microforms" hay diversos caminos: por un lado, la Biblioteca del Congreso publica un amplio catálogo; en Francia (ACRPP, 4 Louvois, París) se publica la Jurisprudencia de Casación y la Jurisprudencia del Consejo de Estado en esta forma. Otras fuentes importantes para la obtención de "microforms" son: West Publishing Co., St. Paul, Minnessota; Transmedia Publishing Corporation (que ofrece en microfilms los tratados de Naciones Unidas; Fred Rothman & Co. (10368 West Centennial Road, Littleton, Colorado 80127), que produce "microforms" de revistas y libros de Derecho; Law Library Microform Consortium, que publica catálogos (LLMC P. O. Box 11033, Honolulu, Hawaii, 96828); University Microfilms y Microcard Editions que publica "Guide to Microforms in Pritn". El catálogo antes citado de Law Library Microform Consortium ofrece más de 35.000 volúmenes sobre Derecho en "microforms".

ii) INFORMATICA JURIDICA - COMPUTACION

Reconociendo las limitaciones económicas, no podemos dudar de la importancia de establecer, desde ya, lineamientos en función de la incorporación de la informática jurídica a nuestra Escuela. "Ella... (la informática jurídica)... al hombre de Derecho... en tanto científico, le ofrecerá rápidamente el total bagaje bibliográfico que posibilitará un trabajo fructífero".(23) No podemos quedar al margen de las "transformaciones contemporáneas de las metodologías de investigación científica",(24) mucho más ágiles ('las computadoras son, sobre todo, ahorradoras de tiempo"),(25) pues precisamente la informática es (según Soto y Serrano) "la ciencia del tratamiento lógico y automatizado de la información". Es esencial en ella determinar claramente el insumo y el producto requerido, según el resultado que se persiga, dentro de los objetivos de la Facultad.(26)

En lo que se refiere a la investigación con apoyo en sistemas electrónicos de información (computadoras) hay un impresionante desarrollo en las bibliotecas de los Estados Unidos. Así, por ejemplo, Washington College of Law Library, de American University cuenta con los dos sistemas: Lexis y Westlaw, sistemas interactivos de texto completo, el primero de ellos desarrollado por Mead Data Center, sobre la base de las relaciones entre Data Corporation y la Ohio Bar Automated Research. En un sistema de texto completo cualquier palabra o relación de palabras puede

(23) FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos, *Discurso.* Primeras Jornadas Italo Latinoamericanas de Informática Jurídica, Informática Jurídica, Cultura editrice, Firenze, 1979.

(24) FROSINI, Vittorio, *La Giuritecnica,* problemas y respuestas, Informática Jurídica, op. cit., supra 23, p. 33.

(25) LOIODICE, Aldo, *Informática, bancos de datos y derecho a la información,* Informática Jurídica, op. cit., supra 22, p. 57.

(26) HERNANDEZ, Oscar, *Entrevista.*

constituir la base de una investigación.(27) Además de ello, esta Universidad tiene acceso a otros bancos de datos y presta al respecto un servicio de referencia. El computador Lexis está en Ohio y el de Westlaw en Minnessota; ambas empresas operan en todo el territorio de los Estados Unidos. Esta biblioteca desarrolla un importante programa de entrenamiento a cargo de Gary McCann, Associate Director for Reader's Services. "En nuestras Facultades de Derecho es necesario introducir la enseñanza de la tecnología jurídica";(28) Georgetown Center Law Library, New York University Law Library y muchas otras universidades norteamericanas cuentan con análogos recursos tecnológicos.(29)

También en el ámbito europeo y latinoamericano se han desarrollado importantes experiencias de aplicación de la Informática al Derecho:

En Francia, el "Institut de Récherches et d'etudes sur le traitement de l'information juridique", IRETI, se ocupa de la jurisprudencia civil de la Corte de Casación. El "Centre de Recherche et de Développment en Informatique Juridique", CEDIJ, de París, registra la jurisprudencia de Casación y del Consejo de Estado y realiza otras funciones, lo mismo que el "Centre de documentation automatique de l'Istitut d'informatique et d'automatique" CRIDON.

En Bélgica el "Centre de documentation automatique du droit", CREDOC, ha realizado valiosos trabajos.

En España, el Ministerio de Justicia trabaja con el sistema ANTRID.

En Italia el "Consiglio Nazionale delle Richerche", CNR, patrocina diversos proyectos de informática jurídica, en particular a través de su Instituto especializado, "Istituto per la documentazione giuridica del CNR", cuya sección de Informática Jurídica tiene diversos programas, con 13 centros de recolección de datos ubicados en diversas universidades italianas y en algunas oficinas públicas. A la par se desarrollan otros centros como el "Centro elettronico di documentazione della Corte Suprema di Cassazione".

En Gran Bretaña el Profesor Colin Tapper, de Oxford desarrolla un sistema de texto completo.

En América Latina, en Brasil, el PRODASEN (Procesamiento de datos del Senado) trabaja con el SIL (Sistema de Información Legislativa).

En Venezuela, el CEFD, adscrito a la Facultad de Derecho de la Universidad el Zulia, desarrolla el proyecto JURIBANC que almacena sentencias.

(27) SOTO-SERRANO, *Aplicaciones de la Informática al Derecho.* Jornadas, op. cit., supra 22, p. 179.

(28) FROSINI, Vittorio, *La Giuritecnica,* op. cit., supra 23, p. 41 y página ?? de este trabajo.

(29) McCANN, Gary; SHAFFER, Ellen; VINCENT-DAVISS, Diana. *Entrevistas.*

En muchos otros países y en múltiples organizaciones intergubernamentales, como el Consejo de Europa, las Comunidades Europeas, etc., hay interesantes ejemplos de aplicaciones de la informática al Derecho.(30)

En Costa Rica la Informática Jurídica y la microfilmación cumplen una importante función jurídica en materia de Registros. Se trata, ahora, de encontrarle sus aplicaciones para la vida de la biblioteca de la Facultad de Derecho.

Dentro de la idea de una programación integral deben anticiparse las repercusiones que una automatización podría tener sobre el propio curriculum.(31)

iii) En lo que se refiere a los servicios de FOTOCOPIADO, lo normal, lo usual, lo lógico y natural es que se encuentren en la biblioteca o a la par de esta para facilitar el servicio.

iv) De importancia también, como parte de la biblioteca, es el *material sonoro y visual;* ya en nuestra Facultad se ha iniciado una colección de grabaciones, pero debe ampliarse este sector, inclusive hasta poder llegar a contar con lecciones magistrales de los diferentes cursos.

Paralelamente a este proceso, debe pensarse en la introducción en el curso de sistemas de investigación jurídica de un capítulo sobre las aplicaciones de la nueva tecnología al Derecho (como contenidos para tal parte del curso me permito sugerir los siguientes: Informática Jurídica y papel del jurista, Revolución en la metodología de la investigación jurídica, automatización electrónica de la jurisprudencia, límites de la realidad cibernética, la elaboración de programas (software jurídico), semiótica de los textos jurídicos, sistemas uniformes de informática jurídica, sistemas de clasificación de la documentación jurídica, funciones de la computadora, el uso de los sistemas interactivos de texto completo, ciencia jurídica preinformática y el aporte de la Begriffsjurisprudenz y el Derecho Romano para la informática jurídica y posibilidades de estructuración de la información.

C) ASPECTOS FUNCIONALES

El dinamismo de la biblioteca debe corresponder a las necesidades de la Escuela, en virtud de la premisa metodológica asumida al inicio de este trabajo. Cada una de las etapas de la vida de un libro en la biblioteca debe ser respuesta a las políticas docentes, de investigación y acción social de la Facultad; al mismo tiempo, la Escuela debe tomar en consideración en sus propias políticas el dinamismo de la biblioteca.

(30) STADLER, Gerhard, *"Informatique juridique dans les organizations internationales"*, Journées d'Informatique Juridique, Brasilia, 10-14 aout, 1981.

(31) Sobre las repercusiones de la automatización en los Curricula, v. TOFFLER, Alvin, Future Schock, Bantam Books, N. Y., 1971, p. 410.

Con un par de ejemplos podemos ilustrar estas relaciones: por un lado, el curso de sistemas de investigación jurídica, como ya se ha adelantado, podría convertirse en un magnífico aliado de la biblioteca, en la medida en que entrene para la investigación en ella. "Creo que el curso más importante de la carrera es el que se refiere al uso de la biblioteca";(32) por otro lado se hace necesario fortalecer las relaciones entre la biblioteca y la Comisión de Curriculum tanto porque el curriculum debe ser, sin duda, un criterio importante en las políticas de adquisición y catalogación, como porque las exigencias reales de materiales son un elemento significativo importante, tal vez determinante, de las posibilidades efectivas de poner en marcha la ejecución de los objetivos curriculares. "La Asociación Americana de Escuelas de Derecho recomienda que el bibliotecario sea un miembro regular de la Facultad; él debería, además, ser miembro de la Comisión de Curriculum, donde se vería envuelto en el planteamiento integral de los cambios curriculares".(33) "Los curricula se adoptan a menudo sin consideración a los recursos de que se dispone en la biblioteca, lo que a menudo convierte en inútiles la investigación y la enseñanza".(34)

Para fines puramente expositivos, podemos pensar en diversas funciones en este dinamismo:

a) Adquisiciones
b) Clasificación y Catalogación
c) Servicio
ch) Seguridad
d) Finanzas

Cada una de estas actividades debe responder a los objetivos de la Facultad, a los cuales todas las políticas de la biblioteca deben considerarse subordinadas, no por puro axioma dogmático, sino porque la biblioteca es un instrumento para el cumplimiento de los fines de la Escuela; es un subsistema. Así, las adquisiciones deben responder a las necesidades curriculares, a los objetivos de la investigación, tanto en el nuevo curriculum, como en el Area de Investigación y en el Instituto de Investigaciones Jurídicas y a las necesidades de la acción social. La catalogación debe tener mayor correspondencia también con estos objetivos; el servicio deberá ajustarse a las necesidades de la Escuela, por ejemplo en cuanto a horarios, servicios especiales, usuarios especiales. Los mecanismos de seguridad deben corresponder a las deficiencias que se comprueben.

(32) KLOUTAS, Anna, *Students'interest in the Law Library. A living trust*, op. cit., supra 2. En algunas universidades como American University, en Washington, se da especial importancia a este entrenamiento (en ella, en los cursos de Legal Method y de Introduction to American Legal Institutions). Washington College of Law Library, Guide, p. 2.

(33) SULLIVAN, Francis, op. cit., supra 2.

(34) SULLIVAN, Russell, op. cit., supra 2.

En cada una de estas funciones se presentan problemas especiales; sin ánimo de agotarlos (pues la realidad concreta es siempre, heurísticamente, mucho más retadora) intentaré sugerir la importancia de considerar algunos aspectos.

a) Aquisiciones.

La sección de adquisiciones se encarga de investigar las necesidades bibliográficas y estudia las mejores posibilidades de adquirir materiales.

i) La política de adquisiciones.

Ella debe corresponder a los objetivos de la Escuela.

> "Me parece que la única forma en que una biblioteca de Derecho puede crecer y desarrollarse para servir a las necesidades de la Escuela, es la de una cuidadosa política de adquisiciones desarrollada conjuntamente por la Facultad (profesores y estudiantes) y el personal de la biblioteca".(35)

El profesorado, en particular debe tener en este aspecto especial participación; en estos momentos la biblioteca solicita a las cátedras información sobre el material que se va a usar y no siempre encuentra respuesta favorable de parte de los profesores.

El aspecto central de la política de adquisiciones es la definición de prioridades, definición cuya competencia natural está en los propios miembros de la Escuela. De acuerdo con David Combe, de la Universidad de Tulane, esta definición de prioridades debe revisarse por lo menos una vez cada año y tales prioridades deben establecerse según países y materias.(36) No hay duda acerca de que en esta definición política la Facultad debe tener autonomía.

ii) La ejecución de la política de adquisiciones.

En un segundo momento se presentan problemas de muy variada índole. De acuerdo con Price y Cohen se trata de una difícil tarea administrativa, "la más difícil que tiene que aprender el bibliotecario de Derecho",(37) que es la de tratar con precios de libros, editores y vendedores, sin dejarse de lado lo relativo a fuentes de segunda mano y sistemas modernos de "microforms".(38)

A lo anterior se agregan las tareas administrativas de control de adquisiciones (órdenes, facturas, fechas de orden, fechas de recibo, editor, fecha de pago, etc.).

(35) SULLIVAN, Russell, op. cit., supra 2, p. 5.

(36) PRICE-COHEN, *Order Work in a Law Library*, op. cit., supra 5.

(37) Ibídem.

(38) COMBE, David, *Entrevista*, Tulane, setiembre 1984.

En esta etapa surgen múltiples interrogantes: ¿Cuáles son las mejores obras en cada campo ¿Cuáles son las obras que se van a consultar preferentemente? ¿Cuáles suscripciones a publicaciones periódicas deben contratarse u obtenerse mediante canje? De especial laboriosidad debe ser en esta tarea la obtención de catálogos, descuentos y oportunidades.

La variedad de tareas que corresponden a la sección de adquisiciones exige la dotación de suficiente personal entrenado.(39)

Debe ponerse en ejecución un sistema para que la biblioteca pueda recibir sugerencias de adquisiciones.

Igualmente, conviene llevar y divulgar información sobre "pedidos todavía no recibidos" y "recibidos, pero todavía no catalogados". Bastaría exhibir una copia de los controles normales.

b) Clasificación y catalogación.

i) Clasificación.

El sistema de clasificación que utiliza nuestra biblioteca ofrece gran agilidad interna, pero requiere transformaciones, en particular en cuanto a la definición de las siglas.

En lo que se refiere a la clasificación por materias hay muchos aspectos que deben mejorarse: por ejemplo, Propiedad Familiar, "Matrimonio y Divorcio" y Patria Potestad deben ubicarse dentro de "Derecho de Familia" y no como categorías aparte. Otro ejemplo: Derecho Bancario, Derecho de Seguros, Marcas y Patentes no deben constituir categorías autónomas, sino sub-clases, dentro de "Derecho Mercantil". Por otro lado, Hipoteca, Reivindicación y Propiedad deben considerarse como subclases de "Derechos Reales", al igual que la adición PH "Propiedad horizontal".

En lo que se refiere al "sistema de materias", la clasificación no corresponde a nuestro Ordenamiento ni a los sistemas de derivación romana; descuida clases y sub-clases que la tradición latina ha consagrado y al mismo tiempo enfatiza materias (e inclusive las dota de autonomía) que son de mayor interés en otras latitudes y en otros sistemas con condiciones y niveles diferentes de desarrollo.

En los Estados Unidos buena parte de las bibliotecas jurídicas utiliza el sistema de la Biblioteca del Congreso, de Washington; así ocurre, por ejemplo, en Washington College of Law Library, de American University, en Georgetown Lay Library y en Columbia Law Library (en cuanto a una parte de la colección) y en muchas otras.

(39) Como detalle curioso cabe relatar que la Biblioteca del Congreso en Washington tiene en su sección de adquisiciones 150 personas encargadas solamente de realizar recomendaciones. La política es adquirir los nuevos libros en cuanto sean publicados, por ello una de sus principales tareas es la obtención de catálogos.

Es interesante destacar que Columbia ha adoptado a lo largo de su historia varios sistemas de clasificación: Hicks, Schiller, JX modified y Library of Congress; los tres primeros fueron desarrollados en la misma universidad.(40)

New York University Law Library usa también un sistema propio, bastante ágil según pude comprobar, pero sus funcionarios consideran que sería más ventajoso si usaran un sistema más generalizado (como lo es el de la Biblioteca del Congreso), pues los ayudaría a compartir más cosas;(41) consideran que el sistema actual dificulta las relaciones interbibliotecarias. Usa las siguientes siglas, por ejemplo: KA (materia); C (un Estado cuya inicial es C); 3 (un número asignado a cada Estado con esa inicial); 36 (clase de material); C (autor); 8 (otros).

La Biblioteca de Yale utiliza sistemas heterogéneos; parece carecer de criterios unitarios; así, por ejemplo: AG (Attorney General); AB (Association books), AL (Ancient, Primitive and Medieval Law). No parece nada recomendable.

En América Latina se han desarrollado también diversos sistemas de clasificación para bibliotecas jurídicas; con relación al sistema de clasificación del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, Jorge Carpizo, su Director, expresa: "nos ha dado buen resultado nuestro sistema de clasificación, nos ha permitido superar las dificultades que habíamos encontrado con los otros sistemas y hemos comprobado que es operativo y fácil de usar... nuestro sistema tiene un esquema general que quedó integrado de la siguiente forma: AOO Obras de consulta; BOO Teoría del Estado, Ciencia Política, Sociología; COO Obras generales de Derecho Comparado, Filosofía del Derecho y Sociología Jurídica; GOO Derecho financiero y aduanero; POO Otras disciplinas jurídicas: Derecho aéreo y espacial, derecho canónico, derecho militar, derecho económico".(42)

Al mezclar en una categoría materias diversas el sistema parece poco recomendable. No es tampoco un sistema actualizado; los temas de Derecho de Familia se incluyen dentro de Derecho Civil.(43)

ii) Catalogación.

Particular importancia, por su relación directa con el usuario, tienen los sistemas de catalogación, entendiéndose por ésta el proceso ordenado mediante el cual se hace una descripción física de los materiales de una biblioteca. El sistema de nuestra biblioteca tiene el mérito de elaborar tarjetas de artículos contenidos en publicaciones periódicas.

(40) HOOVER, Jim, *Columbia Law Librarian, Introduction,* Guide to the Law Library, 1984, p. 2 y entrevistas con él mismo y con McKEEVER, Kent en Columbia, New York, setiembre de 1984.

(41) VINCENT-DAVISS, Diana, *Entrevista,* New York, setiembre 84.

(42) Una de las preocupaciones de la actual Directora de la Biblioteca de la Facultad de Derecho es, precisamente, la subdivisión de las materias. RODRIGUEZ, op. cit., supra 13.

(43) MORINEAU-DAVALOS, op. cit., supra 16 p. 14.

Es importante revisar el catálogo de "Materias"; el catálogo debe corresponder a las necesidades específicas para servir de soporte eficiente para los fines de nuestra unidad académica; los catálogos, entendidos como los instrumentos donde se muestra al usuario el material que posee la biblioteca, debe tener orientación en función de la definición curricular; de ahí la importancia de la relación entre el bibliotecario y la Comisión de Curriculum.(44)

Todas estas tareas deben realizarse con conciencia de sus aspectos problemáticos: "El mayor reto es la dificultad de catalogar el material, pues por sus múltiples facetas, el Derecho es uno de los objetos más difíciles de categorizar. A pesar de ello, por ser el Derecho altamente sistemático, en realidad la dificultad no es tan grande".(45) Debe tomarse en cuenta que el primer problema a la hora de delimitar los contenidos de cada materia, es la propia definición de ésta. No es fácil definir adecuadamente los ámbitos de regulación jurídica; la doctrina es abundante en divergencias conceptuales y son múltiples, y a menudo contradictorias, las definiciones propuestas. El autor Legaz, en una de sus obras, da cuenta de la existencia de 104 criterios diferenciadores entre Derecho Público y Derecho Privado; así también, en cada "rama" del Derecho se dan divergencias teóricas elementales; son bien conocidas igualmente las discusiones teóricas sobre la definición del Derecho Comercial (acto de comercio, carácter masivo, lucro, empresa, comerciante).

Esta etapa culmina con la ordenación en los estantes, después de la inscripción, el marbeteo, la duplicación de tarjetas, el acomodo de las fichas en los catálogos y el sellado del material.

c) Servicio.

Hemos llegado, finalmente, al sentido mismo de la biblioteca: la prestación de un servicio. La usual urgencia de los profesores y estudiantes de Derecho para la obtención de materiales exige un servicio eficiente.

El mejoramiento de todos los aspectos que ya hemos mencionado en este trabajo necesariamente redundará en un mejor servicio.

Sin embargo, hay algunos aspectos especiales que merecen consideración separada:

(44) La Universidad de Columbia tiene un catálogo unificado. La Biblioteca de Tulane Law School tiene un catálogo con dos secciones: autor-título y materia. En la biblioteca de Derecho de Yale no hay catálogo de fichas; la información completa sólo se puede obtener a través de los catálogos de fichas en las diversas bibliotecas que han enviado materiales a ella. *Entrevistas,* New Haven, setiembre de 1984.

(45) THURMAN, David, *Student's interest in the Law Library. A living trust,* op. cit., supra 2, p. 21.

La política de servicio deberá prestar particular atención a los horarios: "Si la Escuela de Derecho posee una valiosa biblioteca, bien equipada y bien instalada, ella puede ser de muy poco valor, a menos que permanezca abierta al uso. En consecuencia, en mi experiencia, otros costos nunca deben tener como resultado la reducción de las horas de servicio".(46)

Con relación al servicio puede pensarse en un estímulo para los usuarios especiales, como profesores o estudiantes que sean "de honor", que, si se someten a un entrenamiento especial, podrían ser usuarios directos de la biblioteca utilizando una sala de lectura especial, con los debidos controles; a no ser que se quiera cambiar el sistema de servicio, dejando las solicitudes en ventanilla únicamente para los préstamos a domicilio.

La biblioteca debe brindar, además, servicios de referencia, mediante una sección especial, entendido éste como un servicio de asistencia para el uso de la biblioteca y para la investigación. "Pese a que la Biblioteca de la Facultad no ha conformado una sección de referencia como tal se brindan algunos servicios actualmente"; deben, sin embargo ampliarse radicalmente.

Un detalle que agiliza el servicio es colocar "a mano" los libros de consulta permanente.

ch) Seguridad.

Es problema generalizado en las bibliotecas de Derecho el de los hurtos y pérdidas. Este problema ha sido afrontado en las bibliotecas norteamericanas con sistemas de control (uno de ellos, bastante usual, es el uso de tarjetas-clave); puede establecerse sistema de vigilancia al ingreso, mediante "control de equipaje", pero se considera poco efectivo.

La seguridad debe abarcar también a los catálogos.

El fichero correspondiente debe ubicarse frente a los empleados de la biblioteca y no en un rincón alejado de ellos, como hasta ahora.

Algunas bibliotecas, junto a los sistemas preventivos, han definido mecanismos represivos.(47)

---

(46) SULLIVAN, Russell, op. cit., supra 3. p. 8. Es interesante anotar que la biblioteca de Derecho de Tulane Law School trabaja hasta las 9 p. m., menos los sábados; la de Yale hasta medianoche y los sábados hasta las 5 p. m.; la de Columbia hasta medianoche y los sábados hasta las 7 p. m.; la de Georgetown hasta medianoche y los sábados hasta las 10 p. m.; la de Washington College of Law Library, de American University hasta medianoche normalmente.

(47) La Universidad de Yale tiene un sistema que tipifica y sanciona ilicitudes contra la biblioteca; la de Tulane ha elaborado un Código de Honor.

d) Política financiera.

Es claro que la insuficiencia actual de recursos de nuestra biblioteca impide el mejoramiento de la colección, la contratación de personal especializado en bibliotecología y la utilización de modernas tecnologías.

Frente a esta situación caben dos actitudes:

a) La inercia y la indiferencia que conducen inevitablemente al estancamiento y al retroceso; o

b) La formulación de una política financiera agresiva.

Convendría luchar por obtener fuentes complementarias de financiamiento simultáneamente, para la puesta en marcha del plan integral.

Convendría tener en cuenta a las diversas agencias de cooperación internacional y organismos internacionales como U. P.

No deben dejarse de lado las instituciones públicas, a las que, a cambio de su aporte se les podría dar una contraprestación negociada; por ejemplo, podría solicitársele al INS un sustancial aporte a cambio de una carrera (corta, mediana o larga de seguros, y, en particular de Derecho de Seguros); el propio INS, así como el Banco Central y muchas otras Instituciones como el Colegio de Abogados podrían participar en el sub-proyecto de telecomunidad jurídica (página 16 y siguientes de este trabajo).

Los egresados pueden constituir una fuente importante de ingresos si lo que se les ofrece llega a ser suficientemente atractivo.

Son varias las embajadas que en el pasado han dado aportes a la biblioteca; tengo presente sustanciales contribuciones de los gobiernos de Italia y Francia. La actividad de gestiones ante diversas representaciones diplomáticas debe ser considerada como parte de la política financiera.

Todos estos aspectos y muchos otros deberá planteárselos un comité especial de "política (y acción) financiera".

III. CONCLUSIONES:

La consideración de la biblioteca de la Facultad como sub-sistema nos lleva a afirmar que la solución a un problema de local, de catalogación, de política de adquisiciones, de horario de servicios, de seguridad o de dinero no puede verse como solución aislada.

La respuesta que haya de darse a la situación actual debe ser integral, una respuesta en la que se coordinen adecuadamente todos los elementos subjetivos, objetivos y funcionales que caracterizan a una biblioteca jurídica, con una visión global, de modo que se logre una sana y eficiente interacción de los diversos aspectos. Esta política integral debe ser formulada por la propia Facultad —repito— el mejor Juez de sus propias necesidades académicas, sin perjuicio de obtener y recibir el asesoramiento técnico (altamente especializado de "juristas-bibliotecólogos"), que a través de los mecanismos inter-universitarios e internacionales se pueda lograr.

Previamente, en orden a pisar en terreno firme, se requiere de un diagnóstico de la situación, pero un diagnóstico integral, de los diversos aspectos aquí referidos (para lo cual podría tomarse como base de discusión este mismo informe). Detectada la problemática total es posible pasar entonces a la formulación de sus soluciones (según la enfermedad, así debe ser la medicina).

Deben propiciarse los convenios que beneficien económicamente a la biblioteca, sin limitar nuestra autodeterminación.

La conjugación integrada de todos los elementos subjetivos, objetivos y funcionales descritos aquí ("optando tal vez por la realidad de lo fantástico") [48] permitirá la realización del desarrollo que la Biblioteca de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica necesita, para afrontar las exigencias de las nuevas transformaciones, sin ceder a cambio su autonomía.

(48) PAUWELS, Louis y BERGIER, Jacques. *El R. de los B.* Plaza & Janés S. A. Barcelona, 1967, p. 231.

IV. BIBLIOGRAFIA:

BURKE, Redmond, *The Director of Libraries' interest.* The Law Library. A Living trust. AALL Publications Series Nº 7, American Association of Law Libraries, 1964.

CASTAN TOBEÑAS, José, *Teoría de la aplicación e investigación del Derecho,* REUS, Madrid, 1947.

COHEN, Morris L., *Legal Research in a Nutshell,* West Publishing Co., 1968.

COHEN, Morris L., *How to find the Law,* Seventh edition, St. Paul, Minn., West Publishing Co., 1976.

COLUMBIA, Law Library Guide, 1984.

DE LOS MOZOS, José Luis, *Metodología y Ciencia del Derecho Privado Moderno,* Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1977.

FERNANDEZ-SESSAREGO, Carlos, *Discurso. Primeras Jornadas Italo Latinoamericanas de Informática Jurídica,* Informatica Giuridica, Cultura editrice, Firenze, 1979.

FROSINI, Vittorio. *La Giuritécnica, problemas y respuestas,* Informatica Giuridica, Cultura editrice, Firenza, 1979.

GEORGETOWN University Law Center. Library Guide. Washington D. C., 1984.

GOODE-HATT, *Métodos de investigación social,* Trillas, México, 1975.

GUTIERREZ-BRENES, *Teoría del método en las Ciencias Sociales,* EDUCA, San José, 1971.

HARVARD Law School Catalog, Cambridge, Mass.

HUTTY, John, *Legal research using electronic techniches.* AALL Publications Series Nº 3, 1962.

KLOUTAS, Anna, *Students' interest in the Law Library.* The Law Library. A living trust. AALL Publication Series Nº 7, American Association of Law Libraries, 1964.

LIKERT, Rensis, *The human organization: its management and value.* Mc Graw Hill - Kogakusha Ltd. Tokyo, 1967.

LOIODICE, Aldo, *Informatica, bancos de datos y derecho a la información,* Informatica Giuridica, Cultura editrice, Firenze, 1979.

McCARTHY, John, *Información, computadores y computación.* Selección de Scientific American, Blume, Madrid, 1974.

MORINEAU-DAVALOS, Sistema de clasificación de la biblioteca del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, 1983.

PRICE-COHEN, *Order work in a Law Library.* Lectures at Columbia, 1941, Revised 1969.

PUGLIATTI, Salvatore, *Beni e cose in senso giuridico,* Giuffre-ed., Milano, 1962.

PUGLIATTI,Salvatore, *Conoscenza e Diritto,* Giuffre-ed., Milano, 1961.

RODRIGUEZ, Victoria, *Sistema de clasificación de la biblioteca de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica,* Memoria de la Práctica dirigida de Graduación, 1983.

SULLIVAN, Francis, *Teacher's interest in the Law Library.* The Law Library, Living trust. AALL Publications Series, Nº 7, American Association of Law Libraries, 1964.

SULLIVAN, Russell, *Dean's interest in the Law Library.* The Law Library, Living trust. AALL Publications Series Nº 7, American Association of Law Libraries, 1964.

SURRENCY, Edwin, *Guide to legal research.* Oceana Publications, Inc. Dobbs Ferry, New York, 1966.

THURMAN, David, *Students' interest in the Law Library.* The Law Library, Living trust. AALL Publications Series Nº 7, American Association of Law Libraries, 1964.

TOFFLER, Alvin, *Future Shock,* Bantam Books, N. York, 1971.

TOFFLER, Alvin, *The third wave,* Bantam Books, N. York, 1981.

TULANE, Law Library Guide, 1984.

WASHINGTON COLLEGE OF LAW LIBRARY, Guide, 1984.

YALE LAW LIBRARY, New Haven, 1984, (readers' manual).

EL LLAMADO "CONFLICTO COLECTIVO DE CARACTER ECONOMICO SOCIAL" A LA LUZ DE LA JURISPRUDENCIA

Dr. Bernardo Van Der Laat Echeverría

Profesor de Derecho Laboral
Facultad de Derecho Universidad de Costa Rica.

SUMARIO

A) DETERMINACION DEL TEMA

El término "Conflicto colectivo de carácter económico social" no es claro, en sus alcances en nuestra legislación, y en su utilización práctica, por lo que como paso previo al presente estudio resulta necesario referir el significado que dicho término tiene.

El Código de Trabajo llama a su título sexto "De los conflictos colectivos de carácter económico social" el cual se divide en tres capítulos que regulan la huelga de los trabajadores y el paro patronal estableciendo así, indebidamente, que los conflictos colectivos de carácter económico social, en nuestro derecho, son la huelga y el paro, cuando sabemos que no son sino los principales medios de presión a que pueden recurrir las partes de la relación de trabajo cuando surge un conflicto entre ellos. Este error lo confirma el artículo 500 del mismo Código.(1)

Por otra parte, el título sétimo, "De la jurisdicción especial del trabajo", incluye un capítulo, el tercero, titulado "del procedimiento en la resolución de los conflictos de carácter económico social" que comprende cuatro secciones: del arreglo directo, del procedimiento de conciliación, del procedimiento de arbitraje y una cuarta relativa a disposiciones comunes a los procedimientos de conciliación y arbitraje. Evidentemente los términos en esta parte del Código, al menos en su estructura, sí están bien empleados y responden a lo que constituye la dinámica del conflicto: la existencia de éste, los medios de solución y sin duda, correspondería luego en este título como corolario, los medios de presión que resultan ser la huelga y el paro patronal que, como ya vimos, se tratan en un título aparte y con grave confusión terminológica.

La sección segunda del referido título sétimo del Código, "del procedimiento de conciliación", en el lenguaje de la jurisprudencia, y en el de los Abogados Litigantes, no es conocido estrictamente como "conciliación" sino que se le conoce como el "conflicto colectivo de carácter económico social". Cuando se dice que se planteó un conflicto de ese tipo, se está haciendo alusión a que se ha dado inicio al procedimiento de conciliación a que se refiere la sección segunda del capítulo tercero del título sétimo del Código de Trabajo. Estos procedimientos tienen gran importancia práctica toda vez que por disposición del inciso b) del artículo 366 y, en su caso, del artículo 373, ambos del Código citado, agotar dichos procedimientos constituye uno de los requisitos esenciales

(1) "Cuando en un lugar de trabajo se produzca una cuestión susceptible de provocar uno de los conflictos colectivos de carácter económico social a que se refiere el título sexto, los interesados...".

para que una huelga o un paro patronal puedan ser declarados legales. Su omisión es uno de los principales motivos por los cuales los tribunales declaran ilegales muchas huelgas ya que "la huelga que no va precedida por un intento de avenimiento pacífico, así como aquella en que se prescinde del procedimiento conciliatorio es ilegítima".(2) Es al estudio y análisis de la jurisprudencia que, con pocas excepciones, el Tribunal Superior de San José(3) ha producido en relación con estos procedimientos, que se dedica el presente trabajo.

B) CONCEPTO

De un conjunto de fallos se puede deducir el concepto de conflicto colectivo de carácter económico social, que ha elaborado el Tribunal. Ha establecido en primer lugar, la distinción entre el conflicto individual y el conflicto colectivo al referir que "en materia laboral los conflictos son de dos tipos: individuales y colectivos; individuales cuando surgen como consecuencia de las relaciones directas entre un patrono y un obrero y que define intereses personales de los contratantes y colectivos son los que surgen de la oposición o pugna manifestada entre un grupo de trabajadores y uno o más patronos, por estar en juego los intereses abstractos de la categoría, no como suma material de individuos, sino como representantes de una comunidad definida de intereses, es decir el carácter colectivo del grupo, no por sus relaciones individuales de trabajo, sino en consideración a los intereses del mismo grupo concebido autónomamente".(4) También se ha delimitado claramente el campo entre los conflictos de carácter jurídico y los de intereses económicos(5) y llegado a conceptuar al conflicto colectivo de carácter económico social como el que "persigue lograr el establecimiento o creación de derechos nuevos o la superación de los que contiene el Código de Trabajo o sus leyes conexas"(6) o "el que tiene como primordial objetivo la creación de una fuente constitutiva de derecho... que procure un mejoramiento de las condiciones generales de los trabajadores no previstas por Ley o por convención surgiendo así nuevas normas que regulen las situaciones que producen el conflicto..."(7)

(2) T. S. T. Nº 578, 16.10 hrs. del 13 de febrero de 1979.

(3) No obstante que en la actualidad existen en el país varios Tribunales Superiores que conocen materia de trabajo (Limón, Pérez Zeledón, Alajuela, Puntarenas y Liberia) el Tribunal Superior de Trabajo de San José es el único especializado en materia laboral y también el único competente para conocer, en alzada, todo lo relativo a los llamados conflictos colectivos de carácter económico social.

(4) T. S. T. de Alajuela, Nº 304 de las 15.25 hrs. del 9 de mayo de 1979. Dentro de esa misma línea aunque no expresamente definidos los conceptos está la sentencia dictada por el T. S. T. de San José a las 8.30 hrs. del 19 de noviembre de 1976; ver también de la Sala de Casación la sentencia de 10 hrs. del 8 de setiembre de 1947.

(5) T. S. T. de San José, Nº 210 de las 9 hrs. del 14 de enero de 1981.

(6) T. S .T. de San José, Nº 2114 de las 14.05 hrs. del 27 de junio de 1977.

C) LIMITES

Al concepto anterior de conflicto colectivo de carácter económico social que ha establecido la jurisprudencia se le pueden precisar algunos límites:

El primero se deriva del mismo concepto del conflicto atrás referido: el conflicto debe perseguir la creación de derechos nuevos o la superación de los existentes por lo que no es procedente recurrir a este tipo de procedimientos cuando lo que se pretende incluir en el documento de acuerdo son disposiciones contenidas ya en la legislación laboral.(8)

El segundo límite al conflicto es el hecho de que a través de este mecanismo los trabajadores puedan alcanzar mejores condiciones socioeconómicas "no debe significar en modo alguno ahogar económicamente al patrono".(9)

Intimamente relacionado con el límite anterior está la circunstancia de que el planeamiento del conflicto debe estar precedido "de estudios serios y mesurados que vengan a determinar lo que se debe conceder; peticiones inconsultas, sobre todo de naturaleza salarial, sin que antes se haya producido un estudio de la situación económica de la empresa, lejos de favorecer a los trabajadores, los perjudican..."(10) Considero que no obstante que el principio planteado en dichos fallos es sano, sobre todo en países en vías de desarrollo, ofrece dificultades en la práctica. En primer lugar resulta muy subjetivo determinar cuando un planteamiento puede resultar serio o no; pero además, y esto tiene mucha mayor importancia, parece excesivo exigir estudios previos cuando no existe en nuestra legislación laboral ninguna norma que obligue a los patronos a suministrar información sobre el estado de la empresa a sus trabajadores, lo que coloca a éstos en una difícil posición a la hora de hacer sus plantea-

(7) T. S. T. de San José, Nº 3374 de las 8 hrs. del 23 de setiembre de 1977.

(8) La jurisprudencia al respecto es reiterada así: pueden verse: del Tribunal Superior de Trabajo de San José, las siguientes: Nº 1144 de 13.30 hrs. del 12 de abril, 2144 de 14.05 del 27 de junio; 3374 de 8 hrs. del 23 de setiembre, todas de 1977.

(9) T. S. T. de San José, Nº 4686 de 8.20 hrs. del 26 de noviembre de 1976.

(10) T. S. T. de San José, Nº 4686 de 8.20 hrs. del 26 de noviembre de 1976, en igual sentido del mismo Tribunal la Nº 763 de 8 hrs. del 4 de marzo de 1977.

mientos.[11] Finalmente no podemos olvidar que las técnicas de negociación imponen a las partes exagerar sus pretensiones en alguna medida a fin de poder hacer luego concesiones en la mesa de negociaciones[12] por lo que también desde esta perspectiva puede resultar aventurado y quizás hasta improcedente, determinar si unas peticiones pueden considerarse el resultado de "estudios serios mesurados".

D) LAS PARTES: ...LOS TRABAJADORES

1.—*Como sujeto activo.*

Dispone el artículo 500 del Código de Trabajo que "cuando en un lugar de trabajo se produzca una cuestión susceptible de provocar uno de los conflictos colectivos de carácter económico social a que se refiere el Título Sexto, *los interesados* (el subrayado es mío) nombrarán entre ellos una delegación de dos o tres miembros que deberán conocer muy bien las causas de la inconformidad y estar provistos de poder suficiente para firmar cualquier arreglo". El determinar qué se entiende por "interesados" constituye un problema que la jurisprudencia aún no ha definido claramente en buena medida debido a lo poco clara que resulta la legislación costarricense en aspectos medulares de la regulación del Derecho Colectivo de Trabajo. En efecto, la mayoría de los sistemas legislativos y la doctrina establecen una estrecha relación entre la negociación colectiva y el derecho de huelga, de manera que siendo la celebración de convenciones colectivas el principal medio de solución de los conflictos colectivos de trabajo, la huelga resulta ser el medio principal de presión. En la legislación nacional no sucede lo mismo y se establecen diferentes regulaciones que hacen surgir dudas.[13] Así, en tanto por definición que hace el artículo 54 del Código claramente se establece que el titular, por parte de los trabajadores, para la celebración de una convención colectiva únicamente lo es el Sindicato, lo que ha ratificado la jurisprudencia[14] vemos que se habla o de interesados (artículo 500 citado) o de trabajadores respecto al ejercicio del derecho de huelga: el artículo 364 dispone "huelga legal es el abandono temporal del trabajo en una empresa, establecimiento o negocio, acordado y ejecutado pacíficamente por un grupo de tres o más *trabajadores*..." (el subrayado es mío); en tanto el 366 dice: "para declarar una huelga legal los *trabajadores* deben..." (el subrayado es mío). Por otra parte, para negociar una convención colectiva el sindicato interesado debe acreditar representar al menos la tercera parte de los trabajadores,[15] en tanto que para ejercer legalmente el derecho de huelga se pide el apoyo del sesenta por ciento de los trabajadores.[16] A mayor abundamiento el artículo 500 también establece que los trabajadores deberán nombrar una delegación que los represente en las diligencias de conciliación previas y obligatorias antes de poder declarar una huelga legal, lo que parece sería innecesario si el sindicato, que tiene sus órganos de representación, pudiera representar a los trabajadores. Con base en todo lo expuesto podemos resumir que en Costa Rica el sindicato es el titular de las convenciones colectivas y una coalición de trabajadores que represente al menos el sesenta por ciento de los trabajadores lo es respecto del derecho de huelga (así como también de las diligencias conciliatorias previas). Pero la interrogante que permanece es si el sindicato, que por definición es una coalición permanente, puede representar a los trabajadores para efectos de la tramitación de lo que, en este trabajo, se ha llamado "conflicto colectivo de carácter económico social" y posteriormente del ejercicio del derecho de huelga. Pareciera que el legislador, no obstante la confusa regulación que de estas materias hizo, lo consideró así ya que incluyó algunas disposiciones de las cuales aparece esa participación del sindicato. En efecto, al definir las atribuciones exclusivas de la Asamblea General de un sindicato en el artículo 276 indicó, entre otras "declarar las huelgas o paros legales"; también se hacía referencia al sindicato en el artículo 366 en la parte que establecía un procedimiento especial de conciliación que en 1978 fue declarado inconstitucional pero por otros motivos, específicamente por los alcances de la moción de servicio público.[17] Sin embargo, aunque en forma expresa no lo ha dicho, la jurisprudencia se inclina por considerar que no puede el sindicato promover un conflicto colectivo de carácter económico social y llevar a los trabajadores a la huelga. Así ha dicho que "en nuestro régimen jurídico, el planteamiento de los conflictos no requiere necesariamente de la intervención de un sindicato para darle vigencia al mismo, pues basta con que un grupo de trabajadores decidan formular sus inquietudes para que el Juez de Trabajo respectivo le dé curso, si se han llenado las demás

(11) En un juicio arbitral al que se refiere la sentencia del T. S. T. de S. J., Nº 1927 de las 9.30 hrs. del 14 de mayo de 1976 se aprobó una cláusula en la cual la empresa se obligaba a entregar al sindicato al cierre de cada período copia del estado económico en que se encuentra. En un caso como el referido encuentra pleno sentido la exigencia de estudios previos.

(12) Sobre las técnicas y tácticas de negociación puede consultarse la magnífica obra del profesor canadiense CARRIER, Denis, *"La Estrategia de las Negociaciones Colectivas"*, Editorial Tecnos, S. A., Madrid, 1982, 225 pgs.

(13) Los problemas que plantea la regulación de esas dos instituciones del derecho colectivo de trabajo fueron tratados con más amplitud en mi monografía *"La Huelga y el Paro en Costa Rica"*, San José, Editorial Juricentro, 1979 especialmente en la sección I del Capítulo III.

(14) T. S. T. de San José, Nº 49 de 15.30 hrs. del 17 de enero de 1951 y Nº 379 de 9 hrs. del 26 de enero de 1979.

(15) Artículo 56 del Código de Trabajo. De las disposiciones de este artículo cabe interpretar que se debe acreditar representar la tercera parte cuando solo hay un sindicato presente en la empresa pero cuando exista una pluralidad no se requiere que cada uno represente la tercera parte sino que exista al menos un tercio de trabajadores sindicalizados y en este caso la titularidad la tendrá el mayoritario.

(16) Artículo 366 del Código de Trabajo.

(17) Corte Suprema de Justicia, 8 hrs. del 7 de noviembre de 1979.

formalidades de estilo. Así se desprende de la doctrina del artículo 500 del Código de Trabajo. Esta situación se clarifica más, cuando el Art. 364 del Código de la materia al definir la huelga legal, señala que es el abandono temporal del trabajo ejecutado por un grupo de tres o más trabajadores; de aceptarse que debe existir la presencia del sindicato, ese número sería mayor, verbigracia, de veinte (artículo 273, párrafo 2 del Código de Trabajo)..."[18] y ha rechazado un conflicto en el que la solicitud de que se iniciaran los procedimientos la hizo el secretario de un sindicato.[19] Sin embargo, parece que en los primeros años de vigencia del Código e integrado en forma diferente el Tribunal, no se cuestionaba la posibilidad de la titularidad del sindicato,[20] criterio que bien puede considerarse correcto pues si bien es claro que nuestro Código se inclina porque sea la coalición temporal la titular del planteamiento del conflicto seguramente tomando en consideración el problema de número que el fallo citado refirió, esto no quiere decir que el sindicato no puede ser también titular si demuestra tener el apoyo que la ley exige, cumpla con la obligación de que su asamblea general lo apruebe, elija sus representantes dentro de los trabajadores y reúna todos los demás requisitos que estipula la ley.

a) *El apoyo requerido.*

Independientemente de que la titularidad para el planteamiento de las diligencias de conflicto colectivo la tenga una coalición temporal o el sindicato, es requisito indispensable que quien las promueva cuente con el apoyo del sesenta por ciento de los trabajadores, tema que ha ido precisando en forma clara y acertada la jurisprudencia.

En primer término debemos señalar que siempre se ha exigido el contar con el apoyo del sesenta por ciento de los trabajadores;[21] sin embargo, en una primera época se permitía al patrono tratar de demostrar que los trabajadores no contaban con el total apoyo desde el momento en que se presentaba el pliego de peticiones al dador de trabajo y se entregaba una copia al Juez de Trabajo correspondiente[22] lo que provocaba la

(18) T. S. T. de San José, Nº 2144 de 14.05 del 27 de junio de 1977.

(19) T. S. T. de San José, Nº 3966 de las 8.50 hrs. del 6 de octubre de 1976.

(20) T. S. T. de San José, Nº 180 de 16 hrs. del 8 de marzo de 1951.

(21) Así, entre otras, las sentencias del T. S. T. de San José, de 10.15 hrs. del 10 de noviembre de 1951; 15.30 hrs. del 15 de julio de 1952; Nº 170 de 15.30 hrs. del 22 de febrero de 1954; Nº 397 de 14 hrs. del 11 de febrero de 1971.

(22) En efecto en la sentencia Nº 331 de las 9 hrs. del 10 de mayo de 1952 el T. S. T. dijo "...Pero no hay disposición legal alguna que obligue a los delegados a comprobar la exactitud de lo expresado al respecto, razón por la cual incumbe al patrono demostrar que lo afirmado por aquellos se aparta de la realidad. En otras palabras, corresponde al patrono destruir la presunción iuris tantun establecida a favor de los trabajadores por el artículo 504 del Código de Trabajo, en cuanto al requisito del número...".

realización de votaciones, inspecciones oculares u otros medios de comprobación con el consiguiente atraso en la tramitación de las diligencias de conciliación.[23] Este criterio jurisprudencial acertadamente fue posteriormente variado y en la actualidad, y hasta donde hemos podido determinar, desde 1971,[24] se concede una presunción relativa de veracidad al dicho de los trabajadores de que cuentan con el apoyo de la referida mayoría calificada pues el artículo 504, que es el que fija los requisitos que debe contener el pliego de peticiones, únicamente establece que los promotores deben indicar entre otros requisitos[25] el número de trabajadores que laboran y cuántos de éstos apoyan el movimiento.[26] Pero si de las manifestaciones de los trabajadores, en forma expresa o tácita, el Tribunal determina que no cuentan con ese apoyo, por razones de economía procesal[27] dado que "al fenecer la fase conciliatoria los trabajadores no podrán llevar adelante sus propósitos"[28] y ello obligaría "a los tribunales a estar interviniendo innecesariamente en situaciones que no lo ameritan dado el reducido número de trabajadores inconformes"[29] o por los efectos que tiene pues "no debe olvidarse que el planteamiento de un conflicto produce como tal, ciertos roces enfrentando a las dos partes de la relación laboral y es deber de los Tribunales de Trabajo, cuando el movimiento colectivo no va a tener resultado positivo, pero sí perjudicial para los trabajadores, buscar la mejor forma de salvaguardar tutelando legalmente el interés de éstos",[30] no le han dado trámite a los procedimientos de concilación siendo esta jurisprudencia constantemente reiterada.[31] En un caso iniciadas las diligencias de conciliación la representación del patrono indicó que su contraparte no contaba con el apoyo

(23) T. S. T. de San José, Nº 3965 de 9 hrs. del 29 de setiembre de 1979.

(24) T. S. T. de San José, Nº 563 de 9 hrs. del 2 de marzo de 1971; Nº 391 de 14 hrs. del 11 de febrero de 1977.

(25) El artículo 504 dispone: "El pliego de peticiones expondrá claramente en qué consisten éstas y a quién o quiénes se dirigen, cuáles son las quejas, el número de trabajadores o de patronos que la apoyan, la situación exacta de los lugares de trabajo donde ha surgido la controversia, la cantidad de trabajadores que en éstos prestan sus servicios, el nombre y apellidos de los delegados y la fecha", también deben señalar lugar para atender notificaciones y pueden designar un Asesor.

(26) T. S. T. de San José, Nº 4508 de 9.35 hrs. del 12 de noviembre de 1976.

(27) T. S. T. de San José, Nº 1535 de 9.05 hrs. del 25 de abril de 1979.

(28) T. S. T. de San José, Nº 561 de 13.15 hrs. del 23 de febrero de 1977.

(29) Juzgado 2º de Trabajo de San José, 8 hrs. del 17 de febrero de 1975.

(30) T. S. T. de San José, Nº 561 de 13.15 hrs. del 23 de febrero de 1977.

(31) Entre otras en las siguientes sentencias: todas del T. S. T. de S. J., Nº 1024 de 9.10 hrs. del 13 de abril de 1972; 10.10 del 21 de enero de 1975; 17.20 hrs. del 19 de febrero de 1976; Nº 4508 de 9.35 hrs. del 12 de noviembre de 1976; Nº 1936 de 15.25 hrs. del 8 de junio de 1977; Nº 561 de 13:15 hrs. del 23 de febrero de 1977; 10 hrs. del 28 de julio de 1978 y Nº 5020 de las 14.45 hrs. del 19 de diciembre de 1978.

necesario, lo que llevó al Tribunal a manifestar que "si bien este Tribunal ha estimado en algunos pronunciamientos que cuando haya prueba en los autos —que no implique una sustanciación retardatoria— de que el conflicto no es apoyado por lo menos por el sesenta por ciento de los trabajadores, no tendría objeto práctico darle tramitación, pues por el resultado negativo que a la postre tendría, ello ha sido admitido siempre, antes de que comience el diálogo en las comparecencias respectivas, pero no sería dable que, iniciada la conciliación, haya posibilidad de alegar ausencia de mayoría obrera o cualquier otra incidencia, tanto por ser tardía la gestión, como por oponerse a lo dispuesto en el artículo 506 del Código de Trabajo.(32)

No obstante la clara posición del Tribunal, de que deben evitarse los atrasos, y por lo tanto conceder presunción de veracidad a lo dicho por los trabajadores en cuanto al apoyo, en una ocasión un Juez, dado que los pliegos de firmas aparecían con fechas de hasta cuatro meses antes de la presentación, comisionó a la Inspección General de Trabajo para que determinara el número real de trabajadores.(33) Obsérvese sin embargo, que esto sucedió cuando se iniciaba apenas el cambio jurisprudencial y quizás ahora no ocurriría lo mismo dada la presunción que se ha establecido.

También los Tribunales se han mostrado muy flexibles en la apreciación del punto porque cuando ha existido duda acerca de la existencia del sesenta por ciento al inicio han optado por darle trámite.(34) Dado que, para los efectos que hemos venido exponiendo, es un dato muy importante el número de trabajadores de la empresa y el que apoya la gestión, esta información debe ser necesariamente indicada por los actores, pero cuando no sucede no se ordena archivar el expediente sino que lo omisión puede ser subsanada y una vez suministrada la información, el Juez examinará si procede darle trámite.(35)

No obstante todo lo antes relacionado, parece que puede operarse un cambio trascendental en la orientación jurisprudencial pues ya en una ocasión aceptó el Tribunal que se le diera trámite a un conflicto colectivo no obstante que constaba que los trabajadores no reunían matemáticamente el apoyo del mismo exigido por la ley aunque sí el de un impor-

(32) T. S. T. de San José, Nº 2751 de las 9.05 hrs. del 13 de octubre de 1982.

(33) Juzgado Segundo de Trabajo de San José, 15.30 hrs. del 4 de diciembre de 1972.

(34) Así por ejemplo en resolución del T. S. T. de S. J. de las 10.10 hrs. del 21 de febrero de 1975 se dijo: "En la especie, si bien la certificación de la Caja Costarricense de Seguro Social registra un total de trabajadores de la empresa superiores al que indican los gestionantes, tal diferencia la explican ellos por la exclusión que hacen de los representantes del patrono y empleados de confianza. Con base en lo anterior no resulta evidente que carezcan del porcentaje de ley y por tal motivo se revoca la resolución apelada a fin de que el Juez a-quo se sirva dar curso al proceso de conciliación".

(35) T. S. T. de San José, Nº 638 de 9.35 del 1 de abril de 1969.

tante grupo de trabajadores que casi constituía el porcentaje mínimo.(36) Con anterioridad la jurisprudencia había sido constante en cuanto a exigir dicho apoyo.(37) Creemos que de mantenerse ese criterio resultará beneficioso para las relaciones obrero-patronales pues si se demuestra que un porcentaje importante de trabajadores, que tendría que precisar luego la jurisprudencia y que podría ser la mayoría absoluta o ser superior al cuarenta por ciento, que es la mayoría que se requiere para elegir un presidente, puede resultar beneficioso el que se lleve a cabo por procedimientos de conciliación que quizás resuelvan los motivos de inconformidad, aunque es evidente que si fracasa el avenimiento los interesados no podrán recurrir a una huelga legal.

Dada la enorme trascendencia que tiene el apoyo numérico puede resultar significativo el respaldo de una sola persona por lo que al plantearse el conflicto los promotores, por una parte, tratarán de reducir el número total de los trabajadores que prestan sus servicios en el centro de trabajo afectado por el conflicto como medio de lograr que el número de los que lo apoyan resulte un porcentaje mayor y que, por otra parte, el patrono tratará de demostrar que el número total de empleados es mayor a fin de que siendo constante el número de quienes apoyan las diligencias, el porcentaje resulte menor y no logre integrar el mínimo que señala la ley. La jurisprudencia, como vimos, concede una presunción de veracidad al dicho de los trabajadores que cuentan con el sesenta por ciento. Sin embargo es importante destacar, sobre todo en pronunciamientos que se han dado con ocasión de la comprobación de la existencia del apoyo que exige la ley, lo que se hace a la hora de calificar la legalidad del movimiento de huelga, que se ha establecido que no deben computarse, para ese efecto, una serie de personas, criterio que, por resultar favorable a los trabajadores, ellos lo aplican a la hora de plantear el pliego de peticiones. Así, con base en diferentes sentencias, se excluye para efectos de cómputo, a los aprendices, a los trabajadores eventuales, a los altos empleados representantes patronales y a los empleados de confianza(38).

(36) T. S. T. de San José, Nº 1075 de 8.10 hrs. del 1 de marzo de 1982. En el caso concreto apoyaban el conflicto 79 trabajadores de 13 y el 60 por ciento lo constituían 79.80 trabajadores, sea que faltaba 0.80. El Tribunal, no obstante advertir que no se estaba modificando la jurisprudencia, le dio trámite.

(37) Así en la sentencia Nº 99 del T. S. T. de las 14 hrs. del 14 de febrero de 1946 se dijo que "...y que cuando el citado porcentaje resultare numéricamente con fracciones menores de la unidad debe concurrir necesariamente el número ordinal siguiente al resultante de la fracción. Esta determinación se basa además en que de ser el porcentaje referido un mínimo fijado, si se mantuviera la tesis del Juez a-quo de eliminar la fracción correspondiente, en el caso de tener una empresa cuatro trabajadores, el sesenta por ciento (que es 2.40) podría rebajarse a dos y entonces la interpretación del citado Juez, vendría a infringir el artículo 364 ibídem, que exige por lo menos la concurrencia de tres trabajadores".

(38) T. S. T. de San José, 13.20 hrs. del 10 de agosto de 1955 y 16 del 5 de diciembre de 1958; 10.10 hrs. del 21 de febrero de 1975 y Nº 4517 de 15.30 hrs. del 15 de noviembre de 1976.

b) *Representación de los trabajadores.*

Según lo dispuesto por el artículo 500 del Código de Trabajo, los trabajadores serán representados por una delegación de dos o tres y dado que esa norma indica que la designación la harán los interesados entre ellos, el Tribunal ha interpretado que para poder ser delegado, es requisito indispensable haber prestado servicios en la empresa afectada desde antes de iniciarse el conflicto.(39) Los delegados así nombrados son los que deben actuar durante todo el conflicto ya que no cabe nombrar suplantes.(40) Además la designación debe ser hecha directamente por los trabajadores siendo improcedente que otorguen un poder al secretario de un sindicato a efecto de que éste haga el nombramiento de la delegación.(41)

La delegación indicada puede ser ampliada con un asesor; según disposición del artículo 504 del Código; sin embargo ha quedado claramente establecido que efectivamente el designado únicamente podrá asesorar careciendo de personería, por ejemplo, "para recurrir de las resoluciones que se dicten en las diligencias relativas a dicho conflicto".(42)

c) *Caso de los empleados de entes públicos.*

El hecho de que el artículo 56 del Código de Trabajo exprese que los patronos privados tienen obligación de celebrar convenciones colectivas con el respectivo sindicato y que se haya interpretado que los entes públicos no están obligados o que les está prohibido celebrarlas(43) ha planteado la cuestión de si la misma situación se presenta respecto a los conflictos colectivos de carácter económico social. La respuesta de la jurisprudencia ha sido clara al afirmar que si procede el planteamiento de tales diligencias por parte de los empleados de los entes públicos "porque si bien no existe obligación en la ley para que una entidad de derecho público firme convenciones colectivas..., no hay restricción sin embargo para que... acudan al trámite del conflicto colectivo de carácter económico social cuando tengan motivos razonables para obtener mejoras en sus relaciones de trabajo con el Estado...(44) y no sólo reconoció ese derecho a estos trabajadores sino que también manifestó que era un requisito indispensable pues al no tener posibilidad de recurrir a la huelga es obligatorio el arbitraje y este trámite resulta antecedente y obligatorio del arbitraje.(45) En una resolución más reciente el Tribunal Superior de Trabajo profundizó su posición al respecto manifestando que: PRIMERO. La legislación laboral de Costa Rica no hace, al igual que la de otros países, distingos entre empleados de la empresa privada y trabajadores del Estado para crear diversos procedimientos y derechos. En nuestro país la legislación es uniforme y dentro de ella, se incluyen unas cuantas salvedades en lo que a fase de "huelga" se refiere, pero sin que se den en la especie, otro tipo de diferencias. SEGUNDO. El art. 368 del C. de Trabajo, si bien prohíbe la huelga legal en los servicios públicos, pero sienta de inmediato la regla de que... Esa intervención de los tribunales de trabajo, es lo que viene a constituir en nuestro medio, el llamado "juicio arbitral" obligatorio, todo lo cual se deduce de la doctrina del artículo antes citado en relación con el 518 ejusdem, que en lo de interés señala "si no hubiere arreglo o no se hubiere suscrito compromiso de ir al arbitraje, los trabajadores gozarán de un plazo de 20 días para declarar la huelga legal...", sea, que sólo quienes tienen el derecho de huelga pueden convenir voluntariamente en ir al arbitraje a contrario sensu, todos los demás, deben someterse a la resolución de los tribunales, juicio que se determina a partir del artículo 519 del Código de la materia. TERCERO. Las corrientes modernas dentro del Derecho de Trabajo tienden a eliminar todo tipo de barreras y permitir incluso la huelga legal en los servicios públicos, con las restricciones adecuadas para que el usuario no sufra las consecuencias del conflicto obrero patronal. Lo anterior, precisamente, con el objetivo de eliminar esas diferencias que se dan en las legislaciones sobre todo de Sur América, entre empleados de la empresa o sector privado y trabajadores del Estado, creando una sola categoría, como debe serlo y dejando la calificación diferenciada para los servicios que se prestan, lo que constituye un avance en la etapa actual del Derecho de Trabajo. Por lo expuesto, se confirma la resolución impugnada que ordena darle curso al conflicto colectivo".(46)

Sin embargo, sí se ha establecido algún límite puesto que el Tribunal considera que el arreglo conciliatorio que pueden celebrar los re-

(39) T. S. T. de San José, Nº 1146 de 9.55 hrs. del 12 de mayo de 1973, Nº 4969 de 14.20 hrs. del 16 de diciembre de 1976.

(40) T. S. T. de San José, Nº 4857 de las 9.30 hrs. del 13 de diciembre de 1978.

(41) T. S. T. de San José, Nº 3966 de las 8.50 hrs. del 6 de octubre de 1976.

(42) T. S. T. de San José, Nº 2358 de las 16 hrs. del 2 de junio de 1953.

(43) La situación al respecto es la siguiente: desde 1961 la Sala de Casación (sentencia Nº 58) estableció que la obligación del patrono particular de celebrar con el respectivo sindicato, cuando éste lo solicite, una convención colectiva no alcanza al Estado o sus instituciones en su calidad de patronos. Esta posición ha sido reiterada en diversas ocasiones por el Tribunal Superior de Trabajo de San José, (Nº 794 de las 10.15 hrs. del 24 de abril de 1969 y Nº 2911 de las 8.10 hrs. del 26 de agosto de 1977). Sin embargo, actuando con gran lógica, el Tribunal interpretó que si bien el Estado o sus entes no estaban obligados a celebrar una convención, si voluntariamente la firmaban, esta tiene plena validez (Nº 2930 de las 14.30 hrs. del 3 de julio de 1965; Nº 442 de las 8.50 hrs. del 5 de febrero de 1974). No obstante lo anterior en el mes de octubre de 1978, la Procuraduría General de la República emitió un pronunciamiento en el que estableció, con base en el principio de legalidad, de que el Estado o sus Instituciones, al no estar facultados expresamente para la celebración de convenciones colectivas, no pueden firmarlas, lo que ha motivado que éstos se nieguen a negociarlas y si lo hicieran, el Ministerio de Trabajo se negará a homologarlas, situación que aún se mantiene.

(44) T. S. T. de San José, Nº 4810 de las 8.45 hrs. del 16 de diciembre de 1977.

(45) Ibid.

(46) T. S. T. de San José, 864 de las 14.50 hrs. del 23 de febrero de 1978.

presentantes del ente público con sus trabajadores no debe exceder los límites de lo razonable por la trascendencia que las ventajas que otorguen tiene en el costo del servicio público.[47]

2. *Como sujeto pasivo.*

Véase lo dicho infra en el punto D, párrafo 1.

E) LAS PARTES... EL PATRONO

1. *Como sujeto pasivo.*

Los trabajadores, en el pliego de peticiones, según mandato del artículo 504 del Código, deben indicar a quién o quiénes se dirigen las peticiones; según disposición del artículo 501 el original de dicho escrito debe ser entregado a los representantes de la otra parte[48] y establece el artículo 505 que el Juez de Trabajo dentro de las doce horas siguientes al recibo de la copia del pliego notificará al patrono que tiene que integrar una delegación que lo represente. Vemos que para todos esos efectos resulta indispensable conocer quién ostenta la representación de la entidad patrono y así lo ha manifestado la jurisprudencia exigiendo que en los autos conste la personería debidamente certificada.[49]

También ha sido clara la posición de los Tribunales al excluir para efectos de la tramitación del conflicto a una empresa que resulte ser intermediaria ya que el procedimiento de conciliación debe realizarse con el patrono.[50]

2. *Como sujeto activo*

Recordemos que en nuestro sistema tanto la huelga de los trabajadores como el paro patronal están reconocidos como derechos por el artículo 61 de la Constitución Política y que la regulación de ambos está establecida en el mismo título, el Sexto del Código de Trabajo, y que al igual que como sucede con la huelga, es requisito indispensable para que un paro patronal pueda ser declarado legal haber agotado los procedimientos de conciliación a que se refiere la sección segunda del capítulo tercero del título sétimo del Código de Trabajo. Encontramos en la práctica dos grandes problemas. En primer lugar, como ha sido señalado,[51] el paro patronal es una institución prácticamente desconocida por los mismos patronos a quienes corresponde ejercerlo y probablemente solo ha ocurrido un paro patronal en los casi cuarenta años de vigencia de ese derecho[52] y, como consecuencia, no ha habido oportunidad para que se emitan pronunciamientos judiciales. En segundo lugar no obstante que es obligatorio recurrir al procedimiento de conciliación resulta que éste está estructurado fundamentalmente pensando en el caso en que los trabajadores sean quienes inicien los procedimientos y consecuentemente muchas de sus disposiciones serían de imposible aplicación, como bien lo ha reconocido el propio Tribunal pues "las reglas del llamado conflicto de trabajo en sus artículos 500 y siguientes, están dictadas teniendo en mente la acción colectiva por parte de un grupo de trabajadores y no de una persona en singular, caso de la empresa patrono accionante. Resultará imposible aplicar esas normas procedimentales al caso presente".[53] Hay un único pronunciamiento de los Tribunales que se suscitó con motivo de una petición que se hizo para que se declarara legal un posible paro patronal, en el que se establecieron dos principios: a) El Paro Patronal requiere para que se pueda llevar a cabo en forma legal el apoyo de una coalición patronal constituida por al menos dos patronos[54] lo que se ajusta en un todo al concepto de paro que da el artículo 372 del Código.[55] b) Es necesario recurrir a la conciliación pero, consciente el Tribunal de la imposibilidad de exigir todas las condiciones y requisitos establecidos por los artículos 500 y siguientes del Código, estableció que no es necesario formular un pliego de peticiones aunque con intervención de la Autoridad de Trabajo y del Tribunal de Conciliación debe provocarse un diálogo con representantes de los trabajadores en el que la empresa haga proposiciones tendientes a la solución del problema.[56]

F) AMBITO QUE PUEDE ABARCAR EL CONFLICTO COLECTIVO

La determinación de la extensión que puede tener el conflicto colectivo respecto de la empresa tiene gran trascendencia práctica toda vez

---

(47) T. S. T. de San José, Nº 2172 de 8.30 hrs. del 16 de julio de 1982.

(48) T. S. T. de San José, Nº 3412 de 8.35 hrs. del 31 de julio de 1980.

(49) T. S. T. de San José, Nº 4957 de 10.15 hrs. del 3 de diciembre de 1975.

(50) Los trabajadores que interponen el presente conflicto colectivo no están obligados a citar a la empresa constructora dentro del mismo ya que la empresa patrono de ellos lo es aquella que contrató los servicios de la constructora para la realización del hotel, siendo ésta intermediaria entre ellos y la demandada, por lo que la misma no puede decidir sobre nuevos derechos que son de exclusiva resolución del patrono". T. S. T. de San José, Nº 4499 de las 10 hrs. del 28 de noviembre de 1977.

(51) VEGA MIRANDA, Hernán, "El paro patronal como una forma de conflicto de carácter económico social", Tesis Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica, 1974.

(52) Don Antonio Hernández, Inspector General del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social refiere que ocurrió uno de patronos de zapatería en tanto que Vega, en la obra citada en la nota anterior afirma que no ha ocurrido ninguno.

(53) T. S. T. de San José, Nº 2195 de las 10.15 hrs. del 15 de julio de 1982.

(54) T. S. T. de San José, Nº 4589 de las 8.35 hrs. del 19 de noviembre de 1976.

(55) "Paro legal es la suspensión temporal del trabajo ordenada por dos o más patronos en forma pacífica y con exclusivo propósito de defender sus intereses económicos y sociales comunes".

(56) T. S. T. de San José, Nº 4589 de 8.35 hrs. del 19 de noviembre de 1976.

que cuando mayor sea el ámbito que abarca, mayor resultará ser el número de trabajadores necesarios para reunir el sesenta por ciento de apoyo por lo que generalmente los trabajadores buscan que se les reconozca la posibilidad de iniciar las diligencias de conciliación en pequeñas unidades o secciones de la entidad patronal en tanto que ésta pretende demostrar que el asunto afecta a la totalidad del personal. Las disposiciones legales no son suficientemente claras, lo que ha obligado a una elaboración jurisprudencial que con el transcurso del tiempo ha ido determinando la doctrina del Tribunal al respecto.

1. *Terminología que utiliza el Código de Trabajo.*

El Código de Trabajo, en las diferentes partes en que se ocupa del Derecho Colectivo, y específicamente de aspectos relativos a lo que en este trabajo se ha venido llamando "Conflicto Colectivo", utiliza diferentes términos cuando se refiere al ámbito en que puede ocurrir un conflicto. Así, en los artículos 497 y 500 hace referencia al "lugar de trabajo", en los artículos 364 y 372 utiliza "empresa, establecimiento o negocio", y los artículos 365 y 366 menciona "empresa, lugar o negocio". Precisamente de la utilización de términos como "lugar de trabajo" por parte del Código surgió la pretensión de los trabajadores de plantear conflictos, por ejemplo, respecto de secciones de la misma empresa.

2. *Alcances de esos términos.*

Desde hace ya muchos años el Tribunal Superior de Trabajo de San José consideró que todos los referidos términos eran usados por el legislador como equivalentes(57) y comenzó a esbozar la posición, que hasta la fecha ha venido manteniendo, en el sentido de que para que proceda el planteamiento del conflicto debe tratarse de un centro de producción y de administración(58) y solo ha permitido conflictos en secciones o en diferentes lugares de trabajo de una empresa cuando existen "diferentes secciones independientes en sus intereses, por ser desiguales o desvinculados, cuando menos en forma inmediata"(59) o cuando el servicio que se presta, abarca un gran campo de acción que necesariamente obliga a fraccionar en varias unidades independientes en su organización administrativa, aunque dependen de un común superior, cuya función es similar a la que realizan aquellas unidades administrativas".(60) Ha habido una variedad de casos en los que se ha analizado el punto y que pueden servir de referencia. Así, reiteradamente ha sostenido el Tribunal que respecto de la Compañía Bananera de Costa Rica, el ámbito que se debe tomar en consideración para el planteamiento del conflicto es lo que se conoce como "división".(61) En otra ocasión consideró válido el planteamiento de los trabajadores de una lancha perteneciente a una empresa que también explotaba un aserradero porque "en la especie, aunque los trabajadores no constituyen el sesenta por ciento de las personas que laboran en la empresa o negocio, si exceden en mucho ese porcentaje en relación con el establecimiento o lugar de trabajo que es la lancha en la que prestan sus servicios, cuya paralización o clausura, sólo a ellos afecta de un modo directo".(62) Ha rechazado la pretensión de trabajadores que realizan una determinada labor de iniciar un conflicto independientemente de otros de la misma empresa que realizan labores diferentes pues "no es aceptable la tesis de que en una empresa en que se realizan diferentes labores puedan considerarse establecimientos independientes aquellos en que sirven sólo elementos de la misma actividad, porque no es razonable ni lógico al amparo de los postulados que rigen la materia, de aceptarse el tal "fraccionamiento" se estaría autorizando a que, por ejemplo, en un almacén se permitiera plantear un conflicto a los trabajadores de la bodega, otro a los de la sección de despacho y un tercer a los oficinistas, nada de lo cual es correcto.(63) Y finalmente ha estimado que la circunstancia de que la planta física de la empresa se encuentre dividida, las oficinas administrativas en la ciudad y la planta industrial fuera de ésta, no es suficiente para autorizar el planteamiento del conflicto en una de ellas si ambas forman parte de una unidad administrativa.(64)

3. *Concepto de unidad administrativa.*

La jurisprudencia, en la actualidad, en esta materia, gira en torno al concepto de unidad administrativa que viene por lo tanto a determinar la procedencia o no de un conflicto dentro de determinado ámbito. Ha dicho el Tribunal que "la unidad administrativa ha sido y sigue siendo, el centro medular que se toma en cuenta a la hora de considerar la procedencia o improcedencia de un conflicto colectivo de carácter económico social y no el fraccionamiento que esas unidades puedan llevar a cabo para reestructurar las funciones de la respectiva actividad, al amparo de los principios que informan y sustentan la llamada 'delegación de funciones' pero sin que se pierda de modo alguno la unidad superior".(65)

---

(57) Nº 1356 de 14.20 hrs. del 1 de diciembre de 1955.

(58) T. S. T. de San José, Nº 204 de las 16.30 hrs. del 14 de febrero de 1956.

(59) T. S. T. de San José, Nº 69 de las 15.15 hrs. del 11 de enero de 1956.

(60) T. S. T. de San José, Nº 3009 de las 13.35 hrs. del 1 de setiembre de 1977.

(61) T.S. T. de San José, de las 15 hrs. del 9 de febrero de 1953; 15.30 hrs. del 22 de febrero de 1954; 10.15 hrs. del 10 de noviembre de 1951; Nº 204 de las 16.30 hrs. del 14 de febrero de 1956.

(62) T. S. T. de San José, Nº 1356 de las 14.20 hrs. del 1 de diciembre de 1956.

(63) T. S. T. de San José, Nº 3009 de las 13.35 hrs. del 1 de setiembre de 1977.

(64) T. S. T. de San José, Nº 1936 de las 15.25 hrs. del 8 de junio de 1977.

(65) T. S. T. de San José, Nº 3009 de las 13.35 hrs. del 1 de setiembre de 1977.

G) ORGANOS JURISPRUDENCIALES QUE CONOCEN DEL CONFLICTO COLECTIVO

En la tramitación de un conflicto colectivo de carácter económico social intervienen inicialmente dos órganos judiciales, según el momento de que se trate; el Juez de Trabajo y los Tribunales de Conciliación integrados de conformidad por el artículo 398, del Código de Trabajo, por el respectivo Juez de Trabajo, un representante de los patronos y otro de los trabajadores.(66) La frontera que marca donde comienzan las atribuciones de uno y otro no es lo sufcientemente clara especialmente por ser el Juez a su vez Presidente del Tribunal de Conciliación por lo que no siempre es nítido el carácter en que actúa y además porque la misma jurisprudencia según veremos, ha sido en ocasiones contradictoria sobre a cuál de esos órganos corresponde determinada facultad.

1. *El Juez de Trabajo.*

Cronológicamente el órgano que interviene primero es el Juez quien por disposición del artículo 501 debe conocer la gestión que hacen los trabajadores a través de la copia del pliego de peticiones que le tiene que ser entregada. El citado artículo habla del respectivo Juez de Trabajo y la jurisprudencia ha tenido a bien precisar que éste es el que tiene jurisdicción sobre el lugar donde se produce el conflicto.(67) Y que ésta no puede prorrogarse pues el artículo 500 del Código de Trabajo es claro al respecto, en cuanto limita la jurisdicción territorial de los Tribunales de Conciliación al lugar de trabajo en donde se produzca la cuestión susceptible de provocar un conflicto colectivo, de tal manera que dicha jurisdicción no puede prorrogarse a otro circuito judicial, como pretenden los trabajadores. Los artículos 507 y 532 corroboran lo anteriormente expuesto, ya que será imposible e inadmisible que el Tribunal encargado de resolver un conflicto se constituya o se apersone en territorio de otro para celebrar la inspección que señalan dichas disposiciones legales, porque estará invadiendo otro territorio judicial y la Ley Orgánica del Poder Judicial lo prohíbe expresamente (artículo 157).(68) Sin embargo, como sucede a menudo que un mismo conflicto de trabajo afecte centros de trabajo ubicados en lugares situados en diferentes jurisdicciones laborales, se ha interpretado que, en ese caso, es competente cualquiera de los Jueces de Trabajo de esas localidades y si varios han intervenido seguirá conociendo el primero que hubiere prevenido.(69) Además de la función citada corresponde al Juez autorizar la terminación de los contratos de trabajo (ver infra punto H) proceder a la integración del Tribunal de

(66) Sala de Casación Nº 35 de las 9 hrs. del 19 de mayo de 1976.

(67) T. S. T. de San José, Nº 1919 de 8.12 hrs. del 24 de mayo de 1976.

(68) T. S. T. de San José, Nº 616 de las 8.45 hrs. del 29 de marzo de 1968.

(69) T. S. T. de San José, Nº 1934 de las 8.50 hrs. del 18 de julio de 1973.

Conciliación (artículo 505) y notificar al patrono que debe nombrar una delegación que lo represente en la conciliación (artículo 505).

Función importantísima del Juez es examinar con detalle el pliego de peticiones a fin de valorar si se ajusta a las previsiones legales y consecuentemente se le da trámite o lo rechaza ad portas (ver infra punto J). Hay un aspecto en el que la jurisprudencia ha sostenido criterios contradictorios y es el relativo a quién corresponde determinar si entre las peticiones que contiene el pliego hay algunas que por razones de oportunidad o por ser de índole jurídica deben ser rechazadas.

En efecto, en 1973 expresó el criterio de que esa función correspondía al Juez "en las presentes diligencias de conciliación el Juez debió de previo analizar cuáles peticiones eran a su juicio de carácter económico social y cuáles de carácter jurídico a fin de que la conciliación se limitara a las primeras, lo que se advierte para que en lo sucesivo se proceda en la forma indicada".(70) Posteriormente, en 1976 sostuvo la tesis contraria y manifestó que "el hecho de que los trabajadores... nombren... una delegación que va a discutir... con la representación patronal sus peticiones... no implica que todas las peticiones originales deban ser discutidas, ya que el *Tribunal Conciliatorio* (el subrayado es mío) puede eliminar aquellas que en su concepto considere no adecuadas o que resulten inconvenientes para la estabilidad económica de la empresa y los derechos de los trabajadores".(71) Ese mismo año reiteró el criterio de que era atribución del Tribunal de Conciliación calificar las peticiones formuladas(72) aunque en esta ocasión se produjo un voto salvado, el del Licenciado Isaías León Calderón, en el que se sostiene la tesis de que esa atribución corresponde al Juez. Al respecto manifestó el distinguido Magistrado: "a mi entender y aunque en otras ocasiones por ligereza o por otros motivos, este Tribunal haya resuelto lo contrario, es al Juez a quien corresponde calificar si las peticiones formuladas por las partes en un conflicto son de carácter jurídico o de carácter económico social y dijo el Juez, porque no hay que olvidar que las otras personas que integran el Tribunal de Conciliación, por muy respetables que sean, se supone que son legas en la materia y por lo mismo carecen de la disciplina necesaria para determinar cuáles peticiones son de carácter jurídico y cuáles de otro. Por esa razón, habiendo dicho el Juez que todas son de carácter jurídico, debe estarse a ese pronunciamiento porque las partes no lo objetaron oportunamente".(73) En 1978, la tesis planteada por don Isaías aparece respaldada por el Tribunal en pleno al afirmar que "planteado un conflicto colectivo en su fase inicial, es obligación del Juez que conoce del asunto, examinar detenidamente el pliego de peti-

(70) T. S. T. de San José, Nº 855 de 10.05 del 30 de marzo de 1973.

(71) T. S. T. de San José, Nº 4686 de 8.20 hrs. del 26 de noivembre de 1976

(72) T. S. T. de San José, Nº 4968 de las 14.15 hrs. del 16 de diciembre de 1976.

(73) Ibid.

ciones para determinar si las mismas son de carácter económico social, debiendo descartar las de naturaleza jurídica".(74) Habrá que esperar algún otro fallo para ver si esta orientación se mantiene.

2. *El Tribunal de Conciliación.*

El Tribunal de Conciliación se integra cuando sus otros dos miembros son convocados por el Juez quien es el Presidente ex oficio. Esta convocatoria debe hacerla, según manda el artículo 505 del Código de Trabajo, dentro de las doce horas siguientes al recibo del pliego.

Este órgano, una vez resueltos los impedimentos que se hubieren presentado, se declarará competente (artículo 507) y a partir de ese momento será quien conocerá del conflicto.(75) Sus actuaciones serán siempre válidas y no podrán ser anuladas por razones de incompetencia, según dispone el artículo 515 del Código, lo que ha ratificado el Tribunal Superior de Trabajo indicando que está impedido para pronunciarse sobre una cuestión de incompetencia.(76) Tampoco es posible oponer excepciones dilatorias ni incidentes.(77)

El Tribunal Conciliatorio debe actuar siempre con la presencia de todos sus miembros; la ausencia de uno de ellos es motivo de nulidad(78) la que también se produce si uno de los conciliadores abandona la diligencia.(79) También ha sido motivo de nulidad el que uno de los miembros del Tribunal, teniendo impedimento legal haya actuado; así se declaró en una ocasión en que el representante de los trabajadores resultó que había sido eliminado de la nómina de árbitros por la Corte Plena en virtud de la prohibición que establece el párrafo primero del artículo 390 del Código de Trabajo.(80)

---

(74) T. S. T. de San José, Nº 4228 de las 8 hrs. del 3 de noviembre de 1978.

(75) T. S. T. de San José, Nº 130 de las 14.50 hrs. del 19 de febrero de 1951.

(76) T. S. T. de San José, 16.30 hrs. del 2 de febrero de 1964.

(77) T. S. T. de San José, Nº 79 de las 14 hrs. del 17 de enero de 1976; Nº 2303 de 9.40 hrs. del 11 de setiembre de 1970.

(78) T. S. T. de San José, 9 de setiembre de 1975.

(79) T. S. T. de San José, Nº 4216 de las 10.25 hrs. del 22 de octubre de 1975.

(80) T. S. T. de San José, Nº 168 de las 15 hrs. del 17 de marzo de 1944.

LA CRIMINOLOGIA A NIVEL ACADEMICO

Dr. Daniel Gadea Nieto
Profesor de Criminología de la Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica.

P L A N

INTRODUCCION:

La criminología es una de esas disciplinas que podríamos denominar "sin suerte". A nivel mundial muchas veces no se da a la criminología el papel que le corresponde ni a nivel práctico ni a nivel académico. En ese sentido Costa Rica no ha escapado a este fenómeno y se ha ido dejando poco a poco de lado dicho saber criminológico para relegarlo a un lugar que no se merece. Es a veces muy difícil precisar las causas de este fenómeno, por lo tanto esto merece que se comience a dar algunas respuestas de los estudiosos en la materia. Llama la atención entonces del profano el hecho de determinar si la razón estriba precisamente en la falta de utilidad de la criminología dentro de la enseñanza y la formación del profesional en derecho. Luego ya a nivel de un profesional en derecho también podría cuestionarse la prioridad de dicha materia dentro del curriculum académico de los futuros profesionales en derecho.

Por otra parte tenemos los "intereses creados" por cierto tipo de materias que aunque no presentan mucha utilidad práctica, se han venido considerando por tradición como materias sagradas y por consiguiente, materias "útiles" para la formación del futuro profesional en derecho.

A veces podría pensarse que hay tal vez un poco de ignorancia a nivel académico, porque muchas veces se confunde a la criminología con otras disciplinas y esto contribuye en cierta medida a deformar la correcta visión del problema, en cuanto a la necesidad de dicha disciplina a nivel académico.

Tal vez la mayor importancia de este ensayo lo constituye el hecho de tratar de buscar mediante una serie de hipótesis de investigación, si la disciplina merece o no un sitio de privilegio dentro del curriculum de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica.

I. PRECISION DEL CONCEPTO:

Hay mucha confusión y a veces ignorancia de lo que significa la materia criminología. Una de las primeras separaciones que interesan es aquella entre la criminología y el derecho penal.

"Al pretender hacer criminología dentro de los marcos conceptuales del derecho penal, dificultaron considerablemente el estudio de los

fenómenos propios de una y otra disciplinas y ocasionaron tremenda confusión respecto de los verdaderos alcances de entrambas ciencias".(1)

Hay entonces una serie de penalistas que consideran y que están convencidos que ya con el hecho de ser especialistas en Derecho Penal, ya con ello son expertos en criminología.

Por ello se hace necesario primero a nivel académico, es decir, dentro de la facultad de derecho de la Universidad de Costa Rica, eliminar estas "seudo-creencias" y delimitar el campo entre el derecho penal y la criminología.

Es imperioso entonces buscar una especie de frontera que venga a señalar dónde se inicia el derecho penal y dónde termina la criminología.(2) En ese sentido se menciona que el derecho penal comienza con la regla de derecho.(3) La criminología en cambio parte de una serie de hipótesis que tienden a dar una explicación más o menos coherente de la conducta criminal.

Por otra parte, el derecho penal se encarga de estudiar todas aquellas conductas contrarias al ordenamiento jurídico-penal, mientras que la criminología pretende buscar una explicación racional a dicha desviación.

Con lo que se ha mencionado anteriormente se ha querido demostrar que tanto el derecho penal como la criminología son dos ciencias autónomas que tienen diversos contenidos y diversos fines. Lo que vale la pena recalcar es que ambas disciplinas se necesitan mutuamente. La criminología tiende en realidad a ser una consecuencia de lo establecido en el derecho penal. Es decir que una vez que el derecho penal ha establecido sus diversas doctrinas con respecto al delito o conducta típica, se ha hecho imperioso que otra ciencia, sea la criminología, venga a explicar el por qué de dicha conducta típica, sea en términos de pasaje al acto, sea en términos de reacción social, sea en términos de explicación radical.

Otra de las confusiones más evidentes en Costa Rica, la tenemos entre la criminología y la criminalística. La confusión es tan evidente que incluso el Organismo de Investigación Judicial cuenta en su edificio sede en San José, con un museo denominado de Criminología, cuando en realidad debiera denominarse "Museo de Criminalística". Esto porque lo que allí se expone es sobre todo material diverso de los elementos técnicos que han sido utilizados en diversas manifestaciones delictivas, lo cual, como trataremos de delinear, pertenece al campo de la criminalística y no al de la criminología.

---

(1) REYES ECHANDIA, Alfonso, *Criminología.* Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1980. pág. 32.

(2) En igual sentido, STEFANI-LEVASSEUR y JAMBU-MERLIN, *Criminologie et Science Pénitentiaire,* Dalloz, París, 1976. pág. 10.

(3) Ibíd., pág. 11.

Para obtener una clara comprensión de la diferencia debemos señalar que la criminalística es más que todo una ciencia que trata mediante diversas técnicas de identificar a los autores de un determinado hecho delectivo. Parece ser que fue el polaco Gorshi el que le dio el verdadero sentido a la criminalística, señalando que ésta era el concurso de diversas técnicas que permitirían identificar a los delincuentes.

Sin embargo también se ha considerado que es el alemán Hans Gross el fundador de la criminalística.(4)

El aporte entre ambas disciplinas es enorme. "La criminalística puede buscar en la criminología datos que ayudarán a perfeccionar los métodos de identificación e investigación".(5)

Además de ello, la criminología puede servirse de aspectos de la criminalística que servirían desde un punto de vista descriptivo, como complemento en la explicación de la conducta delictiva.

La distinción entre la criminología, el derecho penal y la criminalística nos parece la más importante pues son las disciplinas que por similitud aparente, más se prestan para confusión.

Ahora es preciso señalar una vez delimitado el concepto, las posibles causas de la marginalidad de la criminología dentro de la sociedad costarricense.

II. LA CRIMINOLOGIA COMO DISCIPLINA MARGINAL:

La criminología siempre ha sido a nivel mundial un poco desdeñada. En Costa Rica, la Facultad de Derecho cuenta con un curriculum en el cual no aparece por ningún lado dicha disciplina. El año de 1984, pareciera ser el año en que dicha materia será dejada de enseñar a los estudiantes de licenciatura.

En comparación con el papel jugado por otros profesionales, el papel desempeñado por los criminólogos dentro de la política nacional ha sido casi inexistente. Esto es la consecuencia sobre todo de una miopía académica que nunca ha dejado a la criminología ocupar el verdadero lugar que le corresponde, dentro del claustro de una Facultad de Derecho. En cambio, sí se ha abierto el portillo a la rama específica del derecho penal y son dichos especialistas los que más han influido en la política criminal (en sentido amplio) de Costa Rica.

Trataremos de discernir las causas que a nuestro criterio han hecho de la criminología una disciplina marginal: falta de interés, ignorancia, falta de capacitación.

---

(4) GROSS, Hans, *Kriminalistische Tatigkeitudn Stellung des Arztes.* Braumuller, Vienne, 1908. pág. 241 a 253.

(5) BOUZAT et PINATEL, *Traité de droit pénal et criminologie.* Tomo III, París, 1975. pág. 9.

A—Falta de interés:

Muchas veces cuando se habla de criminología, la gente cree estar enfrente de una materia o que tiene que ver con la Medicina primordialmente o que es una parte novelesca del derecho penal. En ese sentido, el término criminología trae al recuerdo las historias de Sherlock Holmes o de Agatha Christie. Toda esta imaginación provoca un interés relativo que podríamos denominar curiosidad o seudo-interés. En otras palabras hay una inquietud, con respecto a la disciplina, pero no es una preocupación científica que venga a dar relevancia a la criminología. Esto a nivel de muchos profesores provoca entonces una falta de motivación hacia la disciplina y entonces ello trae como consecuencia que se consideren más importantes otro tipo de materias consideradas como "sagradas" dentro de la facultad, pero de menos aplicación práctica que la criminología.

B.—Ignorancia:

Cuando no se tiene la menor noción de lo que significa el saber criminológico, lo que se hace es que se desprecia dicha materia y se hace a un lado, es decir, lo que no se entiende (por ignorancia) mejor se ignora antes de pasar por inculto, sobre todo en Costa Rica, en donde toda la gente se cree un abogado en potencia y en donde los abogados se consideran expertos en todas las materias. Entonces se ha considerado por mucho tiempo en Costa Rica que la criminología es una de esas disciplinas "decorativas" que en realidad sólo tienen relevancia desde un punto de vista teórico y jamás en la práctica. Toda esta ignorancia incluso a nivel de los juristas ha provocado una consecuencia muy lamentable como lo es el hecho de haber privado de capacitación criminológica a una serie de profesionales que han venido rigiendo y dictando las políticas criminales del país sin conocimiento en la materia.

C—Falta de capacitación:

El hecho de que no haya defensores de dicha materia es por la falta de capacitación. Primero se pueden contar con los dedos de la mano los especialistas en dicha disciplina. Segundo, la criminología ha sufrido a través de la historia altibajos a nivel académico, pues no ha sido una materia que se haya enseñado con mucha regularidad. Todo ello trae como consecuencia una desmotivación de las posibles audiencias (sobre todo a nivel estudiantil), con lo cual el apoyo hacia la disciplina no adquiere el vigor necesario para poder defenderla. Lógicamente es muy difícil partiendo desde esta perspectiva tratar de incluir una materia en un determinado curriculum, pues como no todo el mundo está enterado de la relevancia de la materia, la lucha se vuelve estéril y es como nadar contra corriente.

La falta de capacitación en materia criminológica es muy grave para todos aquellos profesionales en derecho que vayan el día de mañana

a ejercer en la práctica alguna función relacionada con el derecho penal. Aquí se puede incluir toda la gama de posibilidades que tiene el funcionario o profesional y que necesitan de un aporte criminológico como son la carrera judicial en lo penal, las diversas labores a cumplir en el sistema penitenciario y en general todas las funciones relacionadas con la Dirección General de Adaptación Social y el Ministerio de Justicia.

III. UTILIDAD DE LA CRIMINOLOGIA:

Muchas de las causas del olvido de la criminología han hecho creer que esta disciplina no es útil para los profesionales en derecho. Si tomamos en cuenta al profesional en derecho en general creemos que la disciplina, por su mismo carácter interdisciplinario puede aportar una visión importante. Para el profesional que sigue la carrera del derecho penal es todavía más importante el conocimiento de la criminología, tanto desde la formación académica del profesional, como dentro de la vida práctica en el futuro.

A—Utilidad dentro de la formación del profesional:

Evidentemente la criminología puede aportar elementos valiosos para la formación del profesional. Siendo la criminología una disciplina que de acuerdo a las doctrinas existentes hacen meditar al criminólogo sobre la realidad social en la cual vive, ello ayuda en gran medida a formar en los futuros profesionales en derecho una mentalidad crítica sobre la realidad del país. Estando las corrientes modernas dirigidas hacia la criminología crítica, esto también viene a contribuir en gran medida a formar profesionales conscientes del aspecto socio-económico del país y de las necesidades evidentes de las clases más desfavorecidas de la población de Costa Rica.

Por otro lado la criminología, por ser una disciplina que relata el humanismo, tiende en tal sentido a formar un profesional más humano que llegue a concebir el fenómeno criminal, no como algo ajeno o extraño de la sociedad, sino como un aspecto normal de toda sociedad. Desde este punto de vista, ello ayudará a que el futuro profesional en derecho perciba en el delincuente, no ya un monstruo o un ser extraterrestre, sino un ser humano que ha caído en la desviación y que como tal merece nuestra atención.

Por último, el hecho de que la criminología tenga un aporte multidisciplinario, viene a enriquecer al futuro profesional con un elemento cultural valioso, pues permite analizar el campo del derecho desde diversas perspectivas. Además es adecuado y necesario que en los tiempos actuales, el profesional en derecho posea conocimientos sobre otras disciplinas, ya que con ello se viene a formar un profesional más capacitado.

B—Utilidad dentro de la vida práctica del profesional:

El aporte de la criminología al profesional en la vida práctica es muy importante desde cualquier punto que se analice y que tenga alguna relación con el derecho penal.

Lógicamente los más necesitados de una visión criminológica son los jueces y funcionarios judiciales que laboran en lo penal. Todo ello por cuanto la criminología tiende o trata de evitar que se formen mentes "inquisitivas", en una materia como en lo penal, que es tan fácil y tan cómodo caer en ello.

Por otra parte, es definitivamente esencial que los funcionarios que laboran dentro del sistema penitenciario, así como los profesionales que los dirigen, tengan conocimientos criminológicos para saber afrontar el problema del triángulo: encierro - delincuente - resocialización. Efectivamente los problemas que plantea el tratamiento penitenciario requieren de un conocimiento claro de todas las circunstancias que conlleva la desviación, así como los efectos estigmatizantes de las medidas tomadas por la reacción social.(6)

Dentro de un enfoque de la política general de cualquier gobierno, va a ser también muy necesaria la presencia del criminólogo dentro de la política criminal del país. Es imperioso en tal sentido, que los órganos encargados de la lucha contra la criminalidad cuenten con un asesoramiento de tipo criminológico, sobre todo para poder determinar cómo se puede elaborar una verdadera política criminal, cómo se puede planificar y cómo se debe llevar adelante tal política.

IV. PERSPECTIVAS PARA EL FUTURO:

Los profesionales en criminología tienen una ardua labor hacia el futuro. Se debe, creemos, primero, partir de lo que representa el lugar tal vez más adecuado de concientización: La Universidad.(7) Hay que tratar, partiendo de nuestra fuerza más evidente —el estudiante— de concretizar en un futuro cercano una serie de reformas académicas para que se incluya la criminología como materia dentro de la formación del futuro licenciado en Derecho. Esto puede realizarse mediante grupos de estudio formados básicamente por estudiantes que poco a poco irán sentando las bases para movilizar luego al conglomerado estudiantil en aras de una reforma académica. Todo este esfuerzo deberá estar encaminado a ganar por último el interés y la atención de los profesores de otras ramas para poder establecer la importancia de la materia.

(6) GADEA NIETO, Daniel, *Un doble enfoque de la Criminología*, Revista de Ciencias Jurídicas, Nº 46, Enero-Abril, 1982.

(7) En igual senitdo, TAYLOR, WALTON y YOUNG, *Criminología Crítica*, Siglo XXI, México, 1981. pág. 143.

Desde un punto de vista de la relevancia práctica de la criminología deben darse de parte de los criminólogos proposiciones concretas para reformar aspectos diversos del sistema de justicia penal.(8) Ello implica que debe tratarse de hacer conciencia que no sólo los penalistas deben intervenir en las reformas de la justicia penal, sino que es necesaria la presencia y el aporte del criminólogo también.

V. CONCLUSION:

La criminología es y debe ser una disciplina importante dentro del desarrollo de la vida jurídica de Costa Rica. Tanto a nivel académico como a nivel práctico hemos señalado la relevancia de dicha materia.

En el momento actual los profesionales en derecho no pueden ni deben dejar de lado u olvidar una disciplina que aporta tanto al campo jurídico, pues si se sigue marginando esta materia, las consecuencias pueden ser muy desastrosas, sobre todo porque van en desmérito de la enseñanza y en deterioro de la capacitación del profesional en derecho.

VI. BIBLIOGRAFIA:

BOUZAT et PINATEL, *Traité de droit penal et criminologie.* Tomo III, París, 1975.

GADEA NIETO, Daniel, *Un doble enfoque de la criminología.* Revista de Ciencias Jurídicas Nº 46. Enero-Abril, 1982.

GROSS, Hans, *Kriminalistische Tatigkeit und Stellung des Arztes.* Braumuller, Vienne, 1908.

PLATT, Tony, *Criminology in the 1980s. Progressive Alternatives to law and order.* Documento presentado en el Noveno Congreso Mundial de Criminología. Viena. Setiembre, 1983.

REYES ECHANDIA, Alfonso, *Criminología.* Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1980.

STEFANI-LEVASSEUR y JAMBY-MERLIN, *Criminologie et Science Pénitentiaire.* Dalloz, París, 1976.

TAYLOR, WALTON y YOUNG, *Criminología Crítica.* Siglo XXI, México, 1981.

(8) En ese sentido, PLATT, Tony, *La Criminología en los Ochenta.* Alternativas progresistas a la ley y el orden. Documento presentado en el Noveno Congreso Mundial de Criminología, Viena, Setiembre, 1983.

COMENTARIO SOBRE EL SISTEMA DE JURADOS EN LA LEGISLACION COSTARRICENSE (1873 - 1903)

Dr. Mario A. Houed V.
Director de la Escuela Judicial
Profesor de Derecho Procesal Penal
Universidad de Costa Rica

El estudio de la evolución del sistema jurídico costarricense, nos permite observar que, en determinados momentos y circunstancias históricas, la formación de algunas instituciones ha respondido —en mayor o menor grado— al temperamento o carácter particular de nuestros gobernantes.

Precisamente, en lo que concierne a la legislación penal (sustantiva y procesal), consideramos que dos ejemplos pueden respaldar nuestra afirmación: el Código General de 1841 (conocido popularmente como Código de Carrillo) y la quizás no tan conocida Ley de Jurado de 1873, promulgada a iniciativa del General Tomás Guardia.

En ambos casos se refleja la personalidad de sus inspiradores (o algo más en el caso de Carrillo),(1) arbitraria para algunos, paternalista para otros, pero sin negar el ferviente deseo por la organización y la disciplina.

Se dice para la creación del Jurado, que ésta no habría sido posible en nuestro país sin el empeño que el General Guardia puso en ello luego de sus visitas al continente auropeo, donde presenció el funcionamiento de esta institución.

Pretendemos ahora presentar un breve resumen histórico de esta última, de la que se desconocen muchos detalles interesantes.

---

(1) Respecto de quién fue el autor material del mencionado Código General de 1841 existen diversas opiniones, pues mientras algunos tratadistas, como el historiador Montúfar, sostienen que lo fue el emigrado salvadoreño Dr. Isidro Menéndez, otros, como el historiador Ricardo Fernández Guardia, considera que el autor único de todo el Código fue el propio Braulio Carrillo. Para ello Fernández Guardia se basa en un párrafo que el citado ex-jefe de Estado incluyó en un manifiesto que emitió el 15 de junio de 1943 en Sonsonate, El Salvador, en donde se encontraba exilado, y en el que así lo dice. (Datos tomados de GUIER, Jorge E., *Historia del Derecho,* Editorial Costa Rica, San José, 1968, Tomo II, págs. 1184 y 1185; y de ROMERO, Ives, *Esbozo histórico del proceso penal,* Revista Judicial Nº 1, pag. 76, quien remite a su vez a la obra del citado Prof. Guier y de Alberto Brenes Córdoba, *Historia del Derecho,* Tipografía Guttemberg, San José, 1929, pág. 175). En todo caso, se trate de una u otra situación, es innegable que la referida legislación de 1841 responde a esa energía y dinamismo de quien, como Carrillo, estaba "deseoso de poner orden en la casa", encarnando "al patriarca severo, de muy exacta visión de lo que era imprescindible hacer para el bienestar del país". MONGE ALFARO, Carlos, *Historia de Costa Rica;* 8ª ed. Trejos Hermanos, San José, Costa Rica, 1958, pág. 153.

LEY DE JURADO DE 1873.—

Con fecha diez de julio del año 1873, Decreto Nº XX, se emitió por vez primera en nuestro país la Ley que instauraba el sistema de Jurados, "para prevenir la frecuencia de varios delitos, graves, por una fácil averiguación y pronto escarmiento, *a iniciativa del Supremo Poder Ejecutivo...*" (el subrayado no es del texto original) según expresaba el encabezamiento o introducción de aquélla.(2)

La ley referida comenzó a regir a partir del primero de agosto del mismo año, de acuerdo con la disposición contenida en su artículo 45.

Como puede observarse, se hace notar que la citada legislación responde a una iniciativa del "Supremo Poder Ejecutivo", o sea el mismo General Tomás Guardia, según ya fue dicho.(3)

Originalmente el enjuiciamiento por jurados era únicamente para aquellos delitos que expresamente señalaba el artículo 1º de la ley de comentario. Esos delitos eran los siguientes:

1º Homicidio, cualesquiera que sean las circunstancias en que se cometa.

2º Heridas graves, entendiéndose por tales, cuando la enfermedad o incapacidad para trabajar excede de treinta días, o haya pérdida de dedos, ojo u otro miembro igualmente o más importante.

3º Asalto en camino o lugares despoblados, del que resulte muerte o herida, o con el objeto de robar a los transeúntes.

4º Ataque nocturno en poblado, del que resulte herida o daño corporal.

5º Rapto, forzamiento, estupro alevoso y delitos comprendidos en los artículos 419 a 424 del Código Penal.

---

(2) LEY DE JURADO. (Decreto XX). Colección de las Leyes, Decretos y Ordenes expedidos por los Supremos Poderes Legislativo y Ejecutivo. Tomo XXI, págs. 52 y ss.

(3) Debemos recordar que el General Guardia, hombre de férrea disciplina, llegó al poder después de la grave crisis política de 1870, cuando un grupo de militares se rebeló contra el entonces Presidente, don Jesús Jiménez. Los revolucionarios nombraron como Presidente provisional a don Bruno Carranza para que se encargase de convocar a una Asamblea Nacional Constituyente, pero su tarea se tornó sumamente difícil cuando comprendió que era un instrumento en manos del Comandante General (Tomás Guardia). En la Asamblea Nacional Constituyente, la que luego sería clausurada ante la negativa de Guardia de seguirle juicio de residencia al expresidente Jiménez. Como es de suponer, la nueva Asamblea resultó completamente favorable a las ideas del General Guardia, quien posteriormente salió electo Presidente por un período de cuatro años (1872-1876), aunque en realidad su mandato se extendió también de 1876 a 1880, período en que ejerció la Presidencia de Costa Rica don Aniceto Esquivel, pero bajo el control suyo. MONGE ALFARO, C., op. cit., págs. 194 y 195.

6º Perjurio.

7º Incendio.

8º Falsificación de moneda, firmas o documentos, así públicos como privados.

9º Hurto o robo, cuando el valor de la cosa hurtada o robada pase de cincuenta pesos, y aún no llegando a esa suma, cuando se cometa introduciéndose de noche, en casa o lugar habitado, y el calificado con el nombre del abigeato.

También el jurado tenía competencia para conocer de los delitos conexos con alguno de los mencionados anteriormente, así como de la complicidad y encubrimiento de los unos y de los otros.

Para ser jurado se requería únicamente ser ciudadano en ejercicio, saber leer y escribir, y de buena conducta notoria (art. 5 ibíd.).

El cargo era obligatorio, pudiendo excusarse solamente los mayores de 60 años, los "habitualmente de enfermedad que les impida trasladarse de un lugar a otro u ocuparse mentalmente", y los que desempeñaren algún cargo concejil de ocupaciones diarias. (Art. 6).

Desde luego la ley también prohibía el desempeño como jurado, mientras ejercieran sus funciones, al Presidente de la República y los Secretarios (Ministros) de Estado, a los Diputados, Magistrados de la Suprema Corte, Jueces del Crimen, Agentes Fiscales, Militares en servicio y los eclesiásticos. (Art. 5).

El Tribunal de Jurado se constituía de *nueve miembros* designados por la suerte, excepto en Guanacaste y la "Comarca" de Puntarenas, donde lo constituían siete miembros.

Dichos integrantes se obtenían de una lista anual que debía realizarse al tiempo de hacer las elecciones de los funcionarios municipales, designándose 60 individuos, entre los que se sorteaban los que debían integrar el tribunal, cada vez que así fuere requerido.

No era sino hasta que hubiese concluido el término de pruebas y evacuadas las conducentes —salvo las "absolutamente difíciles de recibir"— que, previa citación a las partes, el Juez de Primera Instancia procedía a sortear los nombres de todos los Jurados: 9 propietarios según ya fue dicho, más 5 suplentes (en el caso de Guanacaste y Puntarenas, 7 y 3 respectivamente). (Art. 10).

Se admitían recusaciones "sin expresión de causa" en el término de 24 horas después de la designación (Art. 11) así como inhibitorias o excusas de los jurados no recusados, fundándose únicamente en el parentesco de consanguinidad hasta el tercer grado o el de afinidad hasta el segundo, con el reo o el acusador, o al marido en causa de su consorte. (Art. 12).

Una vez completado el número de jurados, y señalado el día de su reunión (constitución o audiencia), el Juez del Crimen efectuaba la juramentación, procediéndose de inmediato al nombramiento de un Presidente y un Secretario, con lo cual quedaba instalado el Tribunal (Arts. 13 y 14).

Ya propiamente en relación con el *procedimiento a seguir* después de la citada instalación del tribunal, podemos señalar como pasos importantes los siguientes:

a) El Juez debía formular por escrito y poner en conocimiento de las partes las cuestiones de hecho que el Jurado habría de resolver.

b) Las partes a su vez podían formular y presentar por escrito las demás cuestiones de hecho que estimaran convenientes para sus intereses, de acuerdo con el siguiente orden:

1—Sobre la existencia del delito y las circunstancias que determinaran su gravedad o levedad, consecuencias, etc.

2—Sobre la categoría del autor, cómplice, auxiliador o "fautor", receptador o encubridor del procesado.

3—Sobre condiciones que aumentasen o disminuyesen las responsabilidad del reo, o lo hicieren totalmente irresponsable.

4—Sobre el grado máximum, medio o mínimum de la responsabilidad del procesado.

5—Sobre su responsabilidad pecuniaria, de pensión, indemnización, etc.

6—Sobre las condiciones de la absolución, si del juicio o instancia del cargo o de toda responsabilidad, tendría derecho a ser indemnizado (Art. 15).

c) El Juez del Crimen debía entregar la instrucción al Presidente del Tribunal de Jurado, acompañada de una relación sucinta del hecho, de las pruebas y demás datos, sin emitir juicio alguno sobre ninguna de las circunstancias. Una vez concluida su lectura, se iniciaba la audiencia pública, en la cual el acusador o su abogado, o el Agente Fiscal en los casos en que debía intervenir, presentaban en contra el reo los cargos que hubiesen resultado de la instrucción. Después el reo o su defensor procedían a contestar lo que estimaren conveniente para su descargo. (Art. 17).

ch) Tanto el acusador, Fiscal o acusado podían solicitar en estos alegatos que se examinaran de nuevo los testigos de la instrucción en presencia del Jurado, así como aportar nuevas pruebas. (Art. 18).

d) Al examinar los testigos, las partes y los jurados podían hacerles las preguntas que estimaren convenientes para "formar conciencia sobre los hechos". (Art. 19).

e) Una vez concluido el anterior examen probatorio, se concedía de nuevo la palabra al acusador o Fiscal para que hiciera sus conclusiones y luego se hacía lo mismo con el "reo" o su defensor. Tanto en este acto como en cualquier otro, los jurados podían formular a las partes cualquier pregunta tendiente a esclarecer los hechos. (Art. 20).

El Secretario debía levantar durante la audiencia un acta en que hacía constar *solamente lo ocurrido sustancialmente.*

f) Concluidos los alegatos, los jurados pasaban a deliberar a puerta cerrada, sin la presencia de ninguna otra persona. El Presidente presentaba a los jurados —una a una— las cuestiones formuladas por el Juez y propuestas por las partes, y cuando estimaba suficientemente discutido el punto, pedía la respuesta definitiva a cada cual siguiendo el orden inverso del sorteo, emitiendo su opinión en último lugar. (Art. 21).

g) Hecho el cómputo, las respuestas o resoluciones que no tuviesen 6 votos afirmativos por lo menos (5 en Guanacaste y Puntarenas), el Juez debía tenerlas en su sentencia por resueltas negativamente. (Art. 22).

h) Después de lo anterior, se procedía al pronunciamiento del veredicto, salvo que el jurado —por mayoría absoluta— estimara indispensable evacuar alguna otra prueba, en cuyo caso la sentencia podía diferirse para otro día. (Art. 25).

i) Es interesante observar que en la emisión de sus votos los jurados solamente debían atender "al dictamen de su conciencia... sin mezclarse en cuestión alguna de derecho...", no siendo responsables por sus decisiones. (Art. 26).

j) Redactado y firmado el veredicto y devuelto por el Juez sin objeción alguna —ya que en este caso podía devolverlo al jurado (Art. 27)— se procedía a abrir las puertas y a la lectura del fallo en presencia de las partes y de los demás concurrentes, gozando el Juez de un plazo de 24 horas para imponer la pena en caso de sentencia condenatoria. (Arts. 28 y 29).

k) De los artículos 31 al 36 se regulaba un interesante recurso de nulidad en contra del veredicto así como de la sentencia, con base en motivos taxativamente señalados en la ley.

l) Por último, los artículos 37 y siguientes regulaban el procedimiento a seguir contra reos ausentes y disposiciones generales relativas a la competencia de los jurados, aplicación supletoria de las normas comunes y otros temas.

LEY DE JURADO DE 1887.

Por Decreto Nº XXVIII de fecha 2 de julio de 1887, iniciándose su vigencia a partir del 15 de ese mes, se establece una renovada ley de jurado cuyas principales diferencias con su antecesora son las siguientes:

a) Se agregan requisitos para ser jurado:

1—Mayor de 25 años

2—Pertenecer al estado seglar (Art. 1º)

b) Se establece que no pueden ser jurados, además de la incompatibilidad que establecía la anterior ley para funcionarios públicos de alto rango, los siguientes:

1—Los sordos, mudos y los impedidos física o intelectualmente.

2—Los que estuvieren procesados por cualquier delito.

3—Los que hubieren sido condenados por delitos contra la propiedad, la fe pública y las buenas costumbres.

4—Los que estuvieren condenados a cualquier pena corporal o aflictiva mientras no la hayan sufrido.

5—Los quebrados no rehabilitados.

6—Los concursados mientras la insolvencia no esté calificada como excusable. (Art. 2).

c) Amplía la lista de personas que pueden excusarse del ejercicio del cargo de jurado. (Art. 4).

ch) Se establece que el enjuiciamiento por jurados tendrá lugar en los procesos seguidos por crímenes, lo mismo que en los seguidos por simples delitos que la ley castiga con pena de presidio. (Art. 6).

d) Dispone el establecimiento de un jurado de juicio y otro de calificación en forma similar al sistema inglés, reduciendo el número de integrantes.

En el primer caso se constituía por cinco miembros (5 propietarios y 3 suplentes) para cuando faltase "un principio de prueba bastante para decretar auto motivado de prisión", teniendo que decidir si "hay lugar o no para proceder contra el indiciado". (Art. 7).

En el segundo caso se constituía por 7 miembros propietarios y 5 suplentes en cualquier parte del país (ya no se exceptúa a Guanacaste ni a Puntarenas). (Art. 8).

e) Pretende agilizar el procedimiento y garantizar la forma de actuación ante y por el Tribunal de Jurado.

Así por ejemplo, limita las cuestiones que debe resolver dicho tribunal a dos:

1—Si el acusado ha cometido o no el hecho o hechos que se le imputan.

2—Si los hechos en que se fundan las circunstancias eximentes, atenuantes o agravantes alegadas y que fueren admitidas por la ley, están o no comprobadas. (Art. 13).

f) Establece el recurso de apelación para la sentencia condenatoria, y la absolutoria en caso de alegarse la nulidad del veredicto, señalando taxativamente las causales en que ello se produce.

El término para instaurar dicho recurso se señala en cinco días. (Arts. 25 segundo párrafo y 26 respectivamente).

Como podemos observar, no hay duda de que las nuevas disposiciones sobre el tribunal de jurado pretendían mejorar su funcionamiento y garantizar su eficacia, pues se habían hecho evidentes las fallas y la falta de tecnicismo que desde el inicio de la vigencia de la primera ley habían apuntado con temor algunas voces autorizadas.

Lo dicho anteriormente queda corroborado con el comentario publicado por el Lic. Ricardo Jiménez Oreamuno, quien luego sería Presidente de nuestro país, en la República del 7 de junio de 1887,(4) al contestar un artículo publicado a su vez por el señor Angel Anselmo Castro en el mismo periódico del día 4 de junio de ese año, titulado la "Muerte del Jurado", en donde su autor se lamentaba de las restricciones y controles que el nuevo proyecto de ley sobre el sistema de jurado le imponía a éste, considerando que llevaría a la abolición probable de este procedimiento judicial. No está de más decir que dicho proyecto pasó a ser la ley, según el decreto Nº XXVIII de julio de 1887, que hemos venido analizando.

Por ser bastante extenso el comentario del Lic. Jiménez Oreamuno, nos limitaremos a transcribir la primera parte, en donde señala los problemas referidos:

"EL NUEVO PROYECTO SOBRE EL JURADO

Mi distinguido amigo don Angel Anselmo Castro ha publicado en este mismo periódico una elocuente protesta contra el proyecto de ley sobre jurado, que por iniciativa del Secretario de Justicia se encuentra actualmente en discusión ante el Congreso. Esa protesta cuadra bien con los ardorosos sentimientos liberales de su autor y es una buena muestra de su talento y luces; mas también pone en evidencia las exageraciones a que conduce a ciertos liberales un culto incondicional de su credo. El rigorismo y fervor con que veneran los cánones de su iglesia, los impele a que si una medida política cualquiera no se ajusta, como el guante a la mano, a lo que en la escuela es tenido por ortodoxo, la rechacen incontinenti sin parar mientes en que las instituciones, no porque conserven el mismo nombre y ciertos caracteres generales son en un lugar lo mismo que en otro al que hayan sido transplantadas, lo que es causa de que muchas veces una institución que en un país se distingue por determinado carácter en otro lo pierda, viniendo entonces a ser determinantes los caracteres que fueron secundarios en el tipo primitivo.

(4) Reproducido por "La Nación" del miércoles 26 de febrero de 1968, págs. 6 y 8, de donde lo tomamos.

En el jurado se realiza esta ley; y no de otro modo podría explicarse que siendo en Inglaterra una garantía política, un escudo de la libertad del ciudadano, lo haya adoptado Rusia, sobre cuyo inmenso territorio no ha pasado siquiera el hálito de la libertad, y que lo haya introducido entre nosotros la administración Guardia, durante la cual no fue Costa Risa otra cosa que una Rusia microscópica.

Comprendo perfectamente que la institución del jurado anglosajón sea uno de los artículos de fe del Partido Liberal avanzado. En los conflictos entre la autoridad política y el individuo evita que éste sea juzgado por jueces que es muy posible se inclinen en sus fallos hacia el lado de quien los nombra y mantiene; es por consiguiente una égida. Además, el cargo de jurado impone delicadas responsabilidades que obligan, a quien es capaz de adquirir un justo sentimiento de ellas, a poner los medios de descargarlas cumplidamente; le despierta y acrecienta la conciencia de su dignidad; y lo acostumbra a tomar parte activa en el mecanismo de la administración pública de su tierra. Es por consiguiente el jurado un eficaz procedimiento educador. Pero, ¿se realizan ambos fines en todos los países en donde se implanta? Si se da una respuesta afirmativa, si la garantía para el acusado se obtiene, si la influencia educadora se realiza y si los intereses de la justicia represiva se encuentran bien servidos, es evidente que combatir la institución es oponerse a aceptar uno de los beneficios más provechosos que presentan ante nuestra admiración los pueblos libérrimos por excelencia, Inglaterra y Estados Unidos. Mas si ninguna de estas ventajas se obtuviera, o si alguna se alcanzara a expensas de la principal, es claro que mantener el jurado sería ir contra el verdadero liberalismo, que requiere para funcionar una sociedad en que el crimen esté cierto de encontrar su segunda mitad, como decía Hegel: la expiación rápida y completa.

Apliquemos estas ideas a Costa Rica. El señor Castro tiene mucha razón en afirmar que en Inglaterra el jurado forma parte esencial de la libertad política; y el cuadro que nos presenta de sus luchas con los Tudores y Estuardos está lleno de verdad y vida. Pero yo le preguntaría: ¿En Costa Rica ha tenido alguna vez esa significación política que lo hace tan caro a ingleses y americanos? En este respecto hemos tenido el nombre, la sombra en vez de la cosa. Los procesos en que las ventajas políticas de la institución podrían verificarse han estado excluidos de hecho de la jurisdicción del jurado. ¿Cuándo ha visto el señor Castro que opositores del Gobierno, ya en la prensa, ya en otros campos de acción, hayan sido juzgados por jurados? Cuento veintiocho años y no recuerdo un solo caso. Defender pues, entre nosotros el jurado existente, por razón de que es un baluarte contra las usurpaciones y abusos del poder, una garantía para los encausados injustamente por el Gobierno, es defenderlo por una razón imaginaria, es obligarnos a sufrir todos sus actuales inconvenientes en cambio de un bien teórico, que es una ilusión. Hay que atender, además, a que las múltiples y complejas causas que han impedido que se implante entre nosotros el jurado para tales procesos son muy profundas y que para que sean removidas es preciso un cambio radical de las costumbres, lo que no es obra de un día, ni depende de la voluntad de nadie, colocado arriba o abajo.

La función educadora del jurado es muy digna de tenerse en cuenta; pero siempre que no se exagere su valor, siempre que la considere como un aditamento y no como fin principal de la institución. Ni el acusado ni la sociedad tendrán bien garantizados sus derechos si el jurado se convierte en una escuela, en la que jurados inadecuados para la función, aprendan a fuerza de cometer equivocaciones, es decir: a costa del indiciado o de la sociedad. Consultemos la experiencia, —criterio infalible en sociología como en toda otra ciencia—, y veamos en qué se ha mejorado el nivel cívico del ciudadano costarricense desde la introducción del jurado. Por mi parte, creo que esta sea de esas preguntas que quedan contestadas con sólo proponerlas: la influencia del jurado en ese sentido ha sido nula, nulísima".

Más adelante, y para concluir, agrega el Lic. Jiménez Oreamuno:

"...El señor Castro lleno de pesadumbre toca a muerto por el jurado. Su toque fúnebre es prematuro. El proyecto hiere de muerte las excrecencias anormales, patológicas, de la institución; mas en orden al organismo de la institución misma, queda vivo, intacto, y más bien asegurado contra las nocivas influencias de esas excrecencias, que en tan grave riesgo ponían su vida".

Asimismo en las actas de la Junta Directiva del Colegio de Abogados de los meses de diciembre de 1883 y enero de 1884(5) encontramos interesantes comentarios y discusiones sobre el proyecto de reformas a la ley de jurado, que luego constituiría la referida ley de 1887:

Sesión extraordinaria de las 6.30 del jueves 21 de diciembre de 1883. Celebrada bajo la Presidencia del Sr. Volio y con la asistencia de los señores Dres. Castro, Montúfar y Machado, y licenciados Alvarado, Carranza, Yglesias, Castro (Dn. A. Anselmo), Moreno, Canet, Orozco, Bustamante y el Secretario.

En esta sesión se planteó la cuestión de determinar, a pedido del Gobierno, si debía conservarse o no la institución del jurado en Costa Rica, entre otros aspectos.

(5) Reproducidas en la Revista del Colegio de Abogados de los años 1947 y 1948.

El Dr. Lorenzo Montúfar hizo una amplia exposición sobre los orígenes de la institución del jurado, la importancia de la administración de justicia por parte del pueblo, así como otras cuestiones atinentes a la defensa de dicho sistema. Después de escuchar otras opiniones "se aprobó por todos menos uno de los Abogados presentes el pensamiento de la conservación del jurado y de la reforma de las leyes".

En razón de haberse acordado recomendar el mantenimiento de la institución comentada, sesiones posteriores de la Junta Directiva del Colegio de Abogados fueron dedicadas al estudio de las reformas propuestas:

Sesión extraordinaria de las 6.30 p. m. del 27 de diciembre de 1883, presidida por el Dr. Montúfar y con asistencia de los señores Mauro Fernández, Gerardo Castro, Anselmo Castro, Yglesias, Canet, Angulo, Quirós y el Secretario.(6)

Se recomienda, entre otras cosas, suprimir el jurado de acusación y que el Tribunal se constituya por 9 miembros.

Sesión extraordinaria celebrada a las 6.30 p. m. del 3 de enero de 1884, bajo la presidencia del Dr. Montúfar y con el concurso de los señores Volio, Machado, Gutiérrez, Alvarado, Carranza, Serrano, Orozco, Castro, Quirós, Vargas, Angulo, Canet, Bustamante, Moreno y el Secretario.(7)

En esta sesión el señor Volio vuelve a traer a la discusión el tema de si debe o no mantenerse el sistema de jurado, haciendo varias críticas a la forma en que venía operando la ley de 1873 y a las reformas propuestas en el nuevo proyecto. Señala asimismo que no es enemigo de dicha institución, pero que no debía admitirse un jurado "sui géneris" porque "tenía la seguridad de que es preferible nada a un jurado que se aparte de los principios de la Ciencia". Después de un amplio intercambio de ideas entre los integrantes de la Junta Directiva, nuevamente es acordó recomendar que se conservara la institución del jurado.

Sesiones siguientes de la Junta Directiva del Colegio de Abogados en que se trató el tema de las reformas al sistema de jurados pueden ser estudiadas en la Revista del Colegio de Abogados de marzo, junio, agosto y octubre de 1948, en que se reprodujeron las actas del año 1884.

LEY DE JURADO DE 1892.

Por Decreto Nº LXXXV de 31 de octubre, que empezó a regir el 8 de noviembre de 1892, se reforma nuevamente el sistema de jurado, pretendiendo siempre solucionar los diversos problemas que éste arrastraba, ahora tan solo cinco años después de la última modificación.

(6) Revista del Colegio de Abogados Nº 23, noviembre de 1947, pág. 358.

(7) Revista del Colegio de Abogados Nº 26, febrero de 1948, págs. 82 y ss.

Consideramos como más importantes las siguientes reformas:

a) Se rebaja la edad para ser jurado de 25 a 21 años. (Art. 1).

b) Se agrega otra vez que no puede ser jurado quien "no observe buena conducta" (recordemos que la Ley de 1873 exigía este requisito). (Art. 2. inciso 7).

c) Se establece que la elección de jurados se hará por parte de las Municipalidades del cantón central de cada provincia y ya no por el Gobernador. (Art. 5).

ch) Se limita el enjuiciamiento por jurados a los procesos seguidos por crímenes o simples delitos castigados con presidio por la ley, *si en la causa no hubiere prueba legal* (lo subrayado es lo que se agregó en esta ley) (Art. 6), convocándose al jurado cuando "fuere dudosa la existencia o inexistencia de alguno o algunos de los hechos que constituyen el cargo o la defensa, por no haber respecto de ellos prueba plena, ni estar en absoluto destituidos de justificación..." (Art. 9). En los demás casos resolvía directamente el Juez.

d) Se dispone que de previo a integrar el jurado, concluido el período probatorio, el Juez ordenará la entrega de los autos a cada una de las partes por el término de 3 días para que aleguen de "bien probado". Una vez vencidos dichos términos, debe citarse para sentencia que deberá dictarse dentro de los tres días posteriores si no es necesario convocar al jurado, o en el plazo que señala el artículo 27 si éste debiera intervenir, de acuerdo con lo dicho en el punto anterior. (Art. 8).

e) Se procura aclarar de mejor manera cuáles cuestiones son las que debe resolver el jurado. (Art. 15).

f) Se establece que serán apelables también las sentencias absolutorias en que no haya intervenido el jurado, manteniéndose que la absolutoria dictada por éste es apelable cuando se alegare nulidad del veredicto con base en las causales que señala el artículo 29. (Art. 28).

Los problemas aludidos que venía afrontando el jurado, los señala muy bien el editorial publicado en La Gaceta del miércoles 2 de noviembre de 1892, al justificar las reformas contenidas en la nueva ley.

Dicho editorial expresa:

"El Jurado en Costa Rica ha sido desde su establecimiento objeto de muy sustanciales reformas que en vez de acercarlo lo han venido alejando de su ideal, pero que eran indispensables para salvar la institución de la completa ruina a que estaba condenada por el desprestigio en que iban sumiéndola sus inaceptables resultados.

Las reformas más importantes fueron hechas por la ley Nº 28 de 2 de julio de 1887. En ella se dispuso que el Jurado sólo conociera de la existencia de hechos y que la intervención de ese Tribunal no fuera siempre indispensable para declarar la procedencia de la acusación. Ambos principios han sido eficaces en contra de la impunidad; y en cuanto al último se juzga que aplicándolo a las cuestiones de responsabilidad de los acusados pueden salvarse en gran parte los inconvenientes que presenta el Jurado tal como hoy se halla.

Ese es uno de los objetos de la ley número 1 que registra este Diario, hoy. Según el artículo, o sólo cuando hubiere duda acerca de la existencia o inexistencia de los hechos que constituyen el cargo o la defensa, por no haber respecto de ellos plena prueba ni estar del todo destituidos de justificación, se someten al Tribunal las cuestiones dudosas; en los demás casos, es decir cuando la prueba de lo alegado sea concluyente o no la hubiere en absoluto, el Juez por sí solo fallará. En tal forma se espera poner término a absoluciones temerarias, que no tienen en su apoyo más que la irresponsabilidad del Jurado, y se hallan en abierta contradicción con la prueba concluyente que del proceso resulta acerca de la comisión del delito y de la malicia de los procesados.

Otra de las reformas que la ley enunciada contiene es la limitación a la irresponsabilidad del Jurado. Cierto que un Tribunal de conciencia no puede delinquir con la emisión de sus juicios, pues la demostración es imposible de que ellos no son el resultado del íntimo convencimiento; mas los actos externos ejecutados por un Juez de hecho con motivo del fallo que va a pronunciar y que constituirían delito a ser de Juez de derecho, no es racional que gocen de la irresponsabilidad acordada por la ley para los hechos de conciencia. El prevaricato definido en el inciso 2 del artículo 246 del Código Penal, si llega a justificarse debe ser castigado, sin que eso signifique juicio respecto de la moralidad del veredicto.

También se ha creído de suma conveniencia limitar el número de las personas que han de desempeñar el cargo de Jurados durante cada año, y atribuir a las Municipalidades la elección correspondiente. Aunque sea innegable que las condiciones requeridas en aquéllos por la ley de 1887 y por la que ahora se promulga llenan la medida de lo que con arreglo a los buenos principios puede exigirse, importa no olvidar que las funciones de Jurado reclaman un grado de cultura que no se alcanza con la sola posesión de los requisitos señalados en la ley; y que si no es el resultado de una especial educación, sí lo es de cierto desarrollo intelectual que no tiene siempre todo ciudadano.

Tales son las enmiendas de mayor importancia que la ley publicada en este Diario introduce en la materia. Con ellas y otras

menos notables trata el Gobierno de poner un dique a la impunidad de los delincuentes y de salvar la institución del Jurado que, en la forma de su actual planteamiento, se ha hecho insostenible".

Es importante apuntar cómo en esta ley de 1892 —que sería la última en mantener el sistema de jurado— se reduce la competencia de éste para *cuando en la causa no hubiere prueba legal*, dejándose sólo para los casos de duda.

Ello demuestra la evolución negativa y las tristes experiencias que el jurado venía arrastrando desde años anteriores.

Ejemplo de esos errores (imperdonables en un régimen de derecho) lo constituyen dos conocidos procesos judiciales que el Lic. Hugo Porter Murillo comentó hace algunos años en un interesante artículo.(8)

Trata el primero de ellos del duelo que sostuvieron el Lic. León Fernández y Bonilla —padre del historiador Ricardo Fernández Guardia— con el Dr. Eusebio Figueroa Oreamuno, que inclusive había sido Presidente de la Corte Suprema de Justicia en el año 1876, fundador y primer Presidente del Colegio de Abogados de nuestro país.

Dicho duelo se realizó con motivo de la circulación de una hoja suelta titulada "La Alquimia moderna" que el Dr. Figueroa, quien era en aquel momento Secretario o Ministro de Relaciones Exteriores del Gobierno de don Próspero Fernández, consideró ofensivo. La responsabilidad por la hoja referida se le atribuyó al Lic. Fernández y con fecha 11 de agosto de 1883 ocurrió el enfrentamiento en que resultó muerto don Eusebio Figueroa.

Unos tres años y medio después de este incidente, el 3 de enero de 1887, un hijo del Dr. Figueroa disparó contra el Lic. Fernández, quien falleció una semana después.

En ambos casos el Tribunal de Jurado decretó la absolutoria, pese a que en el primero nuestra legislación penal contempla el duelo como delito y desde luego el homicidio para el segundo.

Ese tipo de desaciertos, unidos a los problemas que anteriormente se han comentado, trajo como consecuencia el desprestigio del sistema de jurado, que llegaría a su fin después de 30 años de vigencia, cuando por Decreto Nº 37 del 3 de julio de 1903, siendo Presidente del Congreso el Lic. Ricardo Jiménez y Presidente de la República el Lic. Ascensión Esquivel, se le suprimió:

---

(8) PORTER, Hugo, *"El Jurado en Costa Rica"*, Revista de Ciencias Jurídicas Nº 4 de noviembre de 1964, págs. 122 y ss.

"EL CONGRESO CONSTITUCIONAL DE LA REPUBLICA DE COSTA RICA

En uso de la facultad que le confiere la fracción 13 del artículo 73 de la Constitución

DECRETA

Artículo 1.—Suprímese el Jurado.

Artículo 2.—Atribúyese a los Tribunales la facultad de fijar en cada caso los hechos que deben tenerse por ciertos examinando las pruebas conforme a las reglas de la sana crítica y cualquiera que sea su número y entidad.

Artículo 3.—Procede la casación en lo criminal, no sólo en los casos fijados por la ley, sino también por cualquier error en la apreciación de la prueba.

Artículo 4.—Derógase la ley de Jurado emitida el 31 de octubre de 1892, y las posteriores en los puntos que a ella se refieran".

Es interesante transcribir la exposición de motivos del anterior Decreto, en lo pertinente, que el Secretario del Ministerio de Justicia de la época, Lic. Leonidas Pacheco elaboró:

"CONGRESO CONSTITUCIONAL:

Cree el Poder Ejecutivo que es el Jurado una institución que asegura más que otra alguna la recta administración de justicia y que su perfecto ejercicio no es tan sólo una de las mayores garantías que tiene la sociedad de conseguir, por el voto de conciencia del ciudadano, el castigo del criminal o la absolución del inocente, sino que es a la vez una conquista hermosa de los principios liberales y un gran paso de progreso en la senda de la verdadera democracia.

Las bondades de esencia de la institución son indiscutibles y dichoso ha de ser el país en donde, sin deficiencias que lo desnaturalicen ni caídas que lo corrompan, pueda el tribunal de conciencia juzgar los actos delictuosos cuyo germen y arranque está en el elemento moral del hombre.

La justicia pura, la amplitud de juicio para examinar actos humanos, la sanción impuesta al crimen, no por virtud de la ley, sino por voto de conciencias honradas, libres de toda sugestión que no sea la del deber de condenar al culpable o de absolver al inocente, hacen del Jurado el más excelso Tribunal que pueda constituirse para ejercer la delicada y trascendental tarea de fallar sobre la honra y el porvenir de un ciudadano.

No obstante tales consideraciones, el Poder Ejecutivo se inclina con pesadumbre ante la necesidad que hoy se impone de suprimir el juicio por jurados, que ha sido por peculiares y múltiples circunstancias, motivo de tremendas y aflictivas caídas.

Nuestras condiciones especiales del momento, el grado de cultura en que se halla hoy la gran mayoría, la circunstancia de nuestra pequeñez numérica que pone necesariamente la ocasión, con el frecuente trato, de que germinen odios o amistades que al alma del Juez no debieran nunca llegar, mil causas más que la experiencia ha evidenciado y que os movieron a decretar la supresión del Jurado, inclinan al Poder Ejecutivo a suscribir vuestra ley como un remedio necesario a un mal que urge cortar y cuyo alivio rápido no es posible obtener.

De desear es que la medida que hoy se da sea transitoria y que el país, en no lejana fecha, esté en condiciones de llevar con serenidad y acierto ante tribunales de conciencia el fallo de sus procesos criminales, sin que al hacerlo ponga en peligro, por las deficiencias de hoy, la majestad de la justicia.

El examen de vuestra ley sugiere al Poder Ejecutivo algunas observaciones que cree necesario someter a vuestro juicio ilustrado, y que a la vez lo mueven a proponeros la emisión de este trascendental decreto en la forma que indica el adjunto proyecto".

CONCLUSION

Hemos visto cómo por espacio de treinta años la legislación costarricense mantuvo la institución del jurado popular para el juzgamiento de determinados hechos delictuosos. Pero ese período no tuvo un transcurso feliz y normal. La presunción de que el ajuste de nuestra sociedad hacia tal sistema sería cada vez mayor conforme pasara el tiempo, se fue desvaneciendo pese a los esfuerzos de excelentes juristas de la época, defensores de él en su gran mayoría.

Y la explicación no podía ser otra en cuanto se trataba de un sistema procesal importado; creemos que sin la necesaria meditación y análisis acerca de las características propias del ciudadano costarricense, un tanto lejanas del temperamento anglosajón, como muy bien puntualizó el Lic. Ricardo Jiménez en su comentario a las reformas de 1887 transcrito con anterioridad.

Nótese la tristeza expuesta por el Lic. Leonidas Pacheco al argumentar y avalar la supresión del jurado, a la espera de que la medida sea incluso transitoria, pero la esperanza de lograr un sistema de esta naturaleza, con un ejercicio perfecto, asegurando más que otro alguno la recta administración de justicia —para utilizar sus propias palabras—, pareciera, tanto ayer como hoy, un tanto alejada de nuestra realidad.

No creemos, con el respeto dicho para nuestros ilustres antepasados, que la institución del jurado sea una de las mejores "conquistas de los principios liberales y un gran paso de progreso en la senda de la verdadera democracia", pues su establecimiento puede convertirse fácilmente en un arma de doble filo. Al contrario, el régimen de derecho se garantiza por parte de juzgadores que conocen y aplican la ley objetivamente, apreciando las pruebas no en conciencia sino conforme a las reglas de la sana crítica.

La experiencia no resultó un éxito pero sí provechosa, porque demostró lo que de todos es sabido: la legislación tiene que estar acorde con la realidad social y no divorciada de ella, ya que aunque el marco teórico es muy importante, no lo es menos el sustrato real sobre el cual va a operar.

BIBLIOGRAFIA BASICA

Actas de la Junta Directiva del Colegio de Abogados de los años 1883 y 1884; en Revista del Colegio de Abogados de setiembre y noviembre de 1947; y de febrero, junio, agosto y octubre de 1948.

BRENES CORDOBA, Alberto, *Historia del Derecho,* Tipografía Guttemberg, San José, 1929.

Colección de Leyes y Decretos, de los años 1873 a 1903.

COTO ALBAN, Fernando, *En el Sesquicentenario de la Corte Superior de Justicia de Costa Rica,* Revista Judicial Nº 4 de junio de 1977.

GUIER, Jorge E., *Historia del Derecho,* Editorial Costa Rica, San José, 1968, Tomo II.

JIMENEZ, Ricardo, *El nuevo proyecto sobre el Jurado,* en La Nación del 26 de febrero de 1968.

MONGE ALFARO, Carlos, *Historia de Costa Rica,* 8ª ed., Trejos Hermanos, San José, Costa Rica, 1958.

PORTER MURILLO, Hugo, *El Jurado en Costa Rica,* Revista de Ciencias Jurídicas Nº 4 de noviembre de 1964.

PORTUGUEZ BENEDITTINI, Manuel, *El sistema de jurados en Costa Rica,* trabajo de investigación presentado en Seminario de la Facultad de Derecho de la UCR, 1979.

ROMERO, Iver, *Esbozo histórico del Proceso Penal,* Revista Judicial Nº 1, 1976.

VARGAS ROJAS, Luis Eduardo, *Evolución histórica del proceso penal en Costa Rica,* Tesis de grado para optar por el título de Licenciado en Derecho. UCR. 1981.

EL MEDIADOR FRANCES

Jean RIVERO

Profesor emérito de Derecho, Economía y Ciencias Sociales de la Universidad de París.

Traducción: *Dr. Hugo Alfonso Muñoz Quesada*

Ministro de Justicia; Profesor de Derecho Constitucional de la Universidad de Costa Rica.

I

Para delimitar de manera precisa el papel que juega el Mediador en la protección de los derechos humanos, es necesario recordar brevemente los principales aspectos de esta protección en el sistema jurídico francés.

Siguiendo la tradición de los Estados liberales, el derecho francés confía esencialmente al juez la defensa de los derechos fundamentales de la persona, contra la arbitrariedad. Pero se sabe que, a diferencia de los países anglosajones, Francia distingue dos órdenes de jurisdicciones que comparten esta defensa. Los Tribunales Judiciales, que son, de conformidad con el artículo 66 de la Constitución de 1958, y de acuerdo en este punto a una larga tradición, los guardianes de la libertad individual, en materia de protección de las libertades ejercen competencia triple: en el ejercicio de su función represiva, aplican las penas a los autores de aquellos atentados contra los derechos de la persona humana, que la ley penal tipifica como crimen o delito, sea el delincuente un particular o un servidor público. Por otra parte, las jurisdicciones civiles conocen de aquellos conflictos entre personas privadas donde una de estas atenta contra la libertad de la otra; es el caso, por ejemplo, en las relaciones de trabajo, cuando un asalariado es despedido en razón de sus opiniones políticas o sindicales; es el caso, también, cuando un periodista se inmiscuye en la vida privada de un particular. Por último, las jurisdicciones civiles son competentes también respecto de los atentados a la libertad imputables a las autoridades públicas, cuando estos atentados, aun sin caer bajo el peso de la ley penal, se apartan tan abruptamente de la legalidad administrativa que constituyen puras y simples vías de hecho.

Este último campo de competencia constituye una excepción al principio en que se funda la existencia del segundo orden de jurisdicciones: las jurisdicciones administrativas, al frente de las cuales se encuentra, a partir de 1799, el Consejo de Estado. La "separación de autoridades administrativas y jurisdiccionales", proclamada, por razones históricas, por los hombres de la Revolución de 1789, prohibía a los jueces ordinarios conocer de actos administrativos. Para llenar la laguna así creada dentro de un Estado de Derecho, era necesario darle a los litigios relativos a estos actos un juez especializado. A falta de ello, la sumisión de la administración al Derecho hubiera sido teórica y sin sanción. Se sabe que el Consejo de Estado francés, que durante mucho tiempo fue objeto de desconfianza por parte de los liberales, supo, por

su jurisprudencia, erigirse en protector eficaz de los ciudadanos contra la arbitrariedad administrativa, tanto por la anulación de los actos ilegales, como por reparar los daños imputables a las personas públicas. Las libertades fundamentales resultaron beneficiadas de modo primordial por esta doble protección.

Finalmente, para coronar el edificio del Estado de Derecho, el *Consejo Constitucional, creado por la Constitución de 1958,* garantiza el control de la constitucionalidad de las leyes, que los dos órdenes de jurisdicción no se consideraban legitimados a ejercer. Esta control, que opera antes de la promulgación de la ley, permitió al Consejo, en distintas oportunidades, prevenir la vigencia de disposiciones que, aunque adoptadas por el Parlamento, se consideraron contrarias a los derechos y libertades garantizados por la Constitución.

En general, hay acuerdo en reconocerle en su conjunto al sistema que acaba de mencionarse, una eficacia firme al servicio de los derechos humanos. De ello particularmente da testimonio la creación, en numerosos países preocupados por proteger mejor a sus súbditos contra la arbitrariedad administrativa, de Consejos de Estado inspirados en el modelo francés.

Se plantea, pues, la cuestión de saber por qué en *1973* el legislador consideró necesario agregar, a esa normativa, una institución nueva, la del *Mediador,* y qué papel le corresponde en la protección de los derechos de la persona humana.

II

No se puede disociar la *ley de 3 de enero de 1973,* que "establece *un Mediador",* del gran movimiento legislativo que, a partir de los años 50, multiplica a través del mundo las instituciones inspiradas en el *Ombudsman sueco.* Es una historia curiosa *la del Ombudsman.* Durante un siglo y medio —su creación data de *1809*— la institución se mantiene casi desconocida fuera de su país de origen; se representa casi como una particularidad folklórica propia de Suecia. Es descubierta de pronto, luego de la Segunda Guerra Mundial, y, a partir de *1950,* los países más diversos, desde Nueva Zelandia hasta Quebec, se inspiran en ella y la trasladan. Gran Bretaña sigue ese movimiento, creando en *1967,* su Comisario Parlamentario. En Francia, diversas propuestas de ley aparecen desde *1970,* y desembocan, en *1973,* en la institución *del Mediador, cuya ley del 24 de diciembre de 1976 le amplió poderes.*

De la nueva institución, es necesario indicar someramente el status, los poderes, el campo de aplicación, el modo de hacer entrar en juego su intervención, su status está dominado por la voluntad de asegurarle independencia. Aunque no es el Parlamento quien escoge —como

ocurre con el Ombudsman sueco— al Mediador, sino que lo nombra por *Decreto el Consejo de Ministros,* sus funciones se le confieren por seis años y sólo puede ponérseles término en caso de impedimento constatado bajo condiciones muy estrictas. Además, su mandato no es prorrogable, lo que lo aleja de toda tentación de complacencia frente a aquellos, que, en caso contrario, podrían otorgarle un segundo mandato. En el ejercicio de sus competencias no recibe instrucciones de ninguna autoridad y su responsabilidad no puede ser planteada ante ninguna jurisdicción.

Pero esta independencia no está al servicio de un verdadero poder de decisión. Al igual que el Ombudsman, *el Mediador no tiene facultades para dar órdenes a la Administración.* Frente a un reclamo, para instruirlo dispone de los medios que la ley de 1976 amplió aun, imponiendo a los ministros, cuyos servicios se cuestionan, la obligación de poner a disposición de él todos los elementos necesarios. Si el reclamo le parece fundado, puede proponer a la Administración una solución amigable, o, más, solemnemente, hacerle una recomendación que ésta debe responder y que, si no es satisfactoria su respuesta, aquél puede someterla a la opinión pública, sobre todo por medio de la publicación del informe anual que le dirige al Presidente de la República. Además, y es uno de los aspectos importantes de las atribuciones del Mediador, la ley hace de él un "detectador de reformas", y lo invita a proponer, a partir de los defectos que la experiencia le hace descubrir en los textos, las modificaciones a las leyes y reglamentos adecuados para simplificar y clarificar las relaciones entre los administrados y la Administración.

Aun cuando estos poderes son limitados, el campo dentro del cual se ejercen es, en cambio, muy amplio. Los reclamos sometidos al Mediador pueden referirse a las Administraciones del Estado, de las colectividades territoriales, de los establecimientos públicos y de cualquier otro organismo investido de una gestión de servicio público, en cuanto el administrado afectado considere que "no han funcionado en conformidad con su misión". La fórmula es intencionalmente muy vaga; autoriza los más variados reclamos. Más adelante se verá en qué sentido tiende la práctica a interpretarla.

No obstante la amplitud, el derecho de *acudir ante el Mediador está reservado a las personas físicas;* sin embargo, éstas pueden accionar a nombre de una persona moral, si tienen un interés propio comprometido en el asunto. *Pero el reclamo no puede formalizarse directamente ante el Mediador.* Los parlamentarios franceses, igual que sus colegas británicos, no quisieron renunciar al poder, medio de influencia que para ellos constituye el transmitirle a las autoridades administrativas las quejas de los electores. No es sino por intermedio de un diputado o de un senador que los administrados pueden acudir al Mediador. Los parlamentarios pueden además, someterle por iniciativa propia un asunto que les parece amerita su intervención.

III

Cabe reconocer que, con ocasión de su nacimiento, la nueva figura no recibió una acogida muy calurosa. Como muchas reformas administrativas, casi no encontró eco en la prensa y en los medios de difusión, de suerte que, al principio, pasó inadvertida para la masa de administrados. Entre los especialistas, ciertos admiradores del Ombudsman la juzgaron desilusionante; el Mediador, según ellos, era apenas una débil copia del modelo sueco, menos independiente y menos poderoso que aquél. Otros, convencidos de la excelencia del sistema tradicional francés, dudaban que una institución jurídica importada pudiera integrarse armónicamente en este sistema, y que pudiera, en todo caso, agregar algo a la protección de los ciudadanos contra la arbitrariedad administrativa. "El mejor Ombudsman es el Consejo de Estado": esta fórmula de un eminente jurista resumía una opinión ampliamente difundida.

Los diez años transcurridos a partir de su creación disiparon las reticencias iniciales; el Mediador pasó la prueba de su utilidad. Hoy es parte integrante del sistema francés, y nadie piensa en volver a cuestionar su existencia.

Resultó bueno que al principio la masa de administrados no fuera informada de las posibilidades que la nueva institución les ofrecía. De lo contrario, hubiera arriesgado ser sumergida por una ola de reclamos a los cuales no hubiera podido hacerle frente, al carecer de tiempo para definir sus métodos de trabajo, reclutar y formar el personal y hacerse conocer de sus administrados. Toda institución naciente tiene necesidad de un período de acomodo. Antes de encontrar su ritmo de crecimiento, tiene que descubrir por sí misma su equilibrio y los medios eficaces. Unicamente cuando llega a estar equipada, puede pretender ampliar su audiencia y hacerse conocer mejor del público. Así pasó con el Mediador; el esfuerzo de información amplísimo, que en el origen hubiera arriesgado acarrear una masa de demandas a las que no hubiera podido responder, se produjo progresivamente, de manera que hoy la institución ampliamente conocida por los administrados, ha podido llegar a organizarse de tal modo que hace frente a las demandas en plazos razonables: el Mediador dispone, además de sus colaboradores directos, de corresponsales en cada departamento, y de un interlocutor habitual en los diferentes Ministerios. En cuanto a las críticas de aquellos que dudaron de la independencia y de las posibilidades del Mediador, aquellas no resistieron a la experiencia. La personalidad de los tres Mediadores sucesivos ha sido ampliamente decisiva: el primero, *Antoine Pinay,* exministro, hombre de experiencia, tenía en la opinión pública reputación de sabio y un prestigio indiscutible: se retiró, por su avanzada edad, al cabo de un año, después de haber procedido a poner en marcha la institución, fortalecida por su autoridad moral. Sus sucesores, *Aimé Paquet* (1974-1980), y *Robert Fabre,* en función desde 1980, son ambos políticos conocidos por su competencia y por su ausencia de espíritu partidista. Es necesario agregar que

los gobiernos sucesivos han respetado escrupulosamente la regla que les prohíbe dar instrucciones al Mediador: su independencia ya no es cuestionada. Lo testimonia el hecho de que los parlamentarios que acuden a él pertenecen tanto a la oposición como a la mayoría. En cuanto a los poderes del Mediador, la ley de 24 de diciembre de 1976 los extendió, y la práctica ha dado una interpretación amplia de ellos: también ahí, la experiencia prueba que en la mayoría de los casos sus recomendaciones son aceptadas por la Administración respectiva.

Por otra parte, la objeción de quienes dudaban que el Mediador pudiera agregar algún aspecto en favor de la protección de los ciudadanos frente a la arbitrariedad administrativa, tal como aquella se ejercía por las jurisdicciones, esa objeción cayó por su propio peso. Cualesquiera que sean, en efecto, los indiscutibles méritos de la acción del juez, y especialmente del juez administrativo, ésta tiene sus debilidades y sus limitaciones.

Ante todo, el juez es el garante de la legalidad. Lo que provoca la sanción por parte de él, es el desajuste del acto administrativo a la regla de derecho. Ahora bien, la acción administrativa, en muchos casos, puede escapar a toda impugnación de ilegalidad y revelarse, en el terreno de la oportunidad, o de la equidad, desastrosa para el administrado. El viejo adagio latino, *"summun jus, summa injuria",* encontró eco en *la ley de 1976* que extendió los poderes del Mediador: ella no ha vacilado en afirmar que, en determinados casos, "la aplicación de disposiciones legislativas o reglamentarias conduce a una injusticia". Frente a tales injusticias legales, el juez está desarmado; pero el Mediador, por su parte, puede proponer "reglar en equidad la situación del requirente". Puede objetarse que el juez, aunque es ante todo el garante de la legalidad, puede también, por la aplicación de la responsabilidad administrativa, sancionar las conductas que, sin ser ilegales, constituyen faltas que generan daños: caso del retraso injustificado en la solución de un problema, del expediente que se extravía en el laberinto de las oficinas. Pero tales errores, frecuentes y por desgracia difíciles de evitar, si se toma en cuenta la complejidad de las reglamentaciones y de los circuitos burocráticos, dejan a sus víctimas desamparadas y desarmadas. Aun informados de la posibilidad de acudir al juez, dudan comprometerse en una acción cuya base, tomando en cuenta las reglas procesales, arriesga ser lenta, y de la que a menudo imaginan ser más costosos de lo que es en realidad.

Finalmente, el juez sólo tiene dos medios: la anulación del acto ilegal y la indemnización de la víctima. Ahora, en el caso que se acaba de mencionar —retrasos, complejidad de los circuitos, mala información—, lo que el administrado desea, no es una indemnización, ni una anulación; es una decisión sobre la demanda insatisfecha, un arreglo efectivo de su situación. Al no reconocer para sí mismo el poder de dirigir instancias a la Administración, el juez no puede responder a esta expectativa.

En todos estos puntos, la acción del Mediador llena las fallas que tiene la protección al administrado por parte del juez. Como se ha visto se le reconoce la posibilidad de hacer prevalecer más allá del derecho, y aún contra él, una solución impuesta por la equidad, lo que el Juez no podría hacer. Además, la solicitud al Mediador escapa a las reglas de forma y de plazo que rigen la materia contenciosa, y que a veces desestimulan al ciudadano, extraño al universo jurídico. La obligación de pasar por el intermediario parlamentario no es, desde este ángulo, un obstáculo; desde hace mucho tiempo el diputado es, en la sicología colectiva, el protector natural del ciudadano frente a la Administración, de modo que la regla impuesta por la ley no hace sino consagrar un reflejo natural. Por lo demás, el Mediador, en la práctica, cuando un particular acude directamente a él, y a su reclamo requiere una solución rápida, no vacila en comenzar a instruir el asunto aún antes de invitar al requiriente a regularizar su demanda por medio de un parlamentario.

Por último y sobre todo, el Mediador puede hacer aquello que le está prohibido al juez: proponer una solución práctica al litigio, procurarle al demandante la satisfacción concreta que éste espera. Claro está, el Consejo de Estado en los considerandos de una decisión anulatoria, puede seguir a la administración las vías que debe seguir para sustituir la decisión anulada por una legal. Pero usa raramente este procedimiento. El Mediador, por el contrario, entra en contacto con la autoridad competente y, antes de "recomendar", negocia para obtener la satisfacción debida al demandante.

Algunas cifras testimonian esta creciente inserción del Mediador en la vida administrativa francesa: en *1976*, el Mediador recibió 3197 reclamos; en 1980, la cifra se había más que duplicado (6410). Estos reclamos provienen, por otra parte, de todo el territorio y aún de regiones principalmente rurales. Del total de diputados de la sexta legislatura (marzo 1978-mayo 1981), sólo el 2.75% no ha solicitado nunca la intervención del Mediador, mientras el 97.25% han recurrido a él. De los 2.183 reclamos que el Mediador consideró fundados, sólo 237 no han sido satisfechos por la Administración, la cual dio solución favorable a 1.946 de ellas. Ultima cifra significativa: de 204 propuestas de reformas legislativas o reglamentarias presentadas ante los poderes públicos por el Mediador, desde la ley de 24 de diciembre de 1976, 83 han sido acogidas y 76 están en estudio.

IV

A esta altura de la exposición, surge necesariamente una pregunta desde la perspectiva del Congreso Internacional organizado por la República de Costa Rica, en qué medida la institución del Mediador concierne a la protección efectiva de los derechos humanos? Desde luego, está demostrado que ella puede proteger efectivamente contra los errores administrativos determinados derechos reconocidos a la persona humana por la legislación positiva. Pero estos derechos, propios de diversas categorías de administrados, merecen la calificación prestigiosa de "Derechos Humanos?".

Es un hecho que los textos relativos al Mediador no hacen de él, de manera formal y explícita, un protector de los Derechos Humanos y de las libertades públicas; y sin duda, una Administración que los desconociese "no funcionaría conforme a la función de servicio público que ella debe garantizar", según la fórmula de la ley que define el campo de acción del Mediador. Pero, cabe comprobar que, en la práctica, son muy escasos los reclamos que se refieren a un atentado contra los derechos y libertades fundamentales: los administrados se quejan, en la mayoría de los casos, de faltas administrativas aparentemente menores, pero que en su vida cotidiana adquieren gravedad a veces dramática: retraso en el arreglo de prestaciones sociales que les son debidas, rechazos injustificados de reconocerles su derecho a una pensión, órdenes de reintegrar una suma y cuyo motivo se les escapa, lentitudes en la respuesta a una solicitud que comprometen la ejecución de sus proyectos. En la estadística de expedientes recibidos, es digno de mención que el 21.16% —cerca de un cuarto—, concierne al Ministerio de Salud Pública y Seguridad Social, 20.75% a los servicios de finanzas, 15% a las pensiones.

De estas cifras podría concluirse que, si los quejosos solo excepcionalmente denuncian entre las faltas de las administraciones a "la misión de servicio público que ellas deben garantizar" unos atentados contra los derechos humanos y libertades fundamentales, quiere decir que esos atentados suceden excepcionalmente.

Conclusión que es demasiado optimista sin duda —en Francia, el respeto a los derechos humanos y libertades públicas, por parte de la Administración, aunque está mejor garantizado que en muchos países, todavía conoce excepciones— pero sobre todo esa conclusión es, a la vez, insuficiente, ya que, a pesar de las apariencias, es justamente la causa de los Derechos Humanos que sirve el Mediador, por muchos de sus aspectos, ya sea que se entre al terreno de las libertades públicas o al de los derechos económicos y sociales que la Declaración de Derechos Humanos consagró en 1948.

Para la Administración, existen dos maneras de atentar contra las libertades: una brutal y voluntaria, otra insidiosa y casi inconsciente. Como ejemplos de la primera, cabe citar las brutalidades policíacas, las prohibiciones abusivas de actividades lícitas, las discriminaciones fundadas en sexo o raza, el tomar en cuenta para la decisión, opiniones políticas o religiosas. Frente a abusos de tal gravedad, no hay lugar para "recomendar" o "negociar". Por lo demás, algunos abusos caen bajo el peso de la ley penal; otros están, al menos, viciados de ilegalidad. Por definición, se está, pues, en el dominio del juez, a quien la acción del Mediador orientada hacia la conciliación, no podría sustituir.

Pero la amenaza que la acción de la Administración hace pesar sobre la libertad toma otra forma más sutil y que no procede de una voluntad clara. La multiplicación de reglamentos que descienden cada vez más, sobre la vida cotidiana de los administradores —se trata de la circulación, el urbanismo, la protección del ambiente—, responde a necesidades, desde luego. Pero esto no obsta a que ella desemboque en un apoderamiento progresivo del espacio en el cual el hombre puede moverse, decidir, actuar libremente. La necesidad, antes de realizar un acto, de interrogarse sobre las precauciones que se deben tomar, para no exponerse a un rechazo administrativo o a una sanción, pesa sobre la decisión. Ahora bien, las administraciones, en Francia —pero lo comprobación no vale únicamente para Francia—, tienden, según la lógica burocrática, a multiplicar las formalidades, a ordenar los procedimientos en razón de necesidades propias y no de las de los ciudadanos, a dar más importancia al funcionamiento armónico de la maquinaria administrativa que a la calidad del producto en vista del cual ella ha sido construida, es decir, para el servicio de los administrados. Esta reducción progresiva del espacio de la libertad necesaria para el hombre se encuentra evidentemente agravada por los errores y las rigideces imputables al mal funcionamiento de la Administración. Luchando contra ellas, el Mediador sirve de modo indirecto, pero eficaz, a la causa de la libertad. Que él es plenamente consciente de este aspecto de su función, resulta del siguiente pasaje del noveno informe público del Mediador (p. 14). "Cómo humanizar la vida del ciudadano de 1982... el cual, para su reposo nocturno, se dedica a la redacción de su hoja de impuestos, de una declaración de enfermedad o de accidente, al cálculo de las reducciones sobre el salario, de las cotizaciones sociales, de las cargas locativas. Está condenado a utilizar una fracción de su tiempo libre en llenar gruesos expedientes para solicitar el permiso de construcción, para obtener su jubilación, su pensión de invalidez, su carta de antiguo combatiente, la reconstrucción de su carrera, la alocación de su alquiler, la prima para la creación de empleo, la prima para la inversión... Debe vigilar las fechas límites bajo pena de sufrir penalidades, debe jugar con cifras familiares u oscuras, no confundir la nota A.2044 sobre el papel azul con el anexo D.2049 sobre el papel verde...

Por tanto, "detectar las implicaciones inútiles, reducir los formularios, hacerlos comprensibles para el redactor poco letrado... evitar los reenvíos de una ventana a la otra, de un corresponsal telefónico a otro, antes de que el funcionario subalterno idóneo sea descubierto" acciones todas para las cuales el Mediador puede prevenir la reducción del espacio de libertad necesario para el ciudadano, tanto por la solución que él se esfuerza en aportar, casi siempre con éxito, a las dificultades individuales, que le son sometidas por las reformas simplificadoras cuya necesidad se le revela por esas dificultades, y que él propone al Gobierno y al legislador.

Si se examinan ahora, no las libertades, sino los derechos económicos y sociales, la acción del Mediador al servicio de ellos es todavía más

directa. En efecto, la satisfacción de esos derechos pasa por la creación y el buen funcionamiento de servicios públicos que tienen esa tarea: al derecho a la instrucción y a la cultura corresponden los servicios de la Educación Nacional, al derecho a la protección de la salud corresponden los servicios hospitalarios y aquellos de la Seguridad Social, etc. En estos dominios, los derechos humanos se concretan por el reconocimiento a los hombres "en situación", de derechos precisos definidos por los textos legislativos y reglamentarios, y oponibles a las administraciones competentes. Precisamente es para garantizar el respeto efectivo de estos derechos, y aún el rebasarlos si lo exige la equidad, que se solicita la intervención del Mediador en la mayoría de los casos. De tal manera su esfuerzo al servicio de los derechos de los hombres se incorpora directamente al combate por los Derechos Humanos. Este combate, no toma su sentido y su valor sino en la medida en que desciende de las esferas de la ideología y de los textos hacia el mundo, más humilde, de las realidades vividas cada día por los hombres, y sobre todo por los más débiles y desprovistos. Es sobre este terreno que se sitúa el Mediador, y esta comprobación basta para afirmar que, a pesar de las apariencias, le agrega a la protección de los derechos humanos un elemento que, antes de él, faltaba en el sistema francés.

V

Si fuera permitido responder a partir de la experiencia francesa, a las preocupaciones de los organizadores del Congreso, que proyectan la creación del Ombudsman en Costa Rica, las conclusiones que adelantaríamos serían las siguientes:

1º) La utilidad que, para la protección de los ciudadanos contra la arbitrariedad administrativa, tiene una institución del tipo "Ombudsman" o "Mediador", no ofrece duda, aun si la defensa de las libertades fundamentales y de los derechos humanos no figura expresamente entre sus atribuciones.

2º) Lejos de establecer una duplicación con la protección que de los derechos humanos efectúa el juez, la acción del Mediador la completa útilmente: por una parte, acudir al Mediador no presenta las dificultades procesales que pueden hacer dudar a los menos instruidos y los más vulnerables, de poner la justicia en movimiento; por la otra, el Mediador puede preparar, de acuerdo con la Administración, las soluciones prácticas que esperan los administrados y que no entran en la competencia del juez; por último, el poder que a él se le reconoce de proponer a las autoridades públicas las reformas simplificadoras cuya necesidad su experiencia le revela excede también las atribuciones normales de las jurisdicciones.

3º) La ausencia de un verdadero poder de decisión que se imponga a la Administración es característica de la institución tanto en Suecia como en Francia y en los países que se han inspirado en el prototipo sueco. *El Mediador dirige a la Administración recomendaciones, no órdenes.* De ahí la importancia de la selección de los hombres llamados a estas tareas: el verdadero resorte que da eficacia de sus intervenciones, es *su autoridad moral,* su reputación de independencia y de competencia. Ellos deben inspirar confianza a los administrados, gozar de estima y respeto por parte de las administraciones. El porvenir de la institución se juega sobre la base de la calidad de los que la tomen a su cargo.

4º) La experiencia francesa demuestra que el Mediador no tiene interés en presentarse como un adversario sistemático de la Administración. Si emprende un combate contra ella, sobre todo en los primeros tiempos, correría alto riesgo de no salir vencedor.

Para lograr éxito en sus recomendaciones, es necesario que convenza, a aquellos a quienes él se dirige, de que él es, no su enemigo, sino su aliado en un común esfuerzo de fidelidad a las razones de ser y a los fines que la ley asigna a todas las autoridades públicas: el servicio a los administrados.

5º) Una última observación se refiere a la forma de someterle los asuntos. Es necesario que esté desprovista de formalismos: una simple carta, una gestión verbal ante el Mediador, deben bastar; y desde tal punto de vista, la necesidad, común a Gran Bretaña y Francia, de pasar por la intermediación de un parlamentario, aunque se explica por el medio nacional, de ninguna manera tiene valor de ejemplo. El Mediador debe estar, ante todo, al servicio de los más débiles, de los más desvalidos frente a la complejidad de las administraciones; eso supone que el acceso hacia él se facilite al máximo. En su defecto, se convertiría en un engranaje administrativo suplementario.

París, 1º de diciembre de 1982.

EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD

(Concepto y Naturaleza)

Dr. Jorge Enrique Romero Pérez
Catedrático de la Facultad de Derecho
Universidad de Costa Rica.

SUMARIO:

SIGLAS MAS USADAS

RCJ	Revista de Ciencias Jurídicas
RJ	Revista Judicial
RCO	Revista Contraloría General de la República
UCR	Universidad de Costa Rica
RAP	Revista de Administración Pública
LAP	Ley General de la Administración Pública
LAFR	Ley de la Administración Financiera de la República
CT	Código Tributario
PL	Principio de Legalidad

RESUMEN

Ya en un anterior escrito (*La Ley de Administración Pública y el Principio de Legalidad;* San José, Revista Judicial, Nº 16, 1980), habíamos hecho algunas reflexiones sobre este importante principio o propósito del Congreso Internacional de Ciencias Administrativas, que se celebró en Madrid en este mismo año, en el cual presentamos ese trabajo como ponencia.

El enfoque en ese trabajo fue distinto al que hacemos aquí.

Lo que ahora nos interesa más que todo es el tratamiento técnico ius-administrativo de la legalidad, en su debido contexto del sistema político democrático y del Estado de Derecho. Asimismo recordamos que para que un acto de la Administración Pública se considere autorizado (principio de habilitación legal), se requiere la regulación previa de un mínimo (principio de legalidad; o, de *regulación mínima*) de tres de sus elementos constitutivos (como acto administrativo; el sujeto, el fin y el motivo o el contenido). Tal regulación debe darse por regla escrita o no escrita; precisa o imprecisa.

I. INTRODUCCION

En este trabajo se analizará el principio de legalidad, básico en la comprensión del Estado moderno y en la actuación de toda la Administración Pública.

Se trata del principio más irrespetado por los Estados y en ello la violación al entero ordenamiento jurídico.

De ahí su importancia: este principio es esencial para mantener el Estado de Derecho, y con él el sistema democrático, como expresión política del consenso entre los miembros de una sociedad.

II. ESTADO DE DERECHO

La tesis del Estado sujeto al *imperio de la ley,* tanto en sentido formal (norma emanada del Poder Legislativo) como en sentido material (norma jurídica propia del entero ordenamiento jurídico independientemente de su rango) implica parte del triunfo de la burguesía en la Revolución Francesa de 1789.

Ahora, la soberanía se ejerce por la ley, en su sentido amplio: guesa revolucionaria en esa época, como ideología insurgente que toma el poder.

Ya el soberano no es el Rey ni el derecho natural como telón de fondo justificador de la arbitrariedad de la nobleza.

Ahora, la soberanía se ejerce por la ley, en su sentido amplio; todo el ordenamiento jurídico. El llamado por Maurice Hauriou *el bloque de legalidad.* No se trata sólo de lo que dice *la ley formal.* Aquella producida por el Poder Legislativo, sino, por el entero *ordenamiento jurídico.*

ORDENAMIENTO JURIDICO:

Normas jurídicas escritas, de cualquier rango, más los principios generales de derecho.

Así el *principio de legalidad* no se refiere a lo que la ley escrita dice, sino a lo que el ordenamiento jurídico manifiesta o expresa. Por ello, es más propio hablar de *bloque de legalidad,* que de *principio de*

legalidad ya que algunos operadores del derecho público llegan a extremos de creer que ese principio atañe sólo a lo que la ley escrita dice, confundiendo tal principio con la lectura literal, gramatical del enunciado de la norma jurídica escrita.

Esto es más corriente de lo que se cree. Pero no por difundido el error deja de ser tal.

A ese *bloque de legalidad* se refiere el Artículo 7 de la Ley de Administración Pública (LAP):

> *Artículo 7. - 1.*—Las normas no escritas, como la costumbre, la jurisprudencia y los principios generales de derecho servirán para interpretar, integrar y delimitar el campo de aplicación del ordenamiento escrito y tendrán el rango de la norma que interpretan, integran o delimitan.

Tal es el sentido de la sumisión del Estado, como conjunto (incluyendo toda la Administración Pública: Poder Central, Poder Descentralizado —entes descentralizados, empresas públicas, municipalidades—) *al bloque de legalidad*(1), es decir, ese total conjunto de normas jurídicas escritas y no escritas.

Este aspecto es crucial dada la terquedad de algunos agentes públicos en usar el *principio de legalidad* como la *literalidad de las normas* o la interpretación gramatical o literal de lo que dicen las palabras que forman una norma escrita. Esta aberración interpretativa es fatal para el Estado de Derecho ya que en nombre de él violan sus bases y sus instituciones.

En cuanto al *Estado de Derecho,* cabe indicar que nace con la Revolución Francesa (1789), siendo sus principales elementos los siguientes:

a) *Sujeción del Estado al bloque de legalidad.*

b) *Posibilidad de llevar al Poder Judicial el Estado,* (subordinación de la Administración Pública a los Tribunales que administran el Derecho, lo cual dio lugar a la Jurisdicción Contencioso Administrativa).

Artículo 49 de la Constitución Política de 1949 (vigente):

Se establece la jurisdicción contencioso administrativo como atribución del Poder Judicial, con el objeto de garantizar la legalidad de la

(1) HAURIOU, Maurice, *Précis de droit administratif et de droit public* (París; Recueil Sirey, 1921, p. 52 y 53).

función administrativa del Estado, de sus instituciones y de toda otra entidad de derecho público.

Ya para 1966 (ley Nº 3667) se promulga la ley de la jurisdicción citada y se hace el esfuerzo por contar con los tribunales especializados respectivos.(2)

En estos momentos hay cuatro juzgados de esa materia y un tribunal superior que cuenta con dos secciones integradas por tres juzgadores cada una.

c) *Respeto a las libertades públicas* (derechos y garantías individuales, sociales y económicas, en su caso).

d) *Principio de reserva de ley,* por el cual ciertas materias son monopolio del Poder Legislativo, dentro de la tesis de los frenos y contrapesos de la teoría de Montesquieu.(3)

Esas materias fundamentales son:

i) *La propiedad privada de los medios de producción y de distribución,* como factor definitorio del sistema capitalista, que nace tanto con la Revolución Francesa (1789) y la inglesa (1688, Orange).

ii) *Las libertades públicas* (de comercio, empresa, pensamiento, etc.) fundamentales en el sistema capitalista para el libre trasiego de bienes y servicios.

iii) *Impuestos y actividad tributaria global.* A los burgueses en ascenso, en el siglo XVIII, les interesaba que toda la gestión de los tributos saliera de la esfera del Rey o del Poder Ejecutivo, *mutatis mutandis.* Será el Parlamento, controlado por la burguesía, el que decidirá lo relativo a la materia impositiva.

iv) *Servicios Públicos.* Será el Parlamento el que tendrá la potestad de crearlos y darle el régimen jurídico respectivo.

v) En general la *actividad económica,* que presenta la intervención incipiente al principio y luego cada vez más intensa, del Estado en el sistema económico.

El Poder Ejecutivo carecerá de potestades para planificar o interferir o intervenir en la economía, *salvo* cuando existe autorización legislativa expresa.

Tal es el marco esencial del *Estado de Derecho,* cuya concepción es burguesa, ya sea en la versión francesa o en la inglesa; de las revo-

(2) Cf. ROMERO, J. E., *Comentarios a la ley de la jurisdicción contencioso administrativo* (ponencia al Congreso de Derecho Administrativo, celebrado en Cartagena, Colombia, 1982).

(3) ALTHUSSER, Louis, *Montesquieu; la política y la historia* (Barcelona, Ariel, 1974. in toto).

luciones de la burguesía de cada país, y en sus peculiaridades concretas y específicas.

Ese *Estado de Derecho Burgués,* se ha presentado en dos versiones, al menos:

1) *El liberal,* individual o "político", y
2) *El intervencionista,* del bienestar, social o planificador.

Por supuesto, y ello debe valer como una *observación básica,* cual es la siguiente:

> El desarrollo del derecho administrativo va acorde con la evolución y los requerimientos del sistema económico, porque aquel derecho es la expresión jurídica de las relaciones de poder-libertad (imperium-gestión del particular) del Estado y los administrados, materializados en las relaciones mercantiles de la economía.

Esta *observación básica es de corte motodológico* y da lugar a un tratamiento por aparte que incide sobre la propia naturaleza del derecho administrativo en un sistema capitalista (que engloba tanto al Estado como la sociedad civil).

Esperamos desarrollar esta propuesta metodológica en un ulterior trabajo de investigación.

¿Qué implicación breve se puede dar acerca de la concepción de cada uno de esos tipos de Estado capitalista?

1) *Estado liberal (individual o "político") de Derecho.*

Se le llama así porque el resultado de las corrientes del liberalismo político y del económico era un Estado gendarme o policía, preocupado por el orden legal en la sociedad, poco interventor, y cuyas reglas de acción las fijaba la Carta Magna, que contenía las pautas contenidas en la constitución formal y con poco eco en la constitución real.

Ese *Estado liberal de Derecho* tiene su acta de nacimiento en los siguientes documentos, entre otros:

Ingleses: Carta Magna del Rey Juan (1215), habeas corpus amendment act (1679), bill of rigths (1689), act of settlement (1701) parliament act (1911); *de los Estados Unidos de América;* declaración de derechos —Virginia— 1776. Constitución Política, 1787; y los *franceses;* primeras constituciones políticas de derechos del hombre y del ciudadano, 1789.(4)

(4) SANCHEZ AGESTA, Luis, *Documentos constitucionales y textos políticos,* (Madrid, Editora Nacional, 1982). BURDEAU, Georges, *Derecho Constitucional e instituciones políticas,* (Madrid, Editora Nacional, 1981). GODECHOT, Jacques, *Les constitutions de la France depuis 1789,* (París, Garnier-Flammarion, 1970).

2) *El Estado intervencionista, del bienestar, social o planificador.*

A raíz de la Revolución Rusa (1917), las dos guerras mundiales (1914 y 1944, v. gr.) como de la crisis del sistema económico internacional (1929) el Estado intervino en la economía y en la sociedad para paliar los efectos de las crisis política y la económica.

Las medidas de intervención fueron muchas y variadas, constituyendo una revolución jurídica importante como lo fue en la economía la llamada *revolución keynesiana.*(5)

En nuestro país el gobierno de Calderón Guardia (1940-44) planteó reformas que le dieron al Estado costarricense el perfil que tendría definitivamente, después de 1949 y la Carta Magna respectiva.(6)

Tales reformas fueron, entre otras: La emisión del capítulo de garantías sociales en la Constitución Política, la promulgación del Código de Trabajo, la reapertura de la Universidad de Costa Rica, la creación de la Caja Costarricense de Seguro Social.

Ya no la corriente social cristiana de Calderón Guardia sino en la social demócrata de Rodrigo Facio Brenes, con el triunfo del Partido Liberación Nacional en 1953, con José Figueres a la cabeza (luego del impacto de las reformas establecidas en la Constitución Política de 1949), se instauran reformas intervencionistas en la economía y en la sociedad.(7)

Se trata de un Estado que ayuda a los capitalistas a socializar las pérdidas y a privatizar las garantías.

A partir de 1970, la maquinaria estatal se torna más agresiva en la intervención social y económica, con los gobiernos tanto de Figueres (1970-74) y de Oduber (1974-78), dando lugar al tema polémico del Estado-empresario y a la acción de la Corporación de Desarrollo S. A. (CODESA).(8)

(5) Cf. KEYNES, J. M., *Teoría General de la ocupación, el interés y el dinero,* (México, CFE., 1963).

(6) Entre nosotros, ORTIZ, Eduardo, *Costa Rica: Estado social de derecho,* San José, RCJ, Nº 29, 1976); y, nuestra tesis de graduación en la maestría de sociología *La quiebra del Estado liberal oligárquico y la descentralización administrativa de 1949,* (San José, sociología, UCR, Sep. 1983).

(7) Cr. RODRIGUEZ VEGA, Eugenio, *El pensamiento neoliberal;* TINOCO, Luis Demetrio, *El pensamiento social cristiano* (San José, Editorial Costa Rica, Biblioteca Patria, Nº 18, El pensamiento contemporáneo costarricense, 1980). Y, las *Obras,* en cuatro tomos que esa misma editorial publicó sobre el pensamiento de Rodrigo Facio.

(8) Nuestro trabajo sobre el Estado y la descentralización administrativa publicados en la RCJ Nos. 43, 49 y 50, San José. Tómese en cuenta el Decreto Ejecutivo Nº 16007-P-MEC del 1º de febrero de 1985 (Gaceta Nº 24, lunes 4 de febrero de 1985) por el cual se ejecuta la ley Nº 6811 del 10 de setiembre de 1982, para la venta, disolución y liquidación de las empresas de CODESA.

III. EL BLOQUE DE LEGALIDAD

El *Bloc Légal,* como expresó Hauriou, hace relación con todo el ordenamiento jurídico, tanto escrito como no escrito.

Como indica André De Laubadére, el ejercicio de la función administrativa está bajo el control del principio fundamental de la legalidad. Este principio es una limitación al poder administrativo.(9)

OBSERVACION: Para los efectos de este trabajo se debe entender por principio de legalidad, el bloque de legalidad, de tal suerte que las expresiones las usaremos en forma sinónima.

Por su parte García de Enterría nos informa que el principio de legalidad es un instrumento lanzado directamente contra el Estado absoluto; frente al ejercicio del poder arbitrario del Rey (en el Antiguo Régimen), se da el gobierno en virtud del ordenamiento jurídico. Se trata del ejercicio del poder en función de la protección de leyes de libertad, para la vida del grupo social. Todo el fin del estado se reduce en el derecho, con el objetivo de proteger la libertad de los administrados. Es un derecho para la libertad y en función de ella.(10)

El derecho y el Estado sujeto a él, es una construcción para garantizar la libertad del administrado; y se hace esa construcción mediante la forma política por excelencia; el Estado con su modalidad jurídica, el derecho administrativo. Esa racionalización del derecho, el Estado y la sociedad, la expresa muy bien el pensamiento de Max Weber, talento que detalló esa trama de libertad jurídica y política en el Estado de derecho burgués (11)

Lamentablemente, ese sentido original y primario se ha perdido, ahora el Estado y el derecho administrativo son instrumentalizados para violar las libertades públicas, para favorecer al *Leviathan* moderno y aniquilar la libertad en nombre del *imperium* del Estado.

El Estado de derecho burgués y el derecho administrativo que nacen con las Revoluciones francesa e inglesa surgen para la libertad del administrado.

Ahora se vive una dictadura encubierta en nombre de la soberanía de la ley.

---

(9) LAUBADERE, André de, *Traité elementaire de droit administratif* (París, LGDJ, T. I., p. 212, 1970).

(10) GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo, *Revolución Francesa y administración contemporánea,* (Madrid, Taurus, cuaderno 113, 1972, p. 9 a 19).

(11) Cf., nuestro estudio sobre *La sociología jurídica en Max Weber,* (San José, UCR, 2ª ed., 1980).

El derecho administrativo no está al servicio del administrado, sino bajo la instrumentalización del aparato estatal. Esta *inversión es corruptora* de las raíces del Estado de derecho burgués; propende a deslegitimar al Estado y al entero sistema político.

La juricidad bien puede ser solo formal (cumplidora de procedimientos), pero no protectora y sujeta a los principios orientadores del Estado de Derecho (aspecto sustancial y material).(12)

Bien lo expresa también García de Enterría, cuando afirma que la ley, en sentido genérico, ha pasado de ser una garantía de libertad y se ha convertido en un arma más del poder público. De ahí que la ley, puede ser una fachada que tapa cualquier cosa, como el nacismo, el fachismo o el comunismo.(13)

Se trata de una mera legalidad formal, que encubre una dictadura real o sustancial. Y así el Estado de derecho no es tal porque produzca leyes, sino porque se respete en la vida real, la libertad y la dignidad de los administrados, de las personas de carne y hueso. Todo lo demás es mera habladuría. Esa legalidad fachista, comunista o nazi, es falsa, porque viola los derechos y las libertades de las personas, no se respetan las libertades públicas ni los derechos humanos.

Se da una perversión del ordenamiento jurídico como indicó von Hippel.(14)

OBSERVACION: Cualquier dictadura es la negación del Estado de Derecho y la perversión del bloque de legalidad.

Ya se sabe que la legalidad burguesa, está garantizada *formalmente;* pero *sustancialmente,* la plutocracia niega esa legalidad y la igualdad ante la ley formal.

Además, del uso del Estado y del ordenamiento jurídico para violar las libertades públicas. Empero sigue siendo un desafío para las clases subalternas la lucha contra el abuso del poder público y por instaurar un Estado de Derecho efectivo.

En otras palabras, se está ante un reto democrático.

---

(12) GONZALEZ PEREZ, Jesús, *Administración Pública y Libertad* (México: UNAM, 11 J., 1971, p. 39 a 46).

(13) Cf. GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo, *La lucha contra las inmunidades del Poder,* (Madrid, Civitas, 1974, p. 79 a 82).

(14) F. VON HIPPEL, *Die Perversion von Rechtsordnungen.* Tubingen, 1955, cit. GARCIA DE ENTERRIA, idem, p. 80.

IV. EL CONTROL DE LEGALIDAD

El sistema administrativo, jurídicamente expuesto, parte de la suposición de que la actividad de la pública administración es conforme a Derecho.

OBSERVACION: Se supone la legalidad de la administración.

Lo que se pone en juego es la capacidad para efectuar el control de la legalidad administrativa, a cargo de los agentes públicos, operadores del derecho y jueces en sentido amplio.

Los conceptos que se pueden correlacionar aquí son: Legalidad, discrecionalidad, arbitrariedad y oportunidad.

a) *Legalidad*: Cumplimiento de la actividad administrativa con el ordenamiento jurídico.

b) *Discrecionalidad*: Actividad del Estado facultada por el Ordenamiento Jurídico. Como bien lo expresa Ortiz, la discrecionalidad consiste en la elección de los elementos no regulados del acto administrativo, según un criterio subjetivo e individualizado, pero jurídicamente aceptable, desde el punto de vista de su adaptación al fin. Ello implica dos operaciones importantes:

i) La ponderación de los intereses públicos en juego frente a una situación de hecho, para determinar el fin del acto y la forma mejor posible de satisfacerlos en relación con los demás intereses y eventualmente, para no hacer nada y abstenerse.

ii) La elección de una configuración determinada del motivo y/o del contenido del acto, dejados en blanco por la ley, como medios para lograr el fin perseguido, si se opta por actuar.(15)

Como la ley (en sentido amplio) no puede preverlo todo ni tener en cuenta todas las circunstancias (el principio de legalidad pensado en forma literal, estricta es *irreal*), la Administración queda facultada para actuar siempre dentro del marco del total ordenamiento jurídico, aplicando criterios de discrecionalidad.

Así, la discrecionalidad es la libertad —jurídicamente tutelada— del Estado (en sentido laxo) para determinar y decidir su conducta imperativa frente a otros sujetos en cuanto a los aspectos de esa conducta no regulados por la ley.(16)

c) *Arbitrariedad:* Se trata de la conducta del Estado (en sentido laxo) contraria a la ley, ya sea por desviación de poder o por *exceso de poder.*(17) Es decir, la actividad pública no cumple con los fines asignados, sino que se desvía de los mismos o va más allá de los facultados por el ordenamiento jurídico.

d) *Oportunidad:* Si la discrecionalidad es la libertad dejada a la Administración Pública de seleccionar y producir los elementos materiales del acto administrativo(18) que no han regulado ni la ley ni la jurisprudencia, la oportunidad es la adecuación del acto a su fin; es decir, la aptitud del acto para efectuar el fin legal que debe cumplir, en función de su motivo y/o de su contenido discrecional. Aplicando las reglas o criterios de la oportunidad, puntualiza Ortiz, se logra esa adecuación del motivo y/o del contenido discrecional al fin del acto. Tales criterios o reglas, también se conocen como pautas de la prudencia o de la *sana administración.* Ello conlleva *el deber* de buena administración.(19)

(15) ORTIZ, Eduardo, *Límites y contralor de la discrecionalidad administrativa en Costa Rica,* (San José, RJ. Nº 28, 1984, p. 12).

(16) ORTIZ, Eduardo, *Límites y contralor...* op cit., p. 11.

V. EL CONTROL SOBRE LA DISCRECIONALIDAD

Se tiende hacia un control más sustancial del poder discrecional por medio de: a) El control de los hechos determinados; b) Discrecionalidad y conceptos jurídicos indeterminados; c) El control por los principios generales del derecho.

El *control sobre el poder discrecional* no sólo se da mediante los elementos reglados del acto discrecional, por la finalidad de la actividad del Estado (como se vio anteriormente, apartado IV), sino también, y en forma más sustancial, mediante el control de los hechos determinados y por medio de los principios generales del derecho, además de la correlación entre discrecionalidad y conceptos jurídicos indeterminados.

a) *Control de los hechos determinados*

Se trata del control sobre los hechos reales (el factum propio de la realidad) sobre o a partir de los cuales, la Administración afirma su actuación o potestad discrecional. Se analizan los hechos de la realidad, los cuales son (en cuanto que efectivamente), se han producido, o no son (en cuanto a que no existen).

Los hechos de la realidad no pueden ser inventados por la Administración para darle fundamento a actos discrecionales.

(17) ENTRENA CUESTA, Rafael, *Curso de derecho administrativo,* (Madrid, Tecnos, T. I. 7ª ed. 1982, p. 159 a 161).

(18) Cf. Nuestro estudio sobre *El acto administrativo,* (San José, RCJ, Nº 45, 1981).

(19) Cf. ORTIZ, *Límites y contralor...,* op. cit., p. 18 a 21.

b) *Los conceptos jurídicos indeterminados*

(Buen padre de familia, interés público, utilidad pública, buena fe, uso natural de las cosas, sana administración, buenas costumbres, orden público, etc.) juegan como un mecanismo de control respecto de los actos discrecionales.

Esos conceptos están presentes en todo el derecho y sus correspondientes ramas. También en política existen (democracia, libertad, etc.) y en economía (soberanía del consumidor, leyes del mercado, etc.), por ejemplo.

Esos conceptos son esponjas o multívocos, en el sentido de que existe un deber de indagar acerca de su contenido en un contexto del discurso determinado. Si se habla de "utilidad pública" o de "orden público" hay que analizar el contexto en el cual usan esos conceptos. Si se habla de "buen padre de familia", se debe situar históricamente ese concepto (en Roma antigua, Alemania, Francia, etc.), para su entendimiento dentro de las coordenadas de espacio y de tiempo.

Cuando la Administración argumentó que actuó discrecionalmente por *"causa de utilidad pública"*, lo que procede es investigar acerca de si existió realmente esa *"utilidad pública"* o al contrario, si fue solo un argumento para darle cabida a la arbitrariedad del Estado.

El control mediante esos conceptos radica en el hecho de que el juez o el administrado puede comprobar si la argüida *"utilidad pública"* fue arbitraria o legalmente esgrimida por la Administración.

La discrecionalidad, legalmente amparada, implica que se debe hacer buen y legal uso de dichos conceptos. Es decir, actuar por razones de "orden público", cuando en la realidad se comprueba que ese "orden" está en peligro o desestabilizado (véase, entre otros *Orden público y conflictos sociales* de Gonzalo Diéguez, Pamplona, Universidad de Navarra, 1976).

c) *Principios generales de derecho*

Ejemplos de tales principios son: igualdad, libertad, equidad. Estos principios resumen las ideas jurídicas dominantes en una época y lugar determinados con la experiencia cotidiana que una sociedad dada tiene de ellos (véase el artículo de García de Enterría *Reflexiones sobre la ley y los principios generales del derecho,* Madrid, Revista de Administración Pública, Nº 40, 1963).

Sabiendo que el Ordenamiento Jurídico está formado por la "Ley escrita y por la no escrita" (cf. los artículos 7 y 8 de nuestra Ley de la Administración Pública), formando lo que se ha dado en llamar el "bloque de legalidad", tenemos que los principios generales de derecho integran ese bloque y ese ordenamiento. Forman parte de él. De este modo, el Juez pasa a ser un defensor del Ordenamiento Jurídico y no un mero aplicador de la letra de la Ley (aplicación mecánica y gramatical del texto de la norma jurídica).

La apelación (o el uso) a tales principios es fundamental en el derecho administrativo, de ahí el papel significativo de la jurisprudencia en defensa del Estado del Derecho y de la legalidad.

Se torna en vital el control de la discrecionalidad de la Administración, mediante dichos principios (sana administración, probidad en el uso de los fondos públicos, etc.) en manos del juez no sólo aplicando los principios de irracionalidad manifiesta, ilogilidad factual, proporcionalidad de los medios empleados a los fines establecidos, naturaleza de las cosas, sino también los de buena fe, ecuación financiera equitativa en los contratos administrativos, por ejemplo.

Los grandes principios de libertad e igualdad jurídica son entre otros, límites importantes a la citada discrecionalidad de la administración y gravitan esencialmente, frente a la arbitrariedad del Estado.

Así, con la ley escrita y la no escrita como límites a la discrecionalidad administrativa, se trata de imponerle al Estado el debido respeto a los valores, normas y principios básicos de carácter jurídico, que conforman el Ordenamiento Jurídico de un país.

VI. CONCLUSION

El Estado de Derecho, vital para la sociedad democrática, tiene como punto de apoyo esencial el principio de legalidad; y, en su mejor acepción: *el bloque de legalidad.* Mantener vivo el *bloque de legalidad* implica una lucha por la sociedad democrática tan amenazada por aquellos sedientos de golpear la institucionalidad del país desde sus atalayas de poder económico, informativo, político o de cualquier otra índole.

Hoy más que nunca la defensa de la democracia y de las libertades públicas significa la presencia de ciudadanos dispuestos a vivir por el derecho y a morir por él, si fuere necesario.

VII. BIBLIOGRAFIA DE REFERENCIA

ALTHUSSER, Louis, *Montesquieu: la política y la historia,* (Barcelona, Ariel, 1974).

BREWER-CARIAS, Allan, *Derecho Administrativo,* T. I. (Caracas, Universidad Central de Venezuela, 1981).

BURDEAU, Georges, *Derecho constitucional e instituciones políticas,* (Madrid, Editora Nacional, 1981).

ENTRENA CUESTA, Rafael, *Curso de Derecho Administrativo,* (Madrid, Tecnos, 1982, T. I.).

GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo, *Revolución Francesa y administración contemporánea,* (Madrid, Taurus, 1972); *La lucha contra las inmunidades del poder,* (Madrid, Civitas, 1974); *La administración española,* (Madrid, Editorial Alianza, 1972).

GODECHOT, Jacques, *Les constitucions de la France depuis 1789,* (París, Garnier-Flammarion, 1970).

GONZALEZ PEREZ, Jesús, *Administración pública y libertad,* (México, UNAM, 1971).

HAURIOU, Maurice, *Précis de droit administratif et de droit public,* (París, Recueil, Sirey, 1921).

KEYNES, John M., *Teoría general de la ocupación, el interés y el dinero,* (México, CFE, 1963).

LAUBADERE, André de, *Traité elementaire de droit administratif,* (París, LGDJ, 1970).

ORTIZ, Eduardo, *Costa Rica: Estado social de derecho,* (San José, RCJ, Nº 29, 1976). *Límites y contralor de discrecionalidad administrativa en Costa Rica,* (San José, RJ, Nº 28, 1984); *Propiedad y urbanismo en Costa Rica: evolución y perspectivas,* (San José, RC, Nº 30, 1981).

ROMERO PEREZ, Jorge Enrique, *La ley de administración pública y el principio de legalidad,* (San José, RJ, Nº 16, 1980); *Comentarios de la jurisdicción contencioso administrativa en Costa Rica,* (San José, Facultad de Derecho, 1982); *El acto administrativo,* (San José, RCJ, Nº 45, 1981); *La sociología del derecho en Max Weber,* (San José, UCR, 1980); *La quiebra del estado liberal oligárquico y la descentralización administrativa,* (San José, UCR, Tesis de maestría en sociología, 1983).

RODRIGUEZ VEGA, Eugenio, *El pensamiento liberal,* (San José, Editorial Costa Rica, 1980).

SANCHEZ AGESTA, Luis, *Documentos constitucionales y textos políticos,* (Madrid, Editora Nacional, 1982).

INDICE

INDICE