

16 ABR 2012

FACULTAD DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE COSTA RICA

Director y Editor

COMITÉ DE ENLACE

REVISTA
DE
CIENCIAS JURIDICAS

56

COMITE DE ENLACE

POR EL COLEGIO DE ABOGADOS:

Lic. Ricardo Vargas Hidalgo

Lic. Juan Diego Rojas Araya

POR LA FACULTAD DE DERECHO:

Dr. Bernardo Van Der Laat Echeverría (Decano)

Dr. Víctor Pérez

Dr. Rodrigo Barahona

Revista de Ciencias Jurídicas
Universidad de Costa Rica
Facultad de Derecho
Colegio de Abogados
Nº 56 - Cuatrimestral
Mayo - Agosto - 1986 - 160 págs.

I Derecho - Revistas

Hecho el depósito de Ley.

Impreso en Costa Rica.

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

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

ISSN
0034-7787

13 ABR 2015

Director y Editor

Dr. Jorge Enrique Romero Pérez

Escuela de Ciencias Jurídicas
 Universidad de Costa Rica
 Facultad de Derecho
 Colegio de Abogados
 N° 58 - Constitucional
 Mayo - Agosto - 1986 - 140 págs.

COMITE DE ENLACE

FOR EL COLEGIO DE ABOGADOS

Dr. Ricardo Vargas Jiménez

Dr. Juan Diego Rojas Araya

FOR LA FACULTAD DE DERECHO

Dr. Benigno Van Der Laan Estrella (Derecho)

Dr. Benigno Estrella

Dr. Benigno Estrella

Dr. Benigno Estrella

FACULTAD DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE COSTA RICA



COLEGIO DE ABOGADOS

REVISTA DE CIENCIAS JURIDICAS

56



SAN JOSE, COSTA RICA

MAYO — AGOSTO

1986





340-R.
No. 56 / 1986
REV156028

UNIVERSIDAD DE COSTA RICA
FACULTAD DE DERECHO

Libros y folios

"SALE POR B DIAS" COLEGIO DE ABOGADOS

Sistema de Bibliotecas - UCR



REV156028

CIENCIAS JURIDICAS



UNIVERSIDAD DE COSTA RICA

SECRETARIA - LEGAL

1986



UNIVERSIDAD DE DERECHO
BIBLIOTECA

JUNTA DIRECTIVA DEL
COLEGIO DE ABOGADOS

1987

Presidente:

Lic. Ricardo Vargas Hidalgo

Vicepresidente:

Lic. Hernán Vega Miranda

Secretario:

Lic. Erasmo Rojas Madrigal

Prosecretario:

Lic. Bernal Ulloa Flores

Fiscal:

Lic. Jorge E. Amador Madriz

Tesorero:

Lic. Mario Quintana Musmanni

Vocal 1:

Licda. Ifigenia Bustamante Guerrero

Vocal 2:

Lic. Rafael Valle Guzmán

Vocal 3:

Lic. Pedro J. Beirute Rodríguez

Vocal 4:

Lic. Juan Diego Rojas Araya

Vocal 5:

Licda. María E. Solera Flores

**AUTORIDADES
UNIVERSITARIAS**

Director Consejo Universitario:

Dr. Orlando Bravo

Rector:

Dr. Fernando Durán

Vice-Rectora de Docencia:

Licda. Jiannina Del Vecchio

Vice-Rector de Investigación:

Dr. Gabriel Macaya

Vice-Rector de Acción Social:

Ms. Sc. Oscar Fonseca

Vice-Rectora de Vida Estudiantil:

Licda. Rosa Isabel Blanco

Vice-Rector de Administración:

Dr. Alvaro Montoya Chaves

Decano Facultad de Derecho:

Dr. Bernardo Van Der Laat

Vice-Decana Facultad de Derecho:

Lic. Egenery Venegas Villegas

Director Instituto de Investigaciones Jurídicas:

Dr. Diego Baudrit Carrillo

Director Instituto de Estudios de Posgrado:

Dr. Luis Estrada Navas

Coordinador de la Comisión Editorial:

Ing. Mario Murillo Rodríguez

PRESENTACION

En este número se publican varios ensayos sobre temas diversos de la docencia, derecho laboral, internacional, civil y administrativo.

Esperamos que esta nueva edición de la revista llene su cometido dentro del ámbito de la cultura jurídica del país.

El director y editor



En este número se publican varios trabajos sobre temas diversos de la doctrina, derecho laboral, internacional, civil y administrativo.

Esperamos que esta nueva edición de la revista haya en adelante un gran éxito.

Dr. Gabriel Méndez

- Vicepresidente de Honor: Dr. Gabriel Méndez
- Vicepresidente de Honor: Dr. Alberto Martínez
- Vicepresidente de Honor: Dr. Fernando Van Der Lugt
- Vicepresidente de Honor: Lic. Egon von Vietinghoff
- Vicepresidente de Honor: Dr. Diego Benítez
- Vicepresidente de Honor: Dr. José María

DE LA FANTASIA CURRICULAR

y sobre algunas de sus precomprensiones tecnocráticas
 (Investigación y ejercicios estudiantiles: ¡no confundir!)

Enrique P. Haba
 Catedrático de la Facultad de Derecho
 Investigador honorario de la Alexander
 von Humboldt-Stiftung.

A LA MEMORIA DEL MAESTRO CONSTANTINO
 LASCARIS (Y LAMENTANDO QUE HAYA SIDO
 TAN POCO ESCUCHADO)



(*) Este artículo tiene como base una ponencia que el autor presentó al Congreso de la Facultad de Derecho celebrado recientemente en la Universidad de Chile en el marco de la Comisión de Investigación de la Facultad de Derecho. El artículo aborda temas relacionados con la formación profesional y el rol del abogado en la sociedad chilena.

340-R.
No 56/1986.
REV 156028



SUMARIO:*

- I. Usos confusionistas del lenguaje: investigación (en serio) e "investigaciones" (ejercicios estudiantiles).
- II. El autoengaño de las "investigaciones".
- III. Propuestas.
- IV. Digresiones: "paradigma del hormiguero", "teología de los nutrientes", "platonismo de las reglas".
- V. Cinco tipos de normas reglamentarias (sus respectivas condiciones y los alcances reales).
- VI. Efectos prácticos de los reglamentos universitarios: disposiciones preceptivas y exhortaciones; carácter contraproducente de las metodologías impuestas de modo coercitivo en la programación académica; acotación (sobre "democratización" en la enseñanza).
- VII. Conclusión.
- VIII. Addenda: 1. sobre cultura, administración e ideología; 2. sobre el investigador; 3. sobre la concepción "culinaria" de la metodología; 4. sobre polisemia.

(*) Este artículo tiene como base una ponencia que el autor presentó al Congreso de la Facultad de Derecho celebrado recientemente, mayo de 1986; fue elaborada en el marco de la Comisión de Investigación de dicho Congreso. El subtítulo ubicado entre paréntesis es el título que llevaba dicha ponencia. De esta provienen, con algunas correcciones que solo son de detalle, los tres primeros apartados (a los cuales se agregan aquí sus notas) y el Addendum 4 del apartado final. El resto —apartados del IV al VII, así como los Addenda 1, 2 y 3 del apartado VIII— no figuraba en aquella, si bien muchas de las observaciones que allí se presentaron fueron señaladas por el autor en reuniones de la mencionada Comisión. Aunque esa ponencia estuvo destinada simplemente a los trabajos del Congreso, hemos pensado que, pese a su carácter tan elemental y esquemático, tal vez pueda revestir algún interés darla a conocer, en forma ampliada, desde las páginas de esta Revista (cf. también *infra*, la Acotación final: n. 23).

La característica más sorprendente... es el contraste que existe entre su prurioso sistema teórico y su primitiva y desmañada aplicación práctica.

S. F. Nader

... la educación costarricense se declaró contraria al esfuerzo, a la disciplina, al estudio con la intensidad necesaria de materias fundamentales como el idioma, o integradas como las humanidades. Sufrió igualmente el conocimiento de las ciencias bajo los embates del PEDAGOGISMO (MAS IMPORTANTE EL METODO QUE EL CONOCIMIENTO), y de las preferencias por lo utilitario antes que por un sólido conocimiento de la teoría, sin la cual, por cierto, no hay aplicación posible.

Juan José Sobrado

Los criterios para la investigación científica VARIAN de un proyecto de investigación al próximo. Intentar discutirlos y fijarlos independientemente de la situación que se presume deben guiar ellos mismos, es algo tan necio como intentar construir un instrumento de medida sin saber lo que uno va a medir.

Paul Feyerabend

La palabra "investigación" se halla hoy en el dintel de su desintegración por abuso en su uso, aunque no ciertamente pedía Ortega que no se obligase a los estudiantes a jugar el HIPOCRITA papel de aprendices de investigadores... SON SEGUNDARIOS LOS PROBLEMAS DE PLANES Y PROGRAMAS. Juzgar una institución por sus programas es no juzgarla, sino enjuiciar unos papeles.

Constantino Láscaris

Es realmente extraño que los hombres sean, por lo general, insensibles a los más fuertes argumentos, mientras que siempre están inclinados a sobrealabar la exactitud de las mediciones

Max Born

... De lo contrario, se pasarán la vida dictando constantemente una multitud de reglamentos semejantes e introduciendo en ellos enmiendas y más enmiendas, en la creencia de que alcanzarán la perfección.

Platón (1)

(1) Nader: cf. *infra*, IV, en la Nota (a) de la Digresión 2, donde está la cita completa, la referencia bibliográfica respectiva. Juan José Sobrado: "El bastón de don Mauro", en el diario *La Nación* de Costa Rica, fecha 8.6.86, p. 15, col. 3. Born: cit. en Paul Feyerabend, *Tratado contra el método*, Tecnos, Madrid, 1981, p. 41, nota 56. Paul Feyerabend: *Adiós a la razón*, Tecnos, Madrid, 1984, p. 28-29, nota 14. Constantino Láscaris: *Palabras*, Editorial Costa Rica, San José, 1976, p. 135, 138 y 150-151. Platón: *La República*, Libro IV, sec. IV, 429e (trad. de Antonio Camarero, Eudeba, Buenos Aires, 1963). Las mayúsculas no pertenecen a los originales, [habiendo terminado ya de redactar el presente artículo, y hasta teniéndolo entregado a la imprenta, por azar vine a leer unos estudios de Láscaris

El nuevo o el novísimo —y acaso algún supernovísimo— currículo de la Facultad de Derecho tienen escasas posibilidades de éxito. Las razones de su obligado fracaso son varias. Aquí me detendré sobre todo en una de ellas^(1a), pero es de las más sintomáticas: el indiscriminado uso del término "investigación", raíz de decisivos traspiés tanto en la programación como en la práctica de la enseñanza.

El lenguaje es nuestro esclavo, pero también nuestro dueño. Esclavo, porque podemos hacer de él lo que queramos, usar las palabras como mejor nos venga en gana, darles cualquier sentido. Por ejemplo, se puede convenir en llamarle gato a un ratón, investigación a unos simples ejercicios estudiantiles, etc. Sin embargo, obrando de esta manera, en definitiva somos nosotros quienes resultamos *manejados* por (o mediante) ese lenguaje. Pues cuando utilizamos las expresiones lingüísticas en forma arbitraria, con ello solemos renunciar, también, a la facultad de *pensar* con justeza sobre las "cosas" a que esas palabras llegan a ser referidas: por ejemplo, podemos terminar perdiendo de vista diferencias entre el ratón y el gato, o imaginándonos que sabemos investigar por el hecho de realizar la actividad copiativa que nos permite cumplir con lo que el profesor pide presentarle.

que van —me parece— en dirección similar a ideas sostenidas aquí. Se trata de los ensayos que están en las págs. 127 y sigs. de su mencionado libro, especialmente dos de ellos: *La investigación* (p. 135 ss.) y *Educación General y Profesionalismo* (p. 143 ss.). Las reflexiones de Láscaris, que tienen más de veinte años, ponen de manifiesto que esos problemas no son nuevos en Costa Rica —aunque más bien deben de haberse ido agravando, de entonces a ahora, gracias a las renovadas "técnicas" curriculares—. Creo que, hoy más que nunca, la Universidad de Costa Rica no debería echar en saco roto lo que decía Láscaris, y algunos otros pedagogos poco "modernos"; aquellos que no se dejan engañar por el chisporroteo de unos pases de manga terminológicos ni confían en avestrueras recetas de tipo burocrático-reglamentarista. Pienso también, por ejemplo, en las siempre actuales observaciones de Carlos Vaz Ferreira sobre la cuestión de los exámenes, planes de estudios, etc.: cf., en la edición de sus *Obras*, los volúmenes titulados *Sobre la Enseñanza en Nuestro País* y *Lecciones sobre Pedagogía y Cuestiones de Enseñanza*, Homenaje de la Cámara de Representantes de la República Oriental del Uruguay, vols. XIII-XVI, Montevideo, 1963. Seguramente, Láscaris o Vaz Ferreira no podrían ser considerados "expertos curriculares" (¡cosa absurda, si las hay!: cf. las palabras de Feyerabend), pero... En fin, no solo porque Láscaris lo dijo antes, sino sobre todo porque lo dijo mejor, no he resistido la tentación de insertar, complementariamente, pasajes suyos que refuerzan la presentación de algunas tesis; aunque es claro que él no tiene ninguna responsabilidad por cuanto digo yo, y de más está agregar cuánto le recomiendo al lector que tome conocimiento directo de los citados estudios. Aproveché la ocasión, al revisar el artículo, para incorporar asimismo algunas citas de otros autores.]

(1a) En los apartados IV y sigs. me refiero también, de paso, a algunas otras de esas razones.

Mediante usos confusionistas del lenguaje es dable, sí, despistar a quienes nos escuchan, o ante todo a nosotros mismos. También, posiblemente, obtener aplausos. Los *hechos*, mientras tanto, sordos como son, siguen su propio camino, llamémosles como les llamemos. Podemos darnos el gusto de ponerle el nombre de "investigación" a esto o aquello, si emplear ese vocablo como refrán nos hace felices. Pero con ello no avanzamos un ápice en cuanto a saber, y mucho menos a *realizar*, lo que es propio del pensamiento científico. Al contrario: ¡cuanto más usemos así el término "investigación", *menos* idea tendremos de lo que es investigar (en serio)!

La palabra "investigación", como cualquier otra, tiene sentido(s) convencional(es). Entre sus significados de uso corriente, en Costa Rica, hay dos acepciones que importa distinguir del modo más tajante entre sí, pues señalan dos tipos de actividades cuyo contenido y proyección son *muy* distintos:

- (a) investigación *en sentido estricto*, propio (significado técnico del vocablo, tal cual es empleado en el discurso de las ciencias)⁽²⁾;
- (b) "investigaciones" *en sentido amplio*, impropio, significado vulgar (es algo que en líneas generales corresponde a unas actividades que, expresado de manera más precisa, cabría llamar, por ejemplo, "ejercicios estudiantiles").

La acepción (a) tiene poco o nada que ver con la (b), excepto en cuanto esta segunda pueda constituir, como cualquier otra actividad del aprendizaje, uno de los tantos elementos que *eventualmente* —esto es: solo para *algún* que *otro* estudiante— llegue a integrarse en la formación intelectual de aquellas pocas personas que terminen siendo investigadores.

La diferencia entre estos dos rubros es fundamental no perderla en ningún instante de vista, tanto para la pertinencia de lo que se

- (2) En tal sentido podría tomarse como guía, por ejemplo, una definición proporcionada por la Vicerrectoría de Investigación de la Universidad de Costa Rica: "Investigación es toda labor cuya ejecución tenga como objetivos la creación de *nuevos* conocimientos, el descubrimiento de *nuevos* hechos y el planteamiento de *nuevos* enfoques o conceptos en relación con el estudio y observación de determinados fenómenos científicos, tecnológicos y artísticos: la Vicerrectoría de Investigación podrá propiciar la adaptación *crítica* de conocimientos ya alcanzados y descubrimientos ya hechos, para la solución de problemas específicos de la realidad nacional, o la *integración metódica* de informaciones y conocimientos que puedan generar una *visión más completa* de la realidad" (*Normas para la Investigación en la Universidad de Costa Rica*, 1977; las cursivas son nuestras). "Por esto, ni una traducción, ni una adaptación, ni un comentario bibliográfico, ni una nota necrológica, ni una bibliografía, ni una estadística, ni una colección de ejercicios didácticos, ni un ensayo literario, ni un artículo como éste que ahora escribo, son investigación. Sólo es investigación aquel trabajo que aporte a los especialistas algo nuevo" (Láscaris, *loc. cit.*, p. 141).

diga a propósito de *investigación*, como por las indeseables secuelas prácticas que resultan de no tener eso presente. Las exigencias y las posibilidades de (a) y de (b) difieren *básicamente*, no menos en cuanto a sus contenidos que a sus eventuales protagonistas. Salvo casos excepcionales, *solo* (b) se encuentra al alcance de estudiantes⁽³⁾. Mas tampoco para la actividad (a) es posible lograr, en la práctica, que la lleven a cabo todos los profesores de la Facultad, y ni siquiera la mayoría de ellos. No hay manera de hacer investigadores por decreto, sea cual fuere la mayoría de la Asamblea de Facultad —o de cualquier otro órgano universitario— que aprobare reglamentos de esa índole. Se quiera o no se quiera, la investigación (a) será realizada solo por un *pequeño* número, el de aquellos profesores que tengan *espontánea* y firme vocación para abocarse a ella. Todo currículo que no reconozca tales límites fracasará irremediabilmente, por mejores que sean las intenciones de quienes lo redacten y de quienes lo aprueben. Podrán, desde luego, llamarle "investigación" a lo que sea, pero...

II

Las denominaciones pomposas son malos consejeros. Hacen desviar la vista de realidades incómodas, refugiarse en un mundo de simples palabras confortantes. Y la consecuencia es que, en definitiva, aquellas realidades se quedan tal cual... ¡o peor! Nada se gana con extender el término "investigación" (aunque suena bonito) al punto tal que, en la práctica, llega a significar más o menos lo mismo que copiar o hacer resúmenes.

- (3) Podría tal vez decirse que, al menos cuando hace su tesis de grado, el estudiante tendrá que realizar una verdadera *investigación*, aunque sea modesta. Sin embargo, y aun aceptando que debería ser así, lo cierto es que incluso en tal ocasión hay trabas burocráticas (cf. *infra*, n. 8 *in fine*) que sobre todo resultan aptas para entorpecer, y hasta pueden llegar a *prohibir*, la posibilidad de que la tesis sea hecha como *investigación en serio*. Por otro lado, se oye decir que la materia llamada *Sistemas de Investigación y de Razonamiento* estaría en el currículo de la Facultad para que, precisamente allí, los estudiantes aprendan a *investigar*, ¡ni más ni menos! Suposición tan extraña, la de que pueda existir algo así como un curso de cocina donde quienquiera se hará de las habilidades necesarias para preparar los menús-investigaciones que pida cada una de las materias de la carrera, sería poco menos que inexplicable si no fuera porque responde a unas ideas (preconcepciones) populares sobre el alcance de lo que se denomina "métodos" o "técnicas" del aprendizaje, y del conocimiento en general. Se los imagina bajo la forma de una especie de *recetario*, cuyo empleo estaría dotado de eficacia automática: como si ENTENDER, PENSAR, PRODUCIR intelectualmente, fuera cuestión de memorizar (y luego aplicar tal cual) unas fórmulas-métodos, las "recetas", que a modo de Sésamoabrete servirían para todas las investigaciones, o "investigaciones", que en el futuro puedan proponerse a los reflejos investigatorios —allí adquiridos— del estudiante. "En una universidad extranjera se llegó a decir a un estudiante de historia del arte: no está Ud. aquí para pensar, sino para investigar..." (Theodor W. Adorno, *Intervenciones*, Monte Avila, Caracas, 1969, p. 51). Cf. también *infra*, VIII, el Addendum 3.

Emplearlo para calificar actividades del tipo (b) apunta al autoengaño. Si nos quedamos sin ninguna palabra propia para designar *específicamente* lo que es (a), cualquier día de estos terminamos por olvidarnos de que ello existe, y que no es lo mismo que coleccionar fichas, etc. Si a todo le damos el mismo nombre, si empobrecemos nuestro lenguaje de manera que ya no esté más en condiciones de distinguir entre unos ejercicios estudiantiles y los trabajos que son capaces de aportar algo al *corpus* mismo de las CIENCIAS, entonces no será extraño que, al fin y al cabo, la "ciencia" que enseñe la Facultad no sea mucho más que esas "investigaciones" (b), tan abundantes como intrascendentes. Donde nuestro lenguaje pierde la facultad de distinguir, ella suele escaparse también al entendimiento⁽⁴⁾.

Conclusión.— Está bien que, en la medida en que cada profesor lo estime adecuado y materialmente posible, someta a sus estudiantes a la práctica de *ejercicios* durante el curso, sea en clase o domiciliarios, y sean de unos u otros tipos. Pero, ¿por qué mezclar este asunto con el de la *investigación* (en sentido propio)?

Acotación.—El hecho mismo de que haya llegado a constituirse una Comisión como la presente [cf. *supra*, p. 12: (*)], originada en una mera

- (4) Bien mirado, el hecho de *cubrir* con la palabra "investigación" unas actividades como las que se llevan a cabo, en la práctica, cuando esa etiqueta se usa para nombrar ejercicios estudiantiles, no es sino otro ejemplo más del conocido truco lingüístico que se llama, técnicamente, el empleo de *definiciones persuasivas*. Cf. el clásico libro de Charles L. Stevenson sobre estos expedientes retóricos —de los cuales, como es natural, puede que no tengan clara conciencia quienes los utilizan—: *Ética y lenguaje*, Paidós, Buenos Aires, 1971. (Empleo el término "cubrir" de acuerdo con su sentido castellano; no, desde luego, según la corrupción idiomática que soporta en la jerga de los periodistas, donde significa todo lo contrario.) También al uso de la palabra *Cátedra*, para mencionar otro ejemplo, suele recurrirse con cierta "persuasividad": en vez de utilizarla con el fin de referirse a actividades propiamente científicas de los profesores, ese nombre se le brinda sobre todo a menesteres como el de colectivizar exámenes, tareas que nada aportan al *corpus* de la respectiva materia ni tampoco al saber académico de los propios profesores (cf. también *infra*, la Digresión 1 *in fine* del apartado IV). El término *profesor* ha corrido un destino análogo: "No es secreto para nadie que hoy los nombres no responden a los niveles. Y una Universidad elementalizada es un fraude, porque ni es académica, ni puede mantener el pulso de los niveles inferiores. Por otra parte, los niveles inferiores se han 'acomplejado' y muchas veces pretenden copiar las formas aparentes de los superiores. Si, por extraño que parezca, hay hoy una palabra desacreditada, lo es la de 'maestro', y son ya muchos los países en que los maestros no quieren llamarse maestros sino 'profesores' [y así se hacen llamar también los docentes de la enseñanza secundaria, y hasta los de escuelas comerciales privadas, etc.], cuando el mayor orgullo de un profesor universitario es que lleguen algún día a llamarle maestro" (Láscaris, *loc. cit.*, p. 150). En una palabra, a las cosas "se le han dado nombres de prestigio, pero vaciándolos lentamente de contenido" (*ibid.*, p. 149).

homonimia (empleo indiscriminado de la palabra "investigación"), puede ilustrar sobre lo poco inocentes que resultan ciertos usos irreflexivos del lenguaje. Es como si, por ejemplo, dado que se le llama "coma" tanto al signo ortográfico de ese nombre como asimismo a la aureola de un cometa (cf. *infra*, VIII: el Addendum 4), se integrara una Comisión de científicos... ¡para estudiar todo eso *junto*! Con algún grado de exageración, podría decirse que la falta de realismo que desborda en los nuevos currículos proviene básicamente de confusiones análogas, enhebradas en torno a la polisemia del vocablo "investigación". [Mas también obran allí, desde luego, otros ingredientes: cf. *infra*, IV.]

III

Propuestas (presentadas al Congreso).—

(A) En cuanto a los ejercicios estudiantiles:

— Cada profesor decidirá qué ejercicios convienen para la enseñanza que él imparte, si le parece oportuno hacerlos. Cuando a ese respecto hay coincidencia de puntos de vista entre los miembros de una cátedra, esta podrá establecer criterios generales para su propia labor. (Es tan absurdo como contraproducente pretender imponer criterios generales aplicables a la *totalidad* de las cátedras. Con ello, lo único que se consigue es rebajar el nivel de la enseñanza; no hay peor profesor que aquel a quien le obligan a aplicar formas de enseñanza en las que no cree. Por lo demás, *no* existen métodos generales para estas cuestiones: cf. la cita de Feyerabend, en el epígrafe.)

(5) De ahí que, en la Comisión antes mencionada [*supra*, nota inicial: (*)], me pareció oportuno sugerir: "Creo que, para evitar las confusiones corrientes, esta Comisión debería empezar por dar el ejemplo. Por eso propongo que lleve adelante sus trabajos ateniéndose a una de las dos soluciones siguientes: ocuparse solo de cuestiones relativas a la investigación *propriadamente dicha*, o sea, de las condiciones y maneras para alentar a que esta la lleven adelante aquellos profesores que deseen realizarla; o bien, si la Comisión tiene que ocuparse también de cuestiones relativas a los ejercicios estudiantiles, asunto que no tiene prácticamente nada que ver con el primero, entonces lo más aconsejable sería subdividirla en dos grupos autónomos, uno para lo concerniente a la investigación (a) y otro para considerar las "investigaciones" (b), de modo que no haya interferencias ni confusiones entre dos objetos de examen tan distintos —y cada una de estas dos subcomisiones rendiría su propio informe, sin necesidad alguna de perder tiempo en buscar alguna coordinación con la otra—. Si bien tal propuesta se aceptó (la segunda de las soluciones) en el seno de dicha Comisión, no parece que el punto haya llegado a tematizarse, en cambio, en las demás Comisiones. Fue así que luego, en el Congreso, aquella confusión de principio no consiguió ser superada.

— El Area de Docencia aconsejará a los profesores evitar cuidadosamente el uso del término "investigación" para denominar los trabajos que durante los cursos puedan serle asignados a los estudiantes. Ello a fin, en primer lugar, de no brindarle a estos el mal ejemplo de un uso poco atento —y anticientífico— del idioma, pero sobre todo para prevenir que se formen una idea equivocada sobre lo que es *investigar* (en serio)⁽⁶⁾.

(B) En cuanto a la investigación (propriadamente dicha):

— Se tomará en cuenta, para estos efectos, solo a profesores que *espontáneamente* se ofrezcan a efectuar investigaciones⁽⁷⁾.

(6) Nótese que la propuesta dice "aconsejará". Significa que en modo alguno se trata de *prohibirle* a los profesores que, si entre ellos continúa habiendo quienes prefieran hacerlo así, le sigan llamando "investigación" a ejercicios estudiantiles, o a lo que sea. Téngase presente que, no solo porque todas las propuestas recogidas en este apartado procuran evitar aplicaciones del "paradigma del hormiguero" (*infra*, IV: Digresión 1), sino ante todo porque no me imagino qué buenos niveles de enseñanza puedan lograrse *contra* la voluntad de los profesores (*infra*, V y VI), sería absurdo interpretar cualquiera de estas propuestas como modelo de unas reglamentaciones que "obliguen" a enseñar de tal o cual manera. Como dice Láscaris: "Lo malo es que cuando no se hace confianza al profesorado, el profesorado se demerita" (*loc. cit.*, p. 170). Y esa necesidad de "confianza" es, más aún, requisito indispensable para la actividad científica *en general*: "no creo que los charlatanes puedan ser execrados solo con estrechar las reglas. 'Charlatanes' han existido en todos los tiempos y en las profesiones más rígidamente cohesionadas. Algunos de los ejemplos que Lakatos menciona ... parecen indicar que el problema es producido por el exceso de control y no por su escasez" (Feyerabend, *Tratado...*, p. 210 —cursiva nuestra—). [La propuesta a que se refiere esta nota no integró la ponencia original, por lo cual no llegó a ser sometida al Congreso. Lamento haber olvidado formularla entonces, pues si bien no creo que se aprobara, al menos hubiera permitido poner "el dedo en la llaga" de modo más nítido, al discutirse allí dicha ponencia.]

(7) Respecto a tal propuesta, en el Congreso alguien señaló que es superflua, pues como Proyectos de Investigación de la Facultad no se inscriben sino aquellos que los profesores presenten por iniciativa propia, si son aceptados por el Instituto de Investigaciones Jurídicas. Respondí: se trata de otra cosa; lo de "espontáneamente", subrayado en la formulación, intenta salirle al paso, de antemano, a la eventualidad de que pudiera llegar a aprobarse un reglamento donde se establezca que los profesores deben efectuar *obligatoriamente*, del mismo modo que los estudiantes, alguna especie de "investigaciones", aunque no se trate del específico tipo de Proyectos que se inscriben como tales en el Instituto y en la Vicerrectoría de Investigación. Y visto el hondo arraigo de que disfruta "el paradigma del hormiguero" —+ "el platonismo de las reglas", etc.—, semejante posibilidad no resulta, créase o no, demasiado inalcanzable para cuanto la fantasía programadora es capaz de llegar a hacer entrar en unos reglamentos.

— Se tratará de reducir, en todo aquello que la Vicerrectoría de Investigación no impida hacerlo, las actuales complicaciones burocráticas (reglamentarias), pues no sirven sino para desalentar a quienes se proponen investigar *en serio*⁽⁸⁾.

— Se reducirá al máximo la carga académica de los investigadores y se les asignará preferentemente cursos de posgrado⁽⁹⁾.

— Las investigaciones serán publicadas, ya sea en ediciones independientes (aunque fueren de escaso tiraje) o en la Revista de la Facultad; para esto último, habría que conseguir que dicha Revista amplíe su número de páginas⁽¹⁰⁾.

- (8) A estas "complicaciones" (cronogramas entorpecedores, informes superfluos, etc.) se refirieron también otros participantes del Congreso. Se hizo notar que algunos de los más destacados profesores de la Facultad han preferido, por lo desalentadores que tales requisitos resultan para quien desee investigar *en serio*, realizar sus propias investigaciones sin "contabilizarlas" oficialmente como tales. Y en el *haber* de la administración de la Facultad hay que anotar, eso sí, que no se les haya impedido disponer del tiempo para efectuarlas. [Por lo demás, a obstáculos provenientes de ordenaciones burocráticas se enfrentan asimismo —pero sin que en esto tenga nada que ver la mencionada Vicerrectoría— los estudiantes que deseen profundizar su tema al elaborar la tesis de grado. También ellos están sometidos, en esa ocasión, a restricciones reglamentarias que les coartan la posibilidad de rendir al máximo en la preparación de ese trabajo, suponiendo que quieran y estén capacitados para hacerlo así. Por ejemplo, se les imponen plazos estrictos y relativamente breves a que deben ajustar la confección de este (ni más ni menos que en las investigaciones pagadas por cualquier institución burocrática). La consecuencia es que, *de hecho*, se les PROHIBE investigar más a fondo, ser más exigentes consigo mismos, hacer que la tesis sea *mejor*, aun en el caso de que tanto el director de ella como el estudiante concuerden en que sería aconsejable dedicarle más tiempo. En definitiva, resultan OBLIGADOS a presentar un trabajo INFERIOR al que desearían y podrían realizar si se les permitiera desarrollarlo sin tales trabas. En vez de alentarlos a que investiguen MAS, por reglamento *se les obliga a trabajar MENOS escrupulosamente* en el estudio y presentación de su tema... ¡Como si investigar fuera cuestión de marcar buen tiempo en carreras contra reloj!]
- (9) Se efectuó la observación de que el Posgrado de Derecho, al absorber buena parte de los mejores profesores de la Facultad, dejaba prácticamente "desmantelada" su Licenciatura. Sin embargo, como la propuesta dice *preferentemente*, esto puede interpretarse así, por ejemplo: que a dichos profesores se les asigne un curso de posgrado y uno de licenciatura, cuando son de tiempo completo (que es el caso más habitual).
- (10) Esto dependería, por supuesto, de la voluntad del Colegio de Abogados y de ciertas instancias de la Universidad de Costa Rica, como fuentes de financiación de la Revista. También en este caso, pues, lo decisivo no es la formulación de reglamentos muy detallistas, de "métodos" para llegar a la publicación, sino de algo mucho más sencillo (desde el punto de vista literario): asegurar las condiciones *básicas* —la "infraestructura", para decirlo a la moda—. Aun cuando, naturalmente, tampoco esto garantiza la excelencia de los resultados, en todo caso los sustrae del campo de lo imposible o de lo demasiado improbable.

— Los profesores podrán utilizar el resultado de sus investigaciones personales en los cursos y evaluar a los estudiantes teniendo en cuenta dicha materia impartida, aunque los restantes profesores de la cátedra respectiva no incluyan tales temas en sus propias lecciones.

Nota.—

La última propuesta plantea, sin duda, ciertas dificultades. Hay materias de la licenciatura respecto a las cuales es indispensable impartir a los estudiantes un *corpus* mínimo de conocimientos elementales para el futuro desempeño profesional. No es aconsejable, en efecto, legitimar la posibilidad de recortar tales sectores del programa de dichas materias. Sin embargo, aun en estas, se podría dejar alguna parte libre —mayor o menor, según los casos— para que sobre sus contenidos decida cada profesor. Importa tener en cuenta que, como lo señaló la Lic. Elizabeth Odio B. en el Congreso, el programa de una materia nunca consistirá en enseñar *todo* lo que esta contiene, y ni siquiera todo lo más importante, sino que los programas deben ser antes bien *formativos* que *informativos*. Han de suministrar información, en buena parte, cosa que nadie discute; pero sin olvidar que ella no puede sino ser muy insuficiente, por razones de tiempo, y de ahí que la mejor solución sea poner sobre todo el énfasis en hacer ver los principios fundamentales de *algunos* institutos básicos. Ahora, puesto que tanto la selección de esos institutos como inclusive la de los principios básicos ofrece siempre márgenes de elasticidad y coloca ante necesidades de *optar*, allí podrían entrar a jugar las posibilidades de elección, dejándolas libradas al criterio de cada profesor: que unos pongan acento en cosas que no tratan sus colegas de cátedra (por ejemplo, si aquellos han efectuado investigaciones propias sobre tales o cuales puntos).

Por otro lado, no hay que olvidar que también existen materias (no todas) cuyos programas pueden ser más laxos o variados que los de otras, o donde incluso se puede prescindir de someterlas a algún programa fijo: "Ya he dicho y escrito muchas veces que soy escéptico integral de los programas. Por lo mismo, repetiré ahora que no creo que haya un 'programa' que resuelva este nudo gordiano. Es más, creo que todos los programas pueden servir..." (Láscaris, *loc. cit.*, p. 168). Para materias como Filosofía del Derecho, por ejemplo, hasta podría decirse que, "más aún, creo que no hace falta, en el fondo, programa alguno" (*ibid.*). Claro que lo de Filosofía del Derecho no tiene por qué ser aplicable de igual manera a tales o cuales otras materias del currículo de la Facultad. ¡Y de *eso* se trata, justamente!: de comprender que no hay *ningún* tipo de programación aplicable (con sensatez) a *todas* las materias de la carrera.

En fin, lo importante no es el programa. Mucho menos, su uniformización. Lo que vale no es sino aquello que el profesor consiga hacer "germinar" *efectivamente* en el espíritu de los alumnos. Pero esto depende, antes que nada, de cuanto pueda "germinar" en la cabeza del profesor *mismo* (sobre todo, si le surge como resultado de sus investigaciones personales). La verdadera enseñanza no consiste en provocar la memorización de un recetario de "bloques", sino en comunicar a los alumnos un saber que está *en movimiento*; y sobre esto, nadie puede dar mejor testimonio que alguien que participa en ese "movimiento", o sea, cuando el profesor pueda transmitir sobre sus *propias* investigaciones. "El profesor que da a sus alumnos un saber 'hecho' está preparando curanderos, pero no universitarios, y por desgracia los curanderos, los falsos sabios, abundan en todos los campos. La culminación de una carrera universitaria se da, no cuando un estudiante *se sabe* unas asignaturas, sino cuando ha llegado a ser capaz de pensar desde la ciencia ante un problema nuevo. Y más: cuando arde en deseos de enfrentarse con casos nuevos, que no



sean una simple reiteración de los que en clases prácticas se vio. En general, las universidades se salvan porque los jóvenes exigen de sus profesores más de lo que estos dan. Y pobre Universidad aquella en que sus alumnos se limiten a seguir las clases" (Láscaris, *loc. cit.*, p. 138-139). Cf. también *infra*, la Digresión 1 del apartado IV.

En materia de investigación no hay medidas coercitivas que puedan tener efectos favorables —quien investiga por mandato o para obtener provecho económico, lo más probable es que produzca adefesios—; por tanto, las medidas aquí propuestas no son sino de tipo *alentatorio*, y además se limitan a señalar cosas que sean a la vez precisas y viables. [En los apartados V y VI se agregan algunas observaciones sobre por qué es absurdo pretender impulsar tales actividades mediante la imposición de reglas que las hagan "obligatorias". Cf. también *supra*, n. 6.]

IV

Digresión 1: sobre el "paradigma del hormiguero".—

Aunque debería causar asombro (pero no lo causa), lo más común es que, al establecer reglamentaciones curriculares de carácter general, sus autores omitan tomar en cuenta algunas circunstancias de lo más elementales. Entre otras, los límites de sus conocimientos personales. Así, por ejemplo, el profesor de la materia X está convencido de que conoce tanto sobre todas las *otras* materias como para saber, a ciencia cierta, cuál ha de ser el mejor régimen aplicable no menos a estas que a aquella. Con la mayor tranquilidad —e inocencia— del mundo, dicta pautas pedagógicas para los profesores de cualesquiera *otras* disciplinas, sin que por el pensamiento se le cruce la sombra de una duda acerca de si él tendrá conocimientos que lo habiliten a decidir sobre especialidades que no son la suya propia ^(10a). El razonamiento es sencí-

(10a) También para las comisiones de currículo, no menos que en otras instancias administrativas, a menudo resulta cierta la observación de Adorno en cuanto a que les "corresponde la reprochable ingenuidad de la administración como creencia —a quien Dios da un cargo, le da también razón—" (p. 93, *loc. cit. infra*, en los Addenda 1 del apartado VIII). Pues si sus miembros tomaran conciencia de las inevitables limitaciones de su "razón", al menos para programar materias que no son las propias, más bien tendrían que llegar a una conclusión como la siguiente: "La administración que quiere hacer lo que le compete, tiene que renunciar a sí misma..." (*ibid.*, p. 93-94). Particularmente respecto a ciertas instancias administrativas, o a ciertas funciones suyas —supuesto que deban existir—, podría decirse que, en efecto, los titulares de esas funciones actúan tanto mejor cuanto menos se hagan notar. (Considérese, por ejemplo, los perjuicios a la enseñanza que puede llegar a causar un bien intencionado Calvino desde el Área de Docencia. [Pero no es el caso, afortunadamente, del actual Director de dicha Área en la Facultad, quien se ha caracterizado antes bien por una encomiable prudencia en el desempeño del cargo.]

llo: como yo sé (o creo saber) lo que conviene para *mi* materia; y como es indispensable que se proceda *igual* en *todas* las materias; entonces, a mí me basta con ser un entendido en *una* (o unas pocas) materia(s), para saber lo que debe hacer *cualquier* profesor en *cualquier* materia.

Esta formidable sobrevaloración en que los programadores incurren respecto a las proyecciones de sus propios saberes, y también su ingenua creencia general en el topoderío de la razón planificadora, en el fondo no son otra cosa que el resultado de una serie de precomprensiones, tan comunes como poco reflexionadas, que conforman un síndrome ideológico muy arraigado. Ese nudo de precomprensiones habituales, que para muchos no es solo incuestionado sino incuestionable, podemos denominarlo "el paradigma del hormiguero", para hacer gráfica su orientación central. Aplicado a la enseñanza, se traduce en el lema de forzarla a que sea lo más *igual* y rutinaria posible, tanto en el nivel de lo que hagan en sus cursos los profesores como de lo que allí reciban los alumnos. La palabra de orden es: ¡TODOS! (sea lo que sea) ^(10b). Pensamiento básico que da origen, a su vez, a consecuencias como estas [*vid.* también, al respecto, las dos Digresiones siguientes]:

- fetichismo de las cuantificaciones (irreflexiva numerolatría, una pedagogía de los "numeritos" —basada en la "teología de la computación"—: confundir la evaluación de conocimientos académicos, y en general la "objetividad", con la asignación de cifras y el cálculo de promedios; programación de exámenes masivos —tipo Auditorio— y lo más estandarizados posible; etcétera);
- concepción burocrática de la planificación curricular (confundir la enseñanza con la organización de una carrera ciclística —sujeción a unos artificiales cronogramas, idolatría de los porcentajes, etc.— o de la producción de unos artículos en serie; promover la inflación reglamentarista —"platonismo de las reglas"— y la multiplicación de requisitos administrativos formales; etcétera) ^(10c);
- santificación del "orden" y del "método" (vale decir: de la igualdad, la regularidad y la previsibilidad), *por encima de todo*; etcétera ⁽¹¹⁾.

En definitiva, se trata de una de las dos grandes tomas de partido posibles respecto a una añeja disputa, tan insuperable hoy como siempre: la ineludible antinomia entre realizar calidad (algunos) o realizar igual-

(10b) Esto tiene directamente que ver, desde luego, con la demagógica ideología de la llamada *democratización* en la enseñanza: cf. *infra*, VI *in fine*, la Acotación allí ubicada.

(10c) "Una [actitud de espíritu], absurda, es la de procurar, o creer, que las formas superiores y creadoras de la cultura hayan de surgir de golpe, artificialmente, por leyes y medidas administrativas..." (Vaz Ferreira, vol. XV [*loc. cit.* en la n. 1], p. 90).

(11) "Ordnung ist heutzutage meistens dort, / wo nichts ist. / Es ist eine Mangelscheinung" [Orden existe, hoy día, por lo general allí donde nada

dad (todos), en cuanto a los rendimientos del espíritu humano. Para cuestiones relativas a la organización de la enseñanza, esa antinomia significa enfrentar y decidir opciones inevitables entre impulsar preferentemente la mediocridad o la superación intelectual, tanto respecto a la actividad de los profesores como a los niveles de exigencia que los estudiantes deban alcanzar para ser aprobados. Programaciones de lo docente basadas en el paradigma del hormiguero, por más que contengan unas muy sinceras invocaciones a objetivos de "excelencia académica", no pueden sino dar, *en los hechos*, los resultados conocidos: por ejemplo, subordinar en lo fundamental las necesidades *gnosocitivas* de la enseñanza al cumplimiento de un calendario de exámenes masivos en el Auditorio, logro al cual es comprensible que se le otorgue importancia cardinal de acuerdo con dicho paradigma. Ajustándose a él, en efecto, lo principal ya no es comprobar si tales exámenes sirven o no sirven para promover y para detectar verdaderamente mejores *conocimientos* en los estudiantes, sino que estas actividades se lleven a cabo con la máxima uniformidad administrativa. [¿Qué bueno sería si, en cambio, el Área de Docencia de la Facultad y el mayor número posible de cátedras —liberadas, una y otras, de la misión de colectivizar exámenes— dedicaran sus empeños, sus reuniones, a alentar el intercambio y profundización de *conocimientos* entre los profesores! Por ejemplo, hacerlo mediante la organización de verdaderas discusiones de carácter *científico* entre ellos sobre temas de su materia, celebrar seminarios sobre tales o cuales puntos específicos de esta, intercambiar informes sobre sus respectivas experiencias docentes en relación con los programas de los cursos, etc.]

—oO—

hay. Es un fenómeno de carencia.], Bertold Brecht (citado en: Feyerabend, *Tratado...*, p. 1; la traducción es nuestra). Ya Francis Bacon advertía sobre el "error" de incurrir en una "perentoria reducción del conocimiento a las artes y a los métodos, a partir de cuyo momento las ciencias raramente avanzan; pues así como los jóvenes crecen poco en estatura después que su figura y sus miembros están completamente formados, así el conocimiento, mientras se apoya en aforismos y observaciones, permanece en estado de desarrollo; pero una vez que se amolda dentro de métodos, aunque puede ser pulido posteriormente, ilustrado y acomodado para el uso, ya no aumenta más en volumen y substancia" (cit. en Feyerabend, *Tratado...*, p. 144). Cf. además Láscaris (*loc. cit.*, p. 95), quien habla de "un pragmatismo dogmático, es decir, de un pragmatismo reducido a metodología", el cual, en cuanto "ha llevado a la metodología pura, entonces ya no se trata de reducir una ciencia a su método, sino de quedarse meramente en la tecnicidad 'aparente' del método. (...) Primero hay que querer un algo muy concreto (aunque, con frecuencia, sea o deba ser abstracto) y luego desarrollar el método pertinente. De ahí que simplemente el hablar de una metodología sin base ontológica sea ya por sí misma la abdicación de toda posibilidad de eficacia, pues consiste en vagabundeo". *Vid.* también las palabras de Sobrado que hemos recogido en el epígrafe. Y todo ello tiene asimismo mucho que ver, particularmente en lo relativo a nuestro tema, con la dominación ejercida por un pensamiento que confía más en las *falacias de falsa precisión* (Vaz Ferreira) que en la inteligencia de los profesores como base para la programación curricular: cf. *infra*, la Nota (a) de la Digresión 2.

Digresión 2: sobre la "teología de los numeritos".—

Es típico de la *Weltanschauung* burocrática, en cualquiera de los múltiples terrenos donde ella incide, la importancia eminente que le asigna al hecho de que se cumpla con un (*su*) "orden", por encima de cualquier otra cosa. Nada de extraño tiene, pues, que también el fetichismo de las cuantificaciones se integre con la mayor comodidad a dichas concepciones, y que hasta sea uno de sus rasgos más sintomáticos. Así aquella se da la mano, a su vez, con el más caro anhelo de la mentalidad tecnocrática en general. Pues la cuantificación de lo que sea y como sea —"teología de los numeritos"— constituye, precisamente, el timbre de honor del *pathos* tecnocrático: por medio de ella se logra que todo, consista en lo que consista, pueda ser ajustado (imaginariamente) a operaciones "técnicas", vale decir, a estandarizadas manipulaciones por parte de quienes hacen esos cálculos. En esa forma, cerrando los ojos a cuanto no sea reducible a algún lenguaje de computadoras, el "orden" queda asegurado, en el papel, justamente porque el operador se dedica a apartar la vista de todo lo que no encaje en ese "orden", huye de los principales problemas que presenta la *realidad*. La objetividad de las cuestiones reales se sustituye por la objetividad de unos numeritos, se hace uso de esta para NO ocuparse de aquella. Lo más objetivo de todo, las verdaderas dificultades prácticas, se "soluciona" por la vía de anteponerles una pantalla, los numeritos, cuya densidad sea lo bastante "objetiva" como para que el arco iris de las experiencias reales no consiga atravesarla y llegar a hacer valer su presencia perturbadora ante la conciencia de los operadores.

Las tablas de multiplicar son objetivas, sin duda, como también lo es (por ejemplo) el hecho de que los diamantes son más duros que los postres de gelatina... Pero por más objetividad que tengan, en efecto, las multiplicaciones o la dureza de los diamantes, tanto aquellas como esta son lo MENOS objetivo del mundo para calibrar unos *conocimientos* como los jurídicos, por ejemplo. La evaluación mediante operaciones matemáticas, en tales materias, no solo es una forma de lo más imprecisa de expresarse respecto a tales conocimientos, por la radical heterogeneidad que existe entre la naturaleza de estos y la lógica de los números, sino que además resulta ser, por lo engañadora, una verdadera "trampa" para el pensamiento (falacia de *falsa precisión*). La aplicación de las matemáticas reviste enorme utilidad para muchas cosas, pero no para *todas*. Por su carácter esencialmente fungible, los números permiten programar esquemas de pensamiento *sin* consultar la realidad. Estos esquemas son luego aplicables, sí, a aspectos de la realidad, pero solo a aquellos que *no* sean menos uniformes, esto es, a los que sean tan FUNGIBLES como las cifras manejadas. En cambio, si el objeto de referencia no tiene la homogeneidad que permita dividirlo en unidades que sean todas igualmente fungibles, intercambiables sin más, entonces sus elementos no se adaptan al lenguaje de las matemáticas, no se puede "calcular" con ellos. En los cálculos se prescinde de toda distinción que no sea nu-

mérica, mientras que en este otro tipo de objetos lo más importante son, por el contrario, diferencias cuya índole NO es de naturaleza cuantitativa. Someter al pensamiento matemático estas cuestiones no significa otra cosa, por tanto, que despreocuparse de considerar lo que ahí constituye lo principal: las DIFERENCIAS^(11a).

Es ese, ni más ni menos, el error que se comete cuando tal tratamiento es aplicado a cuestiones de la enseñanza que son sobre todo cualitativas. Por ejemplo, como siempre 1 es igual a 1, y tres veces 1 es igual a 3, entonces dará lo mismo que una clase se imparta a la hora que sea (1 hora = 1 hora), y será igual dar tres horas de clase seguidas (¡por más insostenible que ello resulte para lograr una debida atención en los alumnos!) que impartir esas lecciones en tres ocasiones convenientemente separadas; o bien, ya que tanto $9 + 5$ como $7 + 7$ suman 14, y dan igual promedio (7), lo mismo deberá ser aprobado un alumno que en dos exámenes obtiene como resultados 9 y 5 que quien obtiene 7 y 7, aunque aquel desconozca aspectos fundamentales de la materia (vistos en su segundo examen: 5). Así, partiendo de tales precomprensiones, no es extraño que cuando se habla de "evaluación" suela discutirse simplemente cómo habrán de distribuirse unos porcentajes⁽¹²⁾. TODO pasa a ser asunto de "numeritos", nada escapa a las redes de lo fungible. Para el *ethos* del claroscuro, intocable artículo de fe del pensamiento burocrático, la fauna es toda gatos y todos los gatos son grises: no hay más que sacar la cuenta de cuántos son...^(12a). El paradigma del hormiguero encuentra su complemento ideal en el credo de los numeritos.

Nota (a).—

El fetichismo de las cuantificaciones se inscribe en la categoría de lo que Vaz Ferreira denominó las *falacias de falsa precisión*, sobre las que llamaba la atención hace ya tres cuartos de siglo. "La precisión es buena; es el ideal, cuando es legítima; pero en cambio, cuando es ilegítima o falsa, produce, desde el punto de vista del conocimiento, efectos funestos: oculta hechos, desfigura o falsea interpretaciones, detiene la investigación, inhibe la profundización; sus resultados, perjudicialísimos, pueden condensarse fundamentalmente con dos adjetivos: FALSEANTES E INHIBITORIOS" (Carlos Vaz Ferreira, *Lógica viva*, Losada, Buenos Aires, 1962, p. 101 —mayúsculas nuestras—; la edición original es de 1910). Y he aquí unos ejemplos señalados por el propio Vaz Ferreira, que precisamente se refieren a cuestiones de evaluación:

- (11a) "La matemática es una ciencia en donde no se sabe jamás de qué se habla, ni si lo que se dice es verdadero" (Bertrand Russell). "La matemática es el arte de dar el mismo nombre a cosas diferentes" (Henri Poincaré). [Citas tomadas de: Robert Blanché, *La axiomática*, UNAM, México, 1965, p. 32.]
- (12) Dichas ideas pedagógicas se basan en un positivismo vulgar, corresponden a formas crasas y las menos autorreflexivas de esta corriente. Pero positivistas perspicaces, como Vaz Ferreira [cf. *infra*, la Nota (a)], por supuesto que no propician nada de eso.
- (12a) "Una debilidad fundamental de la conciencia tecnocrática es que se caracteriza por una prosaica practicidad: ha pintado a Dios de gris" (Gouldner, p. 324: *loc. cit. infra*, en las Addenda 1 del apartado VIII).

"En la mesa examinadora de un idioma, en la Universidad, existía la siguiente costumbre: los examinadores, para determinar su juicio, iban anotando, a medida que se desarrollaba el examen, las faltas en que incurria el alumno, clasificándolas según su naturaleza: faltas de pronunciación, faltas de traducción, faltas de ortografía, etc. Después, para discernir la nota, había una especie de contabilidad: cada falta de traducción valía, supongamos, por dos faltas de ortografía, y por cuatro faltas de pronunciación; el estudiante que no llegara a un cierto promedio de faltas, debía ser aprobado; el que pasara de ese promedio, reprobado; y hasta creo que había alguna relación entre el número de faltas y las notas que discernían. En esto veían aquellos examinadores un modo de dar mayor precisión y justicia a sus fallos, y de evitar las discusiones tan frecuentes en estos casos. [¡"Objetividad" se le llama entre nosotros!]

"Era un caso claro de nuestra falacia de falsa precisión. No hay necesidad de explicar, por ejemplo, cómo, con el nombre de 'errores de pronunciación', de 'errores de traducción' o de 'errores de ortografía', quedaban englobados errores de importancia muy diversa; hay errores de tal naturaleza, que tal vez uno solo de ellos puede inhabilitar a un estudiante para obtener aprobación en un examen; hay otros errores, clasificables bajo el mismo rubro, que pueden no indicar nada grave; más: aun puede haber cierta clase de errores que hasta indiquen inteligencia o superioridad... De aquella manera se daba una aparente precisión a los hechos, cuando, en realidad, se los falseaba en absoluto" (*ibid.*, p. 105-106; cf., en dicho libro, todo el capítulo titulado "Falacias de falsa precisión").

Vaz Ferreira señala, en el pasaje transcrito, el punto neurálgico del asunto. Lo peor no es, al fin de cuentas, que un juicio de valor sobre los conocimientos del alumno sea expresado por medio de números —si bien esto es, de por sí, ya mucho menos franco que hacerlo mediante términos cualitativos—. Lo verdaderamente absurdo resulta cuando la aprobación o reprobación del estudiante pasa a depender de unos juegos de "contabilidad" con las cifras, los cálculos de promedios, donde ya no hay forma de *distinguir* entre errores y errores, entre aciertos y aciertos, etc. Las cuantificaciones lo hacen todo fungible, de modo que el mayor dislate puede ser compensado por algunos aciertos, o la respuesta más inteligente "pesa" lo mismo que la suma de algunas insuficiencias secundarias o que algunas contestaciones de memoria.

En la actualidad, la situación no tiene nada que envidiarle a los ejemplos que denunciaba Vaz Ferreira. El fetichismo de los numeritos reina no solo para obtener la calificación global en cada curso, donde se aplica una contabilidad inter-exámenes, sino que inclusive se aplica para determinar la nota intra-examen: ¡se someten a cálculo de promedio hasta las preguntas de un mismo examen! Y la numerolatría llega a extremos tales que, aun allí donde su aplicación resulta inofensiva y prácticamente superflua, el prejuicio de cuantificar ha calado tan hondo que a nadie se le ocurre renunciar a él, por más que en esos casos sca enteramente prescindible —su ausencia no obligaría a cambiar nada en los hechos—; por ejemplo, las materias de un currículo podrían seguir siendo tan obligatorias o tan opcionales como antes, sin necesidad de asignarles ninguna marca en "créditos". [Dicho sea de paso: sería difícil hallar explicación para algo tan artificioso (por no emplear un calificativo más fuerte) como lo es *todo* el asunto de los "créditos", si no estuviera ahí, y con tanto vigor, el chaleco de asfixia que a la inteligencia de los "expertos" le tiene puesta su irreflexiva fe en el fetichismo de las cuantificaciones.]

"[S]educido por la precisión que los números o los signos gráficos presentan como tales, lo claros que son sobre el papel, el investigador [en nuestro caso: los programadores curriculares] cae en falacias de 'falsa precisión' como las que denunciaba Vaz Ferreira. Es decir, se olvida que esas fórmulas no eliminan la imprecisión en cuanto al fondo, sino que simplemente la postergan para el

momento en que se trate de interpretar la fórmula, de saber cómo aplicarla para determinar soluciones concretas. Olvido que suele tener consecuencias no poco engañosas. En efecto, esa 'tecnificación' lleva a apartar la vista de los puntos realmente críticos. Los problemas quedan 'detrás' de la fórmula: son las cuestiones a las cuales la fórmula 'no contesta', preguntas que pueden ser las más acuciantes en vista de los fines perseguidos en la disciplina [en nuestro caso: la enseñanza] para la cual aquellas fórmulas son propuestas" (Enrique P. Hába, *Apuntes sobre el lenguaje jurídico (II): El problema de la precisión*, en Revista de Ciencias Jurídicas No. 38, mayo-agosto 1979, p. 226-317 —la cita es de la p. 258—). Cf. también *supra*, n. 11.

"En efecto, una de las exigencias primordiales del espíritu científico, es que la precisión de una medida debe referirse constantemente a la sensibilidad del método del OBJETO medido. Medir exactamente un objeto fugaz o indeterminado, medir exactamente un objeto fijo y bien determinado con un instrumento grosero, he ahí dos tipos de ocupación vana que la disciplina científica rechaza de inmediato. (...) No reflexiona que si una precisión en un resultado va más allá de la precisión de los datos experimentales, es exactamente la determinación de la NADA. Los decimales del cálculo NO PERTENECEN AL OBJETO" (Gaston Bachelard, *La formación del espíritu científico*, Siglo Veintiuno, México, 1985, p. 250-251; las mayúsculas son nuestras).

"La ciencia moderna ha desarrollado estructuras matemáticas que sobrepasan todo lo que ha existido hasta ahora en coherencia y generalidad. Pero para lograr este milagro, todas las dificultades existentes han tenido que ser reducidas a la relación entre teoría y hechos [es decir, a las formas de interpretar la teoría para resolver los problemas prácticos a que ella dice referirse]... Las relaciones teóricas entre estas nociones [los conceptos manejados en el lenguaje de la propia teoría: por ejemplo, sus valores numéricos] son accesorias a un planteamiento más riguroso que las relaciones teóricas entre las nociones que las precedieron (más 'riguroso' desde el punto de vista de Neumann y seguidores [referencia a la obra de este autor en mecánica cuántica]). Ello no ocurre así con las relaciones entre dichas nociones y los procedimientos experimentales. Para la gran mayoría de observables, no es posible especificar ningún tipo de instrucción cuántica; pero, ciertamente, hace la discusión de sus bases más prolija y embarazosa. Además, las imprecisiones que von Neumann ha eliminado del formalismo aparecen ahora en las relaciones entre teoría y hechos" (Feyerabend, *Tratado...*, p. 47, 48 [n. 70] y 254). "De este modo, la teoría se ha convertido en un verdadero monstruo de rigor y precisión, mientras que sus relaciones con la experiencia son más oscuras que nunca. Resulta interesante comprobar que en el pensamiento primitivo se dan también desarrollos similares. La característica más sorprendente de la adivinación de la arena Nupe", escribe S. F. Nader en *Nupe Religion*, 1954, 63, 'es el contraste que existe entre su presuntuoso sistema teórico y su primitiva y desmanada aplicación práctica'. No había necesidad de la ciencia para que se produjesen pesadillas a lo von Neumann" (Feyerabend, *Tratado...*, n. 70 en la p. 48). Y en cuanto al lenguaje jurídico, cuestiones de falsa precisión concernientes a él, cf. mi artículo citado (*Apuntes...*), sobre todo su # 20.

Una de las variantes comunes dentro de esta misma clase general de falacias son los exámenes tipo "test", que acaso significan, para disciplinas como el Derecho, la forma de evaluación más irracional de todas. "Examinar Filosofía [o Derecho, Literatura, etc.] por preguntas de sí y no, o de 'respuesta múltiple', o métodos semejantes, es tomar el rábano por las hojas. Con todos los respetos a los test, que considero muy útiles en las investigaciones psicológicas y sociológicas [mejor: ¡en algunas de ellas!], hay que repetir, con reiteración machacona, que en Filosofía [y en Derecho, etc.] no sirven. El examinando tiene que expresarse y el examinador tiene que medir [en el sentido

cuantitativo de esta palabra] lo expresado por el examinando. Ese expresarse podrá ser de palabra o por escrito, y si es por escrito podrá consistir en desarrollar un tema o en comentar un texto. En cualquiera de los tres casos, el examinando ha de mostrar, hilvanando frases, que piensa y que *piensa con rigor* y que su pensamiento es un enfoque acertado de los hechos. Y el examinador deberá asumir la grave responsabilidad de ser juez y de dar la calificación que, con arreglo a su buen saber y entender, en conciencia considere justa. Y si es hombre prudente (y si no lo es, no debe estar en la enseñanza) madurará su criterio con la experiencia propia y con la ajena y con la consideración de las circunstancias (se entiende, claro, de las honorables) que condicionan el examen" (Láscaris, *loc. cit.*, p. 169-170; cursivas nuestras).

Por su carácter tan engañador, una pseudo-objetividad, la "pedagogía de los numeritos" no solo falsea la calidad cognitiva de las evaluaciones, sino que su intrínseca tramposidad contagia incluso a la ética de la enseñanza: incide negativamente tanto sobre el sentido de responsabilidad académica de los profesores como sobre el de los estudiantes.

El de los profesores, porque hace que, a la hora de resolver si un estudiante aprueba la materia, no deban detenerse a analizar si ese estudiante tiene los CONOCIMIENTOS indispensables, sino que se limitarán a sacar una cuenta. Escudado tras la "objetividad" de esta cuenta, el profesor comunica el resultado final —aprobado o desaprobado, y hasta la nota— como si fueran unos datos ajenos a su evaluación y responsabilidad *personales*, como si se tratara más o menos de lo mismo que contar granos de trigo o dividir el contenido de un cajón de manzanas entre determinada cantidad de personas. No se le pide que llegue a formarse un juicio de conjunto (¡reflexionado!) sobre lo que el estudiante SABE, ni que decida en función de ese juicio, no del ciego resultado que pueda arrojar una maquinita de calcular, si el alumno *domina* la materia en grado suficiente. Se supone, por el contrario, que la maquinita sabe más y mejor todo eso^(12b), o sea, que vale más que el profesor NO se preocupe de reflexionar —¡y menos que menos atreverse a tomar decisiones propias!— al respecto.

Claro que los juicios globales del profesor no pueden estar libres de "subjetividad": por la inevitable insuficiencia de los elementos de apreciación (exámenes y otros) en que se basará, sobre todo si el grupo es numeroso; por las decisiones, necesariamente personales, que él adopta en cuanto al grado de exigencia de lo que enseña y de la asimilación que al respecto pide a los estudiantes; etcétera^(12c). Pero no menos "subjetiva"

(12b) "... y de este modo se representa el ajuste, que, no menos que el espíritu, se convierte en un fetiche —en la preeminencia del medio organizado universal sobre todo fin razonable y en el bruido de la seudorracionalidad sin contenido—" (Adorno, en *Sociológica*, p. 238; *op. cit. infra*, en las Addenda 1 del apartado VIII).

(12c) "Y el examinador deberá asumir la grave responsabilidad de ser juez..." (Láscaris: cf. la cita completa *supra*, al final de la Nota (a)).

también es, sin duda, la manera de calificar cada examen parcial o las "investigaciones". Con el agravante de que, al hacer luego entrar en una bolsa de contabilidad todo este conjunto de subjetividades, las notas registradas a lo largo del curso, sería un milagro mayor que el de la transmutación del vino en sangre que eso diera como resultado la famosa "objetividad"... Lo que sucede, antes bien, es esto otro: todas aquellas subjetividades no solo se conservan como tales, sino que pasan a ser multiplicadas unas por otras, de modo que, en definitiva, el resultado a que se llega no es otro que consagrar unos sinsentidos como esos que hacía notar Vaz Ferreira. La evaluación nunca queda allí saneada de subjetividad, lo que es imposible, sino que la aprobación de los cursos se independiza de posibles interferencias originadas en la consideración responsable del profesor sobre el conocimiento *de conjunto* que el estudiante tenga de la materia, vale decir, de considerar si este no "se ha brincado" ninguna parte *fundamental* del curso. Con el sistema de calificación por promedios, lo que se hace es *legitimar* los "brincados". Entonces, estos no solo resultan posibles (cosa prácticamente inevitable), sino que así se propicia que tal sea el caso más habitual: basta con que lo omitido —una vez transformado en numerito— sume menos que otros numeritos, sea cual fuere el origen de estos. El profesor no está ahí para apreciar si el alumno ha adquirido un *sistema* de conocimientos, sino para calcular los "tiempos" de una carrera por la aprobación, donde tanto da una etapa como cualquier otra. Es cuestión, simplemente, de sumar y dividir...

De ese mismo espíritu se contagian también, a su vez, los estudiantes. Tiende a crear en ellos una paralela ausencia de responsabilidad en cuanto a lo que consideran necesario aprender de cada materia. El fetichismo de las cuantificaciones dominante en una cara, la evaluación, se corresponde a las mil maravillas con lo que puede llamarse una concepción "deportiva" del estudio, en la contracara: el aprendizaje. En efecto, si aprobar la materia es asunto de promedios, no "calculan" solo los profesores, *a posteriori*, sino que de antemano van haciéndolo ya los estudiantes. No se tratará, para estos, de aprender lo más posible de *toda* la materia, sino que, ante cada examen (y máxime teniendo en cuenta lo superabundantes que son), será cuestión de estudiar lo que alcance para obtener en cada caso el número mínimo que basta —¡promedio manda!— para integrar la cifra de aprobación reglamentaria. Por ejemplo, si se consigue una nota alta en el primer examen... ¡a esforzarse *menos* en otros! Aquella compensará las eventuales notas bajas de estos. El estudiante aprende a "jugar" con las notas, se transforma en un apostador a los exámenes (...y el Auditorio ayuda). Igual que en las carreras ciclísticas, no hay necesidad de ganar todas las etapas, tal vez ni siquiera la mayoría, pues alcanza con triunfar en alguna etapa estratégica; después, no hay más que conservar la ventaja, que lo que se omite estudiar sume algún decimal menos que los puntos ya asegurados. La "técnica" para aprobar materias no consiste en aprender lo más posible de cada una, sino en tener la habilidad de calcular bien todo lo que se puede DEJAR de saber sin que el promedio baje

de 6.75. Igual que en el deporte, lo que vale no es *cómo* se anotan o se pierden los tantos. Para ganar el partido (curso), solo cuenta que uno tenga *más* a favor de los que tiene en contra, sean cuales sean aquellos y estos. De la misma manera, no menos deportivamente, se "ganan" —la coincidencia lingüística no es casual— materias de estudio, cuando están sujetas a la pedagogía de los numeritos.

Nota (b).—

Lo señalado no significa, por cierto, decir que toda consideración *numérica* debiera ser erradicada en *todos* los aspectos de la organización universitaria —afirmación que sería un disparate—. No me he referido sino a la *evaluación* de los *conocimientos*, para disciplinas como el Derecho y en general respecto a las llamadas Ciencias del Espíritu. Más exactamente, lo que critico es que estas cuestiones sean resueltas por medio de CALCULOS, vale decir, "alienándolas" de su naturaleza más propia, que no es cuantitativa sino *cualitativa*. Para OTROS efectos, en cambio, el recurso a las matemáticas puede ser de gran provecho, incluso en el marco de dicha clase de disciplinas.

Lo malo no son los "numeritos" en sí mismos, sino unos usos *fetichistas* de ellos, como los que suele dárseles en la evaluación académica. Pero si, por el contrario, se utilizan donde corresponde, pueden revestir señalada utilidad para examinar o planificar aspectos de la programación curricular en esas carreras. Por ejemplo, pueden resultar utilísimos para prevenir desaciertos que se producen por no tener debidamente en cuenta clases de *hechos* que, estos sí, son cuantificables. Errores básicos de esa naturaleza fueron decisivos, sin ir más lejos, en la elaboración del nuevo currículo de la Facultad —errores que se hubieran evitado con solo efectuar algunas cuentas acerca de ciertos elementos claves de la "infraestructura" disponible para llevarlo a la práctica—. Por ejemplo: bastaba dividir la capacidad locativa de la Biblioteca de la Facultad por el número de los estudiantes, para advertir que, al abocarse a realizar las soñadas "investigaciones", cada estudiante podría disponer, más o menos, de 1/4 de silla durante 38 segundos al día. Y que los profesores, teniendo en cuenta el elevado número de estudiantes por grupo, iban a tener que ingeniárselas en hacer que los días fueran de 36 horas, más o menos, para llegar a corregir con cierta atención todas esas "investigaciones" (+ los exámenes, etc.). Y que los libros de la biblioteca (me refiero a los que realmente se utilicen) tendrían que conseguir reproducirse con la fecundidad de los conejillos, para lograr que a cada estudiante le toquen más de 7 páginas y 2/5 por semestre, durante algunos minutos, en las obras de consulta muy requeridas. Etcétera... Cálculos como estos, amén de otras consideraciones, permitían diagnosticar de antemano, sin necesidad de ser augur, que el nuevo currículo sería impracticable, no podía sino fracasar. Una prudente atención a "numeritos" —¡allí!— hubiera venido muy bien, claro está.

Conclusión: si en vez de recurrir a cuantificaciones para lo que no sirven (p. ej., evaluar conocimientos esencialmente cualitativos), ellas se emplean para comprobar circunstancias susceptibles de medición matemática (p. ej., posibilidades en la distribución de recursos), entonces no solo cabe reconocer que su uso no resulta perjudicial, sino que hasta es de lo más recomendable. [Sobre los beneficios, y también las limitaciones, del empleo de cuantificaciones en el discurso científico, cf. el cap. XI del libro de Bachelard antes citado.]



Nota (c).—

Otro de los hechos que, basado en la eficacia de los numeritos, impulsa a que los estudiantes tomen la carrera universitaria con espíritu de competencia cíclica, es que esos cálculos son determinantes también para decidir qué profesores les tocarán. A quienes obtienen mejores promedios se les da como premio la ventaja de matricularse primero; ello permite que, para cada materia, puedan elegir en qué grupo se inscribirán, vale decir, con cuál profesor. Por tanto, siempre están en condiciones de entrar en los grupos que se agotan primero, que por lo general corresponden a profesores menos exigentes y cuyas calificaciones son más bien generosas. "La actitud de la mitad (por decir algo) de los alumnos es de inercia y de procurar aprobar con el mínimo de esfuerzo" (Láscaris, *loc. cit.*, p. 168). Como todo el mundo sabe, en la matrícula los estudiantes se consultan para asegurarse de antemano profesores "suaves"; los grupos de estos son los más solicitados, de modo que es importante tener buenas notas para no correr el riesgo de tener que estar en otros, donde se hace más difícil aprobar.

Los resultados de este sistema son conocidos. Un estudiante obtiene buenos promedios el primer año, sea porque desde el principio tuvo la suerte de caer con profesores que son "buena gente" o porque en realidad alcanzó rendimiento alto; con eso, al año siguiente ya puede elegir profesores que no "aprietan", de modo que no tendrá dificultades en volver a obtener, ahora sin verse presionado a estudiar mucho, calificaciones que le permitan hacer también lo mismo al otro año; y así sucesivamente. A medida que avanza en la carrera, menos necesidad tiene de esforzarse para aprobar los cursos: seleccionando con habilidad los grupos, y máxime si además sabe aprovechar las comodidades del Auditorio, el porvenir está en sus manos. Catapultado por los numeritos, se hace acreedor a que cada año pueda aprobarlo estudiando menos que en el anterior. Llega al final de la carrera sin ningún tropiezo, desde luego, y no será de extrañar que hasta lo hallemos figurando en el cuadro de la graduación de honor. Cuando las cuentas dan bien, lo demás es lo de menos...

[No afirmo que exista una correspondencia biunívoca entre las calidades bueno-exigente o malo-tolerante, en cuanto a las características de los profesores. Tampoco digo que todos los estudiantes se inclinan hacia lo fácil. No es imposible que un profesor capaz sea "suave" y un profesor menos capaz califique "duro"; me consta, asimismo, que hay estudiantes —pero son la excepción— que prefieren a profesores exigentes. Más aún, ni siquiera pienso que la generalidad de los alumnos deseen *por principio* tener profesores poco capaces, sino al contrario. Lo que afirmo, simplemente, es esto: que el criterio preferencial de escogimiento durante la matrícula es la "suavidad" del profesor, no su excelencia académica. Claro que si el profesor es excelente sin perjuicio de NO ser "duro", los estudiantes lo preferirán a otro menos capaz. Pero es neto que si un profesor exige mucho más esfuerzo de estudio que otro de la misma materia, la abrumadora mayoría de los matriculantes se abalanzará sobre el grupo del segundo, le tratará de escapar al primero, con entera independencia de consideraciones relativas a la cuestión de saber con cuál de ambos se pueda aprender más. Y la coraza de los "numeritos" es una de las armas más eficaces para promover esa pedagogía del menor esfuerzo. (Una vez le oí decir al Dr. Jorge Enrique Guier: "Aquí, los buenos profesores se quedan sin alumnos...". Pero no sé si él advierte la relación con el asunto de los numeritos.)] *Vid.* también *infra*, VI *in fine*, la Acotación ubicada allí.

En conclusión: aunque más fácil resulta, claro está, estipular unos porcentajes y luego contentarse con sacar las "cuentitas" correspondientes,

más valdría que los programadores curriculares recordaran, entre otras cosas, que

"Hay que REFLEXIONAR para medir y no medir para reflexionar" (Bachelard, *loc. cit.*, p. 251; la mayúscula es nuestra).

—oO—

Digresión 3: sobre el "platonismo de las reglas".—

El fetichismo de los "numeritos" no es más que la aplicación, a cuestiones de la enseñanza, de ciertos rasgos típicos del pensamiento tenocrático-burocrático *en general*. El "platonismo de las reglas", en cambio, es un espejismo a que el jurista tiende en forma más bien espontánea. Constituye, podría decirse, una especie de "enfermedad profesional" de nuestro gremio; nos ataca especialmente a nosotros. Para ello, los juristas no necesitan, casi, de "contagio" por parte de otros sectores, aunque también en estos son comunes creencias análogas: p. ej., en las ideas políticas vulgares, en los parlamentos, en la dirigencia de instituciones públicas, etc.

Esa clase de platonismo muestra dos caras. Por un lado, cuando se preparan proyectos de leyes o reglamentos, a menudo los autores tienden (inconscientemente) a pensar que basta con establecer determinado cuerpo de normas, que ellos estiman las mejores, para que así, sin más, pasen a hacerse realidad ciertos objetivos; vale decir, para que también *en la práctica* se actúe conforme a tales normas y de acuerdo con dichos objetivos. Es, ni más ni menos, la idea de que —dicho de una manera gráfica— las reglas tienen "patitas": que las normas son capaces de "caminar" *por sí solas*, y que lo harán justamente según lo deseado por sus autores. Por el otro lado, ya ante cuerpos normativos en vigencia, se tiende a razonar respecto a ellos como si se tratara de un mundo *per se*, algo así como un *topos uranos* conformado según las ideas jurídicas establecidas en (o que se imputan a) los preceptos de referencia. Razonando en tal forma, respecto a esas normas, el pensamiento queda confinado a universos del discurso que ofrecen solo, o muy predominantemente, unas dimensiones de carácter semántico —normativismo—; sin que para nada resulten transparentes, entonces, sus dimensiones pragmáticas, esto es, qué consecuencias *reales* tienen dichas reglas al ser aplicadas (o no) en la práctica.

Para los puntos tratados en este artículo, interesa sobre todo la primera de esas dos caras, cuya presencia ha sido decisiva en las reformas curriculares de la Facultad, y siguió siéndolo en el Congreso^(12d).

(12d) Otro buen ejemplo, entre los de más reciente data, para ilustrar acerca de la seducción que el platonismo de las reglas ejerce sobre la planificación universitaria —esta vez interviniendo como refuerzo de la tendencia paternalista (o maternalista, según Láscaris: *infra*, p. 41) en la enseñanza superior—, es el reglamento de la U.C.R. que ahora impone una intervención *obligatoria* de los llamados "profesores guía" para autorizar la matrícula semestral de los estudiantes.

Claro que, además de tener fuertes raíces en la formación profesional de los juristas, dicha forma de platonismo responde también a rasgos más generales del espíritu humano, en especial al característico fenómeno conocido bajo el nombre de *wishful thinking* (en alemán, *Wunschdenken*): confundir los deseos —o palabras que los expresan— con la realidad. Entre las personas de formación jurídica, el “wishful thinking” suele adoptar modalidades reglamentaristas, a lo cual en mucho contribuye el hecho de que buena parte de su formación profesional universitaria ha consistido en recibir una enseñanza donde, precisamente, son usuales los enfoques del tipo “platonismo de las reglas”.

[Dicha expresión la utiliza Hubert Rottleuthner, *Rechtswissenschaft als Sozialwissenschaft*, Fischer, Francfort, 1973, p. 195 (*Regel-Platonismus*); pero este autor la emplea sólo de paso y en un contexto algo distinto del nuestro. Por otro lado, es de señalar que, en cuanto al alcance de las reglamentaciones, nadie menos “platonista” que el propio Platón, quien tenía un sentido práctico demasiado aguzado como para hacerse mucha ilusión respecto a ellas. Cf. la cita del epígrafe, y en general el pasaje de *La República* ubicado del 425b al 427a; *vid.*, por ejemplo, el paso siguiente: “Son los hombres más divertidos del mundo, ya que se pasan la vida legislando sobre aquellas materias que enumerábamos hace un momento y rectificando sin cesar las leyes que dictan, con la esperanza de que acabarán por fin con los fraudes..., sin darse cuenta de que no hacen otra cosa que cortar las cabezas de la Hidra” (cabezas que rebrotan multiplicadas, según la leyenda), 426e. Por cierto, no es en el *topos uranos* del propio Platón, sino en el de modernos programadores, donde tiene su altar el “platonismo de las reglas”.]

V

Algunos de los errores más comunes en que incurren los reglamentos de la Facultad destinados a planificar la enseñanza resultan de que, al elaborarlos, no parece tenerse presente la diferencia entre varios tipos de disposiciones: (i) las interdictivas, de no hacer; (ii) las obligatorias positivas, de hacer, con contenidos precisos; (iii) las obligatorias positivas, de hacer, con contenido impreciso; (iv) las represivas, sancionatorias; (v) las facultativas, de poner a disposición, alentatorias. No interesa examinar aquí las variadas presentaciones lingüísticas y estructuras deónticas mediante las cuales pueden darse cada uno de ellos (p. ej., las del tipo i pueden estar implícitas en algunas del tipo ii), pero sí subrayar que los presupuestos prácticos y las respectivas consecuencias de estos tipos exhiben importantes diferencias. Es fuente no solo de confusión intelectual, sino también de agudos desfases materiales entre los objetivos deseados y los resultados que con esas normas se alcanzan en realidad, el hecho de no ver por anticipado tales diferencias.

Las disposiciones del tipo (i) son viables, en principio, suponiendo que exista la voluntad de acatarlas, o si hay unas sanciones

bastante fuertes y que estas le sean de veras impuestas a los infractores. Dicha clase de normas son las que pueden resultar aplicables con mayor facilidad, si se da cualquiera de esas dos condiciones. Pero asimismo son las más estériles —o hasta contraproducentes— para promover buenos niveles en la enseñanza, y nada tienen que hacer en materia de investigación.

También las disposiciones del tipo (ii) quedan sujetas a los condicionantes —voluntad, sanciones— señalados para el tipo anterior. Pero no solo a eso. Dependen, además, de una serie de bases materiales complementarias, de modo tal que, si no se dan estas últimas, el cumplimiento de tales disposiciones se torna poco viable, por más voluntad que haya de acatarlas. Es lo que pasa, precisamente, con los programas de “investigación” obligatoria establecidos para los cursos regulares de la Licenciatura en Derecho. Faltan toda clase de condiciones mínimas para abordar dichos programas con alguna posibilidad de éxito (no me refiero a casos excepcionales): tiempo disponible —tanto por parte de profesores como de estudiantes—, número de estudiantes por grupo, materiales de estudio accesibles, capacidad locativa de las bibliotecas, preparación previa, etc. (cf. *supra*, IV, la Nota (b) de la Digresión 2). Cuando tales programas se fijan como obligatorios, lo único que los obligados pueden hacer, para “cumplir” con semejante exigencia, es regalarle el nombre de “investigación” a cualquier cosa.

Disposiciones del tipo (iii) son las que se formulan mediante unos conceptos muy indeterminados, que en definitiva cada profesor interpretará a su gusto. En el Congreso de la Facultad, propuestas de esa clase fueron presentadas en proporción considerable. Las partes de los reglamentos que contienen preceptos así formulados establecen unas “obligaciones” cuya vida es solo *semántica*. Conciernen al discurso público *sobre* lo que se hace (o debiera hacerse), pero son inocuas para determinar lo que en efecto se lleva a cabo o se omite realizar; tienen alcance esencialmente retórico-simbólico.

Las disposiciones del tipo (iv), que aparecen en combinación con, o forman parte de, los preceptos donde se enuncian las de los tipos (i) y (ii), serán viables o no, en función de factores que escapan a la letra de ellas mismas. Aun en el caso de que estén formuladas con precisión, tanto en su contenido como en cuanto a determinar el órgano encargado de aplicarlas, sus posibilidades de incidir sobre la práctica —y, por tanto, de “presionar” a los destinatarios (sobre todo a los profesores)— dependen de la dinámica social —paralelogramos de poder en la constelación de los profesores, niveles de su conciencia académica, etc.— a que se ajusta el espectro dominante de las conductas *reales* en la vida de la Facultad. Vale decir, que tales disposiciones no resultan viables sino en la medida en que exista la “fuerza social” (profesores, estudiantes) para imponer la efectividad de las sanciones posibles. Por ejemplo, todo el mundo sabe que, salvo casos muy excep-

cionales, no habrá esta "fuerza" para adoptar sanciones *severas* contra un profesor poco cumplidor. Una consideración realista de las condiciones de la Facultad no podría nunca, pues, partir de la base de que mediante disposiciones de ese tipo consigan imponerse pautas capaces de elevar *realmente* el contenido *mismo* de la enseñanza. Esas pautas son letra muerta si no se cuenta con auténtico interés de llevarlas adelante por parte de los propios profesores. De ahí que, en la práctica, los programas de "investigación" en la Licenciatura *valen* tanto como lo que cada profesor *quiera* (y pueda) hacer que valgan. Pretender establecerlos de manera forzosa, mediante una combinación de disposiciones de los tipos (ii) y (iv), DE HECHO no sirve sino para *rebajar* el rendimiento académico, tanto el de los profesores que no creen en tales programas como el de sus estudiantes.

Las disposiciones del tipo (v) son de carácter opcional. Por eso tienen la ventaja de poder incorporar, en principio, la buena voluntad de quienes las hagan entrar en juego. Invitan, pero *no* obligan, a realizar una actividad que se juzga académicamente deseable; por ejemplo, la de investigar (en serio). Se preocupan, no de establecer reglamentaciones "hormiguizantes"⁽¹³⁾ y hacerlas coercitivas, sino de ofrecer *condiciones* REALES que *efectivamente* otorguen, a quien desee y esté capacitado para realizar dicha actividad, ocasión verdadera de llevarla adelante en un marco laboral y académico que sea lo más alentador posible. Esta clase de disposiciones son las UNICAS susceptibles de promover investigaciones (en serio). Naturalmente, nada ni nadie puede garantizar que todos o la mayor parte de los trabajos así efectuados arriben a resultados valiosos; eso no hay ninguna reglamentación del mundo capaz de lograrlo. El tipo (v) no trata de alcanzar imposibles, hacer de todo universitario un investigador o que todos los investigadores sean buenos como tales, sino que se concentra en lo viable: a los profesores que *quieran* investigar, ofrecerles auténticas oportunidades de hacerlo. Son normas *promocionales*. Nada más, pero tampoco nada menos. En cambio, las disposiciones de los tipos (i), (ii) y (iv) carecen precisamente de eso, de toda eficacia promocional al respecto. La *inteligencia* académica no es movilizable a fuerza de cadenas. Ni con las de oro, ni mucho menos por medio de las burocráticas.

Nota.—

Por supuesto que la clasificación presentada no es exhaustiva, ni tampoco es la única posible. Lo que ella trata de hacer patente es que, considerados los reglamentos desde el ángulo de su *cumplimiento*, registran posibilidades de efectividad *distintas*: mayores, menores o nulas, según el tipo de esas reglas y según las condiciones —el "fuera-del-texto" (Debray)— del contexto *real* al cual se aplicarán. Ahora bien, si esto se quiere examinar de manera más circunstanciada habrá

(13) Referencia al "paradigma del hormiguero": cf. *supra*, la Digresión 1 del apartado IV.

que pasar a otros tipos de consideraciones, recurriendo en forma explícita a categorías de las ciencias sociales analítico-empíricas; cf., por ejemplo, Karl-Dieter Opp, *Soziologie im Recht*, Rororo Studium No. 52, Hamburgo, 1973 (para una visión sucinta de aspectos fundamentales a los que importa aplicar conocimientos sociológicos en ocasión de formular reglamentaciones, *vid* allí el # 1.1 del cap. VI). Justamente porque los proyectos de reglamentación de la Facultad suelen elaborarse *sin* tomar en cuenta unos elementos de juicio como los que señala Opp, la consecuencia es que, en la práctica, esos preceptos resultan luego tan inadecuados para alcanzar los fines que sus autores se propusieron. (Si en ocasión de formular cualquier reglamento curricular se examinaran con toda atención los seis puntos que Opp señala en el # indicado, es difícil imaginar que los programadores no consiguieran advertir de antemano mucho de lo que habitualmente se les escapa.)

VI

En función de todo lo señalado, corresponde distinguir dos grandes grupos de disposiciones reglamentarias: las *preceptivas* —realmente obligatorias— y las *exhortaciones* —recomendaciones, consejos—⁽¹⁴⁾. El primero está constituido por aquellas que, ya sea por internalizarlas como tales los destinatarios (profesores, estudiantes) o por hallarse ligadas a sanciones que "duelen" (y no sean de aplicación poco probable), ostentan un cierto poder impositivo en la práctica. El segundo, en cambio, es el de aquellas normas que, por ser muy indeterminadas (tipo iii) o por carecer de sanciones viables, de hecho quedan libradas a la buena voluntad de los destinatarios y a menudo carecen de efectos prácticos. Lo que induce a engañarse es que la *presentación* lingüística de los dos grupos es similar en el seno de reglamentos; así, el contenido de ambos *parece* ser igualmente "obligatorio".

Buena parte de lo que se incluye en copiosos reglamentos sobre la enseñanza pertenece al segundo grupo. Su alcance suele ser, más allá de las intenciones de los autores, esencialmente retórico. Sería bueno aligerar de ello a los reglamentos, economizar al máximo tales formula-

(14) En lo que me es personal, conozco un solo ejemplo donde, en el marco de propuestas para reglamentar aspectos docentes de la Facultad, se hace la distinción entre "A. Aspectos reglamentarios (u obligatorios)" y "B. Aspectos que las cátedras deben recomendar". Aparece en la ponencia que bajo el título *Trabajos o ejercicios estudiantiles* presentó el Lic. Luis G. Herrera Castro, Comisión de Investigación, para el Congreso. En la Comisión de Docencia, en cambio, la necesidad de establecer tal distinción no parece haber sido tematizada (salvo, tal vez, en la ponencia del Lic. Elizondo: cf. *infra*, n. 19). [Aclaración: a lo largo de este artículo empleamos la palabra "reglamento" en un sentido que va más allá del estrictamente técnico-jurídico, del que tiene en el Derecho Público; recogemos dicho término de acuerdo con el contenido amplio que recibe cuando se trata de todo aquello conocido, en la Universidad, bajo el nombre de *reglamentos universitarios*.]

ciones. No solo por economía de lenguaje, sino sobre todo porque ellas ayudan a engañarse. Por ejemplo, contribuyen a fomentar la ilusión de que, por el hecho de ESCRIBIR altisonantes declaraciones de objetivos en un currículo y hacerlo aprobar como reglamento oficial, se conseguirá *obligar* a que los profesores mejoren su rendimiento académico ("wishful thinking")⁽¹⁵⁾.

En cuanto al primer grupo, las disposiciones preceptivas, es obvio que para algunas cosas son indispensables: fijación del número y orden de las materias que integran un currículo, duración de los cursos, distribución de los horarios de lecciones, etc. Sin embargo, tales normas convendría establecerlas con singular prudencia y máxima economía de detalles, especialmente en lo que concierne al contenido mismo de los cursos, las formas de evaluación, etc. Nadie debería olvidar que, quiérase o no, el rendimiento de un curso depende en un 95% (o más) del nivel académico y la responsabilidad del *propio* profesor... ¡pero es eso, justamente, lo que NO hay manera de imponer por reglamento!

Los preceptos de dicho grupo: digamos, las disposiciones reglamentarias "fuertes", esto es, las de contenidos determinados y provistos de sanciones efectivas, no originan o refuerzan actitudes *creativas*, sino que están principalmente para *impedir*. Logran "paralizar" —cuando son efectivos— ciertas conductas, pueden conseguir que los destinatarios se *abstengan* de hacer tales o cuales cosas. No son disposiciones capaces de *alentar* a quien queda sometido a ellas; en el mejor de los casos, alcanzarán a "frenarlo"... Desde luego, hay cosas que pueden y deberían ser "frenadas": por ejemplo, que continúe al frente de un curso el profesor que no asista regularmente a impartir sus lecciones. En cambio, lo que NO existe forma de evitar, mientras un profesor está en funciones —y supongamos que cumple por lo general con su horario de clase, califica en tiempo los exámenes, etc.—, es que sus lecciones no sean buenas, que se desinterese de saber más, etc., si no es *él mismo* quien toma la iniciativa de preocuparse por superar tales carencias.

Ahora que, si bien los reglamentos nunca conseguirán impedir que sean impartidos cursos poco satisfactorios, lo que por medio de aquellos puede ser obstaculizado, ¡eso sí!, es que un profesor ofrezca cursos *buenos* o aplique formas *más* adecuadas de evaluar a sus alumnos. Para esto, basta obligarlo a cumplir programas con los cuales él no está de acuerdo, a efectuar exámenes que considera inconvenientes, etc.; en una palabra, que los reglamentos le impidan realizar otra cosa que un curso-"hormiguero"⁽¹⁶⁾. Las disposiciones "fuertes" son necesarias para coartar

(15) Sobre el "wishful thinking", cf. *supra*, la Digresión 3 (*in fine*) del apartado IV.

(16) Cf. el sitio indicado en la n. 13, *supra*.

ciertas actividades perjudiciales a la vida universitaria, lo que no haya más remedio que prohibir, y también para hacer que se cumpla con ciertos trámites burocráticos que condicionan la posibilidad misma de realizar lo académico. Mas aquellas son inútiles, cuando no funestas, con vistas a promover los *efectivos* motores emocionales e intelectuales capaces de hacer la *excelencia* de un docente.

En síntesis: los reglamentos preceptivos pueden servir para *imponer* muchas cosas, SALVO la de hacer que alguien conquiste unos *buenos* niveles intelectuales o forzarlo a que los vuelque adecuadamente en la docencia. Este es el HECHO básico que la concepción burocrática de la enseñanza pasa por alto. El rendimiento de un programa no se obtiene sino en la medida en que los profesores *puedan* y *quieran* realizarlo. Lo primero, la cuestión de la posibilidad, depende de condiciones reales puestas a disposición de ellos, no de "obligaciones" en el papel. Lo segundo, el impulso de la voluntad, jamás de los jamases se conseguirá presionándolos a "hormiguizarse". Por el contrario, lo que debería ser alentado es la *competencia* académica (¡no excluye la colaboración!) entre ellos. Pero una saludable rivalidad intelectual, y que sea pública, no puede sino resultar básicamente *desalentada* si la programación de la enseñanza se ha de aherrojar entre dichas presiones, máxime si están consagradas en normas de carácter obligatorio (cronogramas para uniformar los cursos, exámenes multicolectivos, etc.).

Las mejores universidades no lo son porque tengan unos reglamentos más perfectos y los más copiosos, o porque hayan encontrado la forma de "obligar" a los profesores a dar alto rendimiento sujetándolos a estrictas pautas uniformizantes. La solución no reside en "hormiguizar" los programas de estudio y los exámenes, y establecer sistemas de vigilancia sobre los profesores para que no puedan hacer nada mejor, sino que depende de algo mucho más básico y efectivo: las formas de *selección* PREVIAS por las que se accede a las funciones docentes. Solo el "filtro" que proporcionan unos requisitos de ALTA EXIGENCIA ACADEMICA —extensa preparación previa y *verdaderos* concursos— puestos a prueba en el momento de ser provistos esos cargos conducirían a mejorar el nivel de la enseñanza. Todo lo demás es secundario, cuando no es superfluo o hasta contraproducente, si se trata de la enseñanza *misma*. No es problema de reglamentaciones, sino de CONOCIMIENTOS; y de que haya posibilidades *efectivas* para aprovecharlos en la docencia.

Si los profesores no valen, ningún reglamento de cursos los hará buenos⁽¹⁷⁾. Y si lo son, todo sistema de enseñanza que se les pre-

(17) También a esto, *mutatis mutandis*, es aplicable la observación de Platón: "Por eso, no creo que en una ciudad [Universidad], bien o mal gobernada, el verdadero legislador deba ocuparse de leyes y reglamentos semejantes: en la segunda, son inútiles y nada se gana con ellos; en la primera, están al alcance de cualquiera [de los profesores] y se desprenden en

tenda imponer en forma coercitiva, no solo está de sobra, sino que hasta es probable que en definitiva atente contra la calidad de sus cursos⁽¹⁸⁾. Mejoras en el rendimiento académico de los profesores no se alcanzan más que por vías de convicción y estímulos, nunca *manu militari*⁽¹⁹⁾. Precipitar la impronta burocrática sobre los contenidos de los programas de estudios y las formas de evaluación lleva, al fin de cuentas, sencillamente a cosechar unos resultados acordes con dicha mentalidad, propiciándola tanto en profesores como en alumnos. Conduce a desarrollar un tipo de pensamiento que sepulta, entre otras cosas, aquella disposición del espíritu que obra como eje-motor en las auténticas investigaciones, la inteligencia *antirrutinaria*⁽²⁰⁾. ¡Nada más incompatible con

buena parte de las costumbres tradicionales" [y en las Universidades, de los conocimientos que tengan los profesores] (*loc. cit.* en la n. 1, 327a).

(18) Claro que, como me hacía notar un destacado profesor de la Facultad, al hacerlo participe de mi preocupación por tanta "reglamentaritis", es posible que ella no tenga efectos aún más graves porque, al fin de cuentas, muchos de esos reglamentos no se cumplen, o no se cumplen sino a medias, en la práctica. Así se consigue obviar, a menudo, buena parte de las perjudiciales consecuencias que ellos tendrían si fueran seguidos de manera rigurosa. En efecto, a pesar de los entramamientos que la imaginación curricular, y sobre todo sus seguimientos burocráticos, consiguen imponerle a la enseñanza, no sería exacto afirmar que todos los males de esta provienen de ahí. Sin embargo, no puedo dejar de pensar que mejor es abstenerse simplemente de formular reglamentaciones de esa índole que recurrir, luego, a modos de ingeniárselas para no tomar en serio tales programaciones. Además, lo cierto es que tampoco suelen ser, aunque se tomen con "suavidad", *completamente* inofensivas: siempre dejan secuelas... (véase, por ejemplo, todo el tiempo desperdiciado en "investigaciones" que los profesores encargan solo porque hay unos reglamentos que obligan a eso). Los brasileños siempre cuentan, con intención jocosa, que su país es el único del mundo donde ha sido necesario crear un Ministerio de Desburocratización. A veces me he preguntado, pensando en ese ejemplo, si en la Facultad de Derecho no valdría la pena tener un Área de Desreglamentación...

(19) En sentido análogo van, me parece, unas anotaciones como las siguientes, contenidas —¡solitaria excepción!— en la ponencia (titulada *Programa de cursos integrados para el Primer Año de la Facultad de Derecho*) que presentó el Lic. Gonzalo Elizondo B., en la Comisión de Docencia, al Congreso: "El programa de cursos integrados para el Primer Año en la Facultad de Derecho debe ser una OPCIÓN LIBRE para profesores y estudiantes. Esta es la primera condición *necesaria*, pues el programa integrado se funda en el ejercicio responsable de la libertad y *no en la represión*; de modo que si la adhesión no resulta de un acto libre y *voluntario*, todo el programa se desnaturaliza" (las cursivas no son del autor). Lamentablemente, ninguna otra ponencia llegó a incluir —creo— una aclaración tan importante (pero cf. *supra*, n. 14).

(20) "Puesta a prueba, la educación costarricense demuestra sus puntos más débiles en la falta de capacidad de razonamiento de sus sujetos. Se tiene sin dificultad un estudiante cumplido, memorista, que conoce partes —separadas— de su disciplina. Hace falta un estudiante *crítico, original*, por sobre la mera erudición" (Elizondo, *loc. cit.*; cursivas nuestras).

la uniformanía de los esquemas burocráticos que la práctica REAL de la investigación científica!

* * *

Anotación.—

La otra cara, del mismo asunto, es el nivel de *exigencia* que se le plantea a los estudiantes también. De nada vale que un profesor sea excelente, si la presión del medio (por no hablar de los reglamentos: p. ej., cf. *supra* IV, la Nota (c) de la Digresión 2) lo lleva a aprobar cierta cantidad de alumnos que, ya sea por poco capaces o por insuficiente aplicación al estudio —la mayoría de las veces son ambas cosas—, no alcanzan adecuados niveles de rendimiento para el curso. Se dirá que esta falta de rendimiento puede ser imputable, en alguna medida, al propio profesor. Eso es cierto, desde luego. Pero aun suponiendo que se dispusiera de profesores universitarios ideales, o que estén lo más cerca posible de serlo, buena parte de los alumnos no rendiría sensiblemente más de lo que rinde (poco); sin embargo, muchos de estos son aprobados. Las políticas de "democratización" de la enseñanza conducen a rebajar cada vez más el nivel cualitativo de esta, en pro del menor esfuerzo y de lograr una alta cantidad de egresados. La "eficiencia" de tal enseñanza es medida, claro está, en función de las cifras de aprobados (¡oh, los numeritos!), no por el nivel de sus *conocimientos*.

Como decía Láscaris (*loc. cit.*), he aquí "el primer escollo: la negación de que la vida tiene asperezas. Si la educación ha de preparar para la vida, ha de ofrecer aristas ásperas. Así como el aspirante a boxeador ha de aceptar que le aplasten la nariz, así el aspirante a persona ha de aceptar el verse en dificultades" (p. 153). "Acaso un grave peligro es, a medida que se ha alargado la vida media, la progresiva infantilización de la adolescencia. (...) El jugar en lugar de aprender, el paternalismo en lugar de la disciplina, el maternalismo [criterio del "pobrecito"] en lugar del paternalismo, el aprobar en lugar del suspender, han contribuido a ello" (p. 147). "La preocupación por hacerse fácil de comprender es consecuencia, no de un temperamento filosófico ni científico, sino de uno apologético. El pensador especula la teoría como sea, sin preocuparse de rebajarla, pues, si posee alguna validez, esta no saldrá ganando porque se la someta a un proceso de abaratamiento. (...) En mi tierra se dice que lo que poco cuesta, poco vale..." (p. 90).

"Por democratización se ha entendido que todos los adolescentes [o todos los universitarios] deben recibir la misma enseñanza. Y como la mayoría alcanza un nivel bajo, entonces se ha limitado el conjunto a ese nivel bajo. Así, los que enseñan se han puesto también [o se han visto *obligados* a ponerse] a ese nivel bajo. (...) Es decir, en lugar de procurarse, como norma, el establecer niveles minoritarios por encima, o paralelos, a los niveles mayoritarios, se propaga la mayorización de los minoritarios. El resultado es 'democratización', pero en su sentido *corrupto*" (*ibid.*, p. 149-150; cf. también p. 148). *Vid.* además *supra*, n. 4.

VII

Los desarrollos presentados en este artículo, cabe recalcarlo, no van dirigidos contra la existencia de reglamentos y planificación académicos *en general*, sino a señalar formas EXCESIVAS de lo uno y de lo otro. Llamo "excesivas" a las que ofrecen —cosa que, por desdicha, no es poco habitual— dos características esenciales: a) Esas normativas se revelan como básicamente *huérfanas de realismo*, por cuanto pretenden reglamentar aspectos que, dada su naturaleza, no consienten ser sometidos a estandarizaciones coercitivas, se trata de actividades cuya adecuada realización depende más que nada de la conciencia y voluntad de los *propios* sujetos llamados a cumplirlas. b) Peor todavía, son reglas que, en la práctica, obran *contra* el rendimiento académico real; conducen a *desincentivar* el ánimo docente, pues coartan la competencia y el entusiasmo por enseñar, obligando a los profesores a otorgarle más atención al cumplimiento de formalidades que a preocuparse por los resultados *mismos* de la enseñanza.

Estos excesos tienen su raíz en errores fundamentales de las teorías que inspiran, consciente o inconscientemente, la elaboración de dichos reglamentos: decisivas faltas de realismo en el examen de las situaciones que se enfrentan, y una no menos irrealista visión tanto acerca de los alcances *efectivos* que pueda tener el edictar ciertos preceptos para remediarlas (platonismo de las reglas) como en cuanto al tipo de normativa utilizable con vista a tales fines (confusión entre disposiciones preceptivas y exhortativas, fetichismo de las cuantificaciones, etc.). Constituyen modalidades del pensamiento teórico basadas en ese síndrome de preconcepciones que, por las características señaladas, conforman lo que bien puede llamarse una visión "tecnocrático-burocrática" de la labor universitaria.

Los alcances de esa ideología rebasan, con mucho, el ámbito de las labores administrativas, así dentro como fuera de la Universidad. Tal visión puede o no darse en quienes ejercen funciones administrativas, pero también aparte de ellas. No todo burócrata (empleo la palabra en su sentido técnico) tiene *mentalidad* "burocrática", ni está arraigada solo en personas que se encargan de dichas funciones. No es simplemente un reflejo mental ocasionado por el hecho de ejercer ciertos cargos, sino que se trata de una tendencia más general del pensamiento. Responde a *precomprensiones* internalizadas durante la formación —mejor dicho: *deformación*— intelectual que han echado raíces muy hondas y expandidas en nuestra civilización científicista; sus consecuencias se hacen sentir por doquier. Lo grave no es que tales enfoques existan y que se utilicen para una serie de actividades, sino que se aplican *más allá* de lo pertinente.

No discutiría que, para *ciertos* efectos, puede convenir y hasta ser indispensable el recurso a técnicas del pensamiento burocrático. Tampoco

he pretendido sugerir que se prescindiera de estas para *todo* lo relativo al funcionamiento de las universidades; propuesta que sería, más bien que utópica, simplemente estúpida. No se trata, si la crítica aquí presentada se toma en sus justos términos, de otra cosa que de confinar las disposiciones reglamentarias preceptivas a lo *verdaderamente* INDISPENSABLE. Pero si como "indispensable" no se entiende, a diferencia de los programas inspirados en el paradigma del hormiguero, la tarea de igualar —y, consecuencia inevitable, mediocrizar— los rendimientos docentes, sino que estará permitido *ejercer* la excelencia académica (vale decir, no solo proclamarla), entonces nada más indispensable, como primera —¡no la única!— medida, que EVITAR imposiciones burocrático-tecnocráticas en cuanto a la determinación de los contenidos y evaluaciones académicos. Ni que hablar, pues, de insembrar "investigaciones" por decreto...

VIII

Addenda 1.—

En realidad, los aspectos tratados en el presente artículo corresponden al marco de una problemática mucho más amplia que los puntos abordados por nosotros. Se trata, para decirlo de la manera más general, nada menos que del complejo juego de relaciones contradictorias que pueden englobarse bajo el rubro "Cultura y Administración" (tal el título de un ensayo de Theodor W. Adorno, recogido en Adorno/Horkheimer, *Sociológica*, Taurus, Madrid, 1971, p. 69-97; de dicho libro interesa especialmente también, para nuestro tema, el ensayo de Max Horkheimer titulado "Responsabilidad y estudio", p. 99-131). La idea central de la problemática allí enfocada es que, por ser la cultura (y su enseñanza) básicamente un producto de espíritu libres, mientras que la administración (burocracia) se esfuerza por lograr que todo quede sujeto a reglas uniformizantes preestablecidas, entre ambos extremos se da una "dialéctica" por la cual, cuanto más incide la segunda en la actividad de la primera, el resultado es que tiende a ahogar las mejores producciones de esta.

"La administración es extrínseca a lo administrado, lo subsume en lugar de comprenderlo; lo cual, incluso, estriba en la esencia de la misma racionalidad administradora, que simplemente ordena y envuelve. (...) La exigencia de administración de la cultura es esencialmente heterónoma: tiene que medir lo cultural, sea esto lo que fuere, con arreglo a normas que no le son inherentes [a lo cultural: por ejemplo, a la enseñanza], que no tienen nada que ver con la cualidad del objeto [p. ej., la materia *misma* de la enseñanza], sino exclusivamente con ciertos patrones traídos de fuera [p. ej., los numeritos]" (Adorno, p. 76-77). Y así es que, "gracias a cierta clase de entendimiento que se interesa por las ruedas del reloj [p. ej., cronogramas] y no por el tiempo que miden [¡los conocimientos *mismos!*], se persiste en la situación del joven [estudiante]"

que se absorbe en sus ensayos [p. ej., "investigaciones"] y le parece ser un adulto: todos se convierten, por decirlo así, en mecánicos [p. ej., en calculadores de promedios]. En la teoría se prendan enteramente de aquello a lo que pueda uno conectarse como algo inconcuso [¡los numeritos!], y se imaginan encontrar la seguridad en lo que les parece absolutamente cierto y mediante lo cual se está protegido frente a toda refutación; se enamoran de medios, métodos y técnicas de gran austeridad [promedios]... Uno se toma por un adulto si no sueña y juega con pensamientos. Con cuánta frecuencia he visto viejos profesores que eran más jóvenes y se declaraban partidarios de opiniones más libres que los estudiantes mismos —y no en último lugar cuando trataban con estos de cosas estudiantiles [p. ej., sobre la "objetividad" de proceder a la evaluación por porcentajes]—" (Horkheimer, p. 113-114).

Todo ello —también, por tanto, modelos de pensamiento como "el paradigma del hormiguero", "la teología de los numeritos", "el platonismo de las reglas", etc.— no constituye sino un ángulo de la manifestación de poderosas *ideologías* actuales. Se trata de fantasías colectivas que, a pesar de toda su falsedad desde el punto de vista científico, o mejor dicho, justamente *por* tener la virtud de desempeñar unas funciones mitologizantes que satisfacen profundas apetencias emocionales, logran alcanzar altos grados de *eficacia* social. Provocan conductas reales de quienes creen en la "ideología" del caso. Merced a los consuelos autoengañadores y en general a las resonancias afectivas que las "soluciones" —mágicas o cuasi mágicas— de la "ideología" le brindan a la gente, aquella alcanza un arraigo tal en la conciencia de las personas que, en la práctica, el razonamiento científico es impotente para desarraigarla de allí.

En efecto, "las 'ideas' que se tratan en 'la ideología' son ideas inde-mostrables, pero *decisivas*: contribuyen a cambiar un estado de cosas [o a impedir que se cambie]. El hecho de que sean vanas (sin prueba empírica asignable) no les impide ser *graves* (pesan y 'agitan')". (...) La aptitud de una idea para poner una masa en movimiento, para modificar el equilibrio de un campo de fuerzas, para inducir a tal o cual comportamiento, es independiente de sus valores de verdad, pero función, por una parte, de su modo de transmisión (tecnológica e históricamente determinado), y, por otra parte, del tipo de investimento o de adhesión cuyo objeto ella constituye. (...) Una idea vana que tiene efectos es una idea grave; una idea grave que no los tiene, es vana. Es la gravedad *material*, en este terreno, lo que constituye el criterio. El valor viene por el efecto, no por el objeto; o más bien, la Razón política elige como objeto propio el efecto de las ideas desprovistas de objetividad; y la Crítica, el estudio de las condiciones de eficacia de una idea, o de una ideología. (...) 'Ideología': ... esos lenguajes que no se originan ni se acaban en sí mismos, efectos de causa ausente, pero que a su vez causan efectos en *otras* partes además de en el discurso, y a distancia. Explicar las oraciones de Bossuet o las rogativas de Voltaire es referirlos a las coordenadas del contexto, del *fuera-del-texto*: buscar el sentido de esos discursos conduce a exiliarse de ellos.

(...) Es por lo que, en resumen, las falsas noticias [la 'ideología'] interesan más a la Razón política que las verdades teóricas que no circulan" (Régis Debray: *Crítica de la razón política*, Cátedra, Madrid, 1983, p. 104-105; hemos introducido algunas modificaciones de detalle en la traducción, y las cursivas son nuestras).

Ahora bien, he aquí que la visión tecnocrático-burocrática constituye, justamente, una de las "ideologías" más vigorosas y expandidas en el mundo contemporáneo. Y de ahí que, al fin de cuentas, críticas como la de Adorno y Horkheimer se han revelado tan acertadas como impotentes frente a ese fenómeno.

Por otro lado, cabe reconocer que tecnocracia y burocracia no son, como acaso podrían dar a entender algunas de nuestras observaciones, una y la misma cosa. Si bien existen fuertes lazos de simbiosis entre ambas esferas, a tal punto que en muchos aspectos conforman prácticamente un sector global, también es cierto que hay contradicciones entre ellas y diferencias de acentos en las respectivas ideologías. "Una diferencia fundamental entre el viejo cuerpo de funcionarios burocráticos y la nueva élite tecnocrática es que los primeros se inclinan fundamentalmente por sistemas de control social que sencillamente 'ordenan y prohíben'. Los burócratas esperan alcanzar sus objetivos infligiendo castigos a quienes no se conforman. Los tecnócratas, en cambio, se inclinan mucho más, en general, a usar sistemas de incentivos materiales y adoctrinamiento educacional como mecanismo de control social" (Alwin W. Gouldner, *La dialéctica de la ideología y la tecnología*, Alianza Universidad No. 212, Madrid, 1976, p. 329).

Para los efectos de nuestro examen hemos podido, sin embargo, prescindir de estas diferencias. En cuanto a lo que nos interesaba destacar aquí, ambas modalidades de control institucional confluyen hacia lo mismo: el aberrojamamiento de la enseñanza universitaria en moldes que obstaculizan el desarrollo "cultural" de sus contenidos. Las observaciones aquí formuladas se inscriben, en tal sentido, dentro del marco de aquellas corrientes críticas que, desde tiempo atrás, han ido llamando la atención sobre las consecuencias antihumanistas (o anti-"culturales", si se quiere) que tienen las tendencias burocráticas y tecnocráticas dominantes. "La crítica de la sociedad tecnocrática y su 'proyecto matemático' comenzó poco después de la Revolución Francesa... Condena la sociedad tecnocrática porque en ella no se examinan los objetivos de la vida, porque es una sociedad dirigida por hombres grises [cf. *supra*, n. 12a], sin espíritu, y en la cual la libertad, la espontaneidad, la imaginación, la voluntad y la creatividad están paralizadas; en la que la individualidad y la personalidad son sepultadas por el aumento de la formalización y la rutinización: están 'enfermas'" (*ibid.*, p. 325-326). Y de ahí que, al fin de cuentas, "las reformas pedagógicas aisladas, por indispensables que sean, no nos valen, y al aflojar las reclamaciones espirituales dirigidas a los que han de ser educados, así como por una cándida despreocupación frente al po-

usos de la palabra "ser" o de la palabra "libertad"; tal el caso, también, del uso de la palabra "investigación" en la Facultad de Derecho (y no solo en esta) (23).

(23) *Acotación.*—

En el Congreso para el cual preparé la ponencia en que se origina el presente artículo fueron abordados aspectos de indudable importancia para la vida de la Facultad, pero en general permanecieron allí inmovibles —más aún, prácticamente no llegaron ni siquiera a tematizarse— las pre-comprensiones de fondo que a lo largo de este trabajo se ponen sobre el tapete: paradigma del hormiguero, numerolatría, platonismo de las reglas ("wishful thinking"), etc. Por tal motivo, aunque mi ponencia se hallaba destinada solo a las labores de dicho Congreso, la publico en esta versión ampliada. Y si bien por ahora no veo mayor probabilidad de que los planteamientos contenidos en este ensayo sean tomados en cuenta para corregir prácticas habituales, o que tengan la suerte de ser discutidos a fondo, acaso algún día puedan correr mejor destino. Por si ese día llega, aquí quedan a disposición. [Pero dado el papel "ideológico" que desempeñan los paradigmas que impugno, y habida cuenta de lo que pasó con las observaciones formuladas por Láscaris...]

LA LIBERTAD SINDICAL DE LOS FUNCIONARIOS PUBLICOS

— la situación en Costa Rica —

Dr. BERNARDO VAN DER LAAT ECHEVERRIA

Profesor de Derecho Laboral

Decano de la Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica



SUMARIO

- 1.—Introducción.
- 2.—El Funcionario Público.
- 3.—La Libertad Sindical.
 - a) La libre sindicalización y la autonomía sindical;
 - b) El caso de los funcionarios públicos;
 - c) Contenido de la Libertad Sindical.
- 4.—La libre sindicalización y los funcionarios públicos en Costa Rica.
 - a) Aspectos generales;
 - b) El caso de las fuerzas militares y de las fuerzas de policía;
 - c) La tutela jurisdiccional de la Libertad Sindical;
 - d) Casos presentados contra el Gobierno de Costa Rica, resueltos por el Comité de Libertad Sindical de la O.I.T.
- 5.—Las convenciones colectivas y los funcionarios públicos en Costa Rica.
 - a) El marco jurídico...
 - b) Y su aplicación.
 - i) primer período: El Estado y sus entes no estaban obligados a celebrar convenciones colectivas;
 - ii) segundo período: validez de las convenciones colectivas celebradas voluntariamente por los entes públicos;
 - iii) tercer período: prohibición de celebrar convenciones colectivas para el Estado y sus instituciones;
 - iv) reconocimiento de la posibilidad de celebrar convenciones colectivas para el Estado y los entes públicos, sujetas a controles y límites;
- 6.—La huelga y los funcionarios públicos en Costa Rica.
 - a) no reconocimiento del derecho de huelga;
 - b) la conciliación y el arbitraje respecto a los funcionarios vinculados por una relación estatutaria.
- 7.—Conclusiones.
 - 1.—Introducción.

El presente trabajo pretende estudiar la libertad sindical de los funcionarios públicos en Costa Rica. Para tal propósito hemos considerado necesario determinar primero el marco de referencia, o sea, por una parte, el concepto de funcionario público en el ordenamiento jurídico costarricense; y por la otra, el contenido y alcance de la libertad sindical. Hecho esto será posible entonces estudiar la normativa vigente, la evolución histórica, el enfoque jurisprudencial y la realidad práctica.

2.—El Funcionario Público.

Con realismo ha sido señalada la inexistencia de una definición única de funcionario válida universalmente y la estrecha relación existente entre la noción y el estatuto del funcionario con cada ordenamiento jurídico en cuyo marco histórico, legislativo y jurisprudencial deben ser analizados.⁽¹⁾

En Costa Rica el marco normativo está dado por el Código de Trabajo y la Ley General de la Administración Pública (LGAP). El primero, que entró en vigencia el 15 de setiembre de 1943, dispone en su artículo 578 que "Trabajador del Estado o de sus instituciones, es toda persona que preste a aquél o a éstas un servicio material, intelectual o de ambos géneros, en virtud del nombramiento que le fuere expedido por autoridad o funcionario competente, o por el hecho de figurar en las listas de presupuesto o en el pago por planilla. Cualquiera de estas últimas circunstancias, sustituye, para todos los efectos legales, el contrato escrito". En la segunda, que entró en vigencia el 26 de abril de 1979, se habla de "servidor público" definiendo como tal a la persona que "presta servicios a la administración o a nombre y por cuenta de ésta, como parte de su organización, en virtud de un acto válido y eficaz de investidura, con entera independencia del carácter imperativo, representativo, remunerado, permanente o público de la actividad respectiva".⁽²⁾ Y de seguido, establece la citada Ley que se consideran equivalentes los términos "funcionario público", "servidor público", "empleados públicos", "encargado de servicio público", y demás similares.⁽³⁾ Opta así la Legis-

(1) SILVA CENCIO, Jorge en mesa redonda sobre el tema "Enfoque doctrinario sobre la aplicación del Derecho del Trabajo a los funcionarios públicos", en "Cursillo sobre el Derecho del Trabajo y los funcionarios Públicos", Biblioteca de Derecho Laboral N° 5, Montevideo, 1977, pág. 49.

(2) Artículo 111-1.

(3) Artículo 111-2.

lación costarricense por la unidad de los agentes públicos.⁽⁴⁾ Estas normas tienen un ámbito amplio de aplicación pues el artículo primero de la LGAP dispone que ésta (la administración) estará constituida por el Estado y los demás entes públicos. La trascendencia práctica de esta concepción habrá que analizarla en función de los derechos y limitaciones que tengan los funcionarios públicos pues si se le reconocen derechos mayores será mayor el número de sujetos favorecidos pero, en caso contrario, que es lo que suele suceder, igualmente será importante la cantidad de personas a las que se limita o niega determinados derechos.

La discusión sobre si el Derecho del Trabajo se aplica a los funcionarios públicos mantiene vigencia permanente⁽⁵⁾ pues, como ha sido señalado por PLA⁽⁶⁾ la evolución que llevará a que se regule el funcionario público por el derecho laboral o se le reconozca un estatuto especial todavía es "más una perspectiva que una realidad".⁽⁷⁾ Pero también ha señalado el maestro citado, que lo anterior tiene vigencia en el plano del derecho individual pero que en el plano colectivo, en la doctrina laboralista, implícitamente se está reconociendo que el derecho colectivo de trabajo abarca también a los funcionarios públicos.⁽⁸⁾

Señaló DE LA CUEVA⁽⁹⁾ que la primera cuestión que se plantearon los funcionarios públicos fue la de la Libertad Sindical. ¿Qué debemos entender por Libertad Sindical?

(4) Vid MARIN QUIJADA, E. "La negociación colectiva en la función pública", Bogotá, Editorial Temis, 1978, págs. 4-6.

(5) Vid nota explicativa de la Dirección de la Revista "Derecho Laboral" (Uruguay), T. XXVII, N° 136 al presentar el artículo de DE LA CUEVA "La situación laboral de los trabajadores públicos".

(6) "A propósito de las fronteras del Derecho del Trabajador" en "Estudios sobre Derecho Laboral, Homenaje a Rafael Caldera", Editorial Sucre, Caracas, 1977, pág. 330.

(7) PLA, *op. cit.*, pág. 330.

(8) PLA, *op. cit.*, pág. 316 "a) El derecho colectivo de trabajo es más amplio que el derecho individual del trabajo. En efecto, hay bastante consenso en afirmar que la relación del funcionario público con el Estado no se rige por las normas que regulan la relación individual de trabajo. Sin embargo todos los tratadistas de derecho laboral examinan si los funcionarios públicos tienen derecho de huelga y si los funcionarios públicos pueden formar sindicatos. O sea, que implícitamente están reconociendo que el derecho colectivo del trabajo abarca también los funcionarios públicos, aunque la respuesta pueda ser negativa o parcialmente negativa".

(9) "La situación laboral de los trabajadores públicos" en "Derecho Laboral", Montevideo, Tomo XXVII, N° 136, pág. 637.

3.—La Libertad Sindical.

a) La Libre Sindicalización y la Autonomía Sindical.

La Libertad Sindical está claramente establecida en el Convenio 87 de la Organización Internacional del Trabajo y comprende la libertad de asociación y la autonomía sindical.⁽¹⁰⁾ La libertad de asociación está reconocida en un doble plano, individual y colectiva.⁽¹¹⁾ En el plano colectivo, la fundación sin necesidad de autorización previa de organizaciones sindicales que no podrán estar sujetas a disolución en una administración y en el plano individual, la posibilidad de afiliarse libremente a éstas y, aunque el Convenio así no lo contemple, consideramos que también debe garantizarse la libertad sindical negativa.⁽¹²⁾

La autonomía, que presupone el derecho a la libre organización interna, a funcionar libremente y la facultad federativa.⁽¹³⁾ Aparte de estos dos aspectos de la Libertad Sindical se ha señalado por parte de RUSSOMANO, un tercero, la pluralidad sindical.⁽¹⁴⁾

Las disposiciones del convenio 87 están complementadas a nivel de convenio, especialmente por las de los números 98 y 135 que prevén la existencia de protección al ejercicio de la libre sindicalización y especiales garantías para los representantes de los trabajadores.

b) El caso de los funcionarios públicos.

Se ha analizado por la doctrina si las disposiciones del Convenio 87 son aplicables a los funcionarios públicos, sea si a la luz dicho instrumento estos trabajadores pueden ejercer la libertad sindical. Tanto

(10) También llamada por NAPOLI, "autarquía sindical" vid. "Manual de Derecho sindical", La Ley, Buenos Aires, 2da. edición, 1969, pág. 65, también usa ese término RIVAS BELANDRIA J.S., "La Libertad Sindical y la Legislación Venezolana", en "Estudios sobre Derecho Laboral", Homenaje a Rafael Caldera, cit. pág. 1146.

(11) JAVILLIER, Jean Claude, "Droit du travail", Librairie generale de droit et jurisprudence, París, 2da. Edición, 1981, pág. 184; MONTOYA, Alfredo, Derecho del Trabajo, Ed. Tecnos, 5 Edición, 1984, pág. 122.

(12) En igual sentido, RUSSOMANO, "Principios general de Derecho Sindical", Instituto de estudios políticos, Madrid, 1977, pág. 80, quien además considera que la existencia de las cláusulas de exclusión violan la libertad de trabajo (*op. cit.* pág. 83). El artículo 58, inc. f) del Código de Trabajo de Costa Rica expresamente prohíbe la inclusión de este tipo de cláusulas en las convenciones colectivas de trabajo.

(13) Vid RUSSOMANO, *op. cit.*, págs. 85-86.

(14) *Op. cit.*, pág. 77.

SALA FRANCO⁽¹⁵⁾ como ORTEGA⁽¹⁶⁾ al analizar los antecedentes del Convenio 87 llegan a una conclusión afirmativa pues en forma expresa en diversos documentos consta que esa libertad debía ser garantizada también a los funcionarios. Y, en general, la doctrina considera que sí están protegidos por el Convenio,⁽¹⁷⁾ con la salvedad que establece el artículo 9.⁽¹⁸⁾

c) Contenido.

Es necesario determinar, para el análisis posterior que haremos, si al hablar de libertad sindical debemos limitarnos al estudio de la libertad de asociación y de la autonomía sindical o, si además de las referidas comprende el análisis de la negociación colectiva y de la autotutela.

Prestigiosos autores se pronuncian por el criterio más amplio. Así, DE LA CUEVA sostuvo la tesis de la existencia de una "trilogía indisoluble del derecho colectivo del trabajo" a saber, el derecho de asociación, el de negociación colectiva y el de huelga⁽¹⁹⁾ y, en un sentido similar parece opinar JAVILLIER.⁽²⁰⁾ GIUGNI, analizando el principio de la libertad sindical desde un punto de vista dinámico, expresa que la afirmación de la libertad sindical comprende diversos aspectos como la auto organización, la actividad conflictual, la autotutela y la representación de intereses de categoría.⁽²¹⁾ En un análisis muy completo sobre el contenido de la libertad sindical ERMIDA URIARTE⁽²²⁾ des-

- (15) "La Libertad Sindical y los empleados públicos" (un estudio del derecho italiano), Instituto García Oviedo, Universidad de Sevilla, 1972, pág. 61.
- (16) "Los derechos sindicales de los funcionarios públicos", Editorial Tecnos, Madrid, 1983, págs. 81-82.
- (17) Entre otros, los siguientes autores: GIUGNI, Gino, "Diritto Sindacale" Cacucci Editore, Bari, VII edición, 1984, págs. 60-61; OJEDA AVILES, Antonio, "Derecho Sindical", Editorial Tecnos, Madrid, 1980, págs. 114, PARADA VAZQUEZ, J. Ramón, "Sindicatos y Asociaciones de funcionarios públicos", Editorial Tecnos, Madrid, 1968, pág. 56.
- (18) "1. La legislación nacional deberá determinar hasta qué punto se aplicarán a las fuerzas armadas y a la policía las garantías previstas por el presente convenio.
- (19) "La situación laboral de los trabajadores públicos", Derecho Laboral, Montevideo, Tomo XXVII, N° 136, págs. 648-649.
- (20) *Op. cit.*, pág. 184.
- (21) *Op. cit.*, pág. 64, similar posición sostiene OJEDA AVILES, *op. cit.*, pág. 103 y BOLANOS, Fernando "La libertad sindical en Costa Rica", Cefoc, San José, págs. 20-21.
- (22) "El papel de los sindicatos en las sociedades democráticas", en revista Derecho Laboral, Montevideo, Tomo XXVI, N° 129, Enero-Mayo 1983, págs. 56-61.

taca en el aspecto colectivo de ésta,⁽²³⁾ el ejercicio de ella ante el estado que comprende la facultad federativa, la autonomía, el derecho a la personalidad jurídica, la pluralidad sindical y el ejercicio de las funciones sindicales o acción sindical que comprende la negociación colectiva, la huelga, la acción reivindicativa y la acción participativa.

En la doctrina del Comité de Libertad Sindical de la Organización Internacional del Trabajo se reconoce al derecho de negociar libremente con los empleadores respecto a las condiciones de trabajo como un elemento esencial de la libertad sindical⁽²⁴⁾ en tanto que el derecho de huelga se conceptúa como medio esencial de que disponen los trabajadores para promover y defender sus intereses profesionales⁽²⁵⁾ aunque puede estar prohibido sin que se afecte la libertad sindical si existen procedimientos de conciliación y arbitraje adecuados, imparciales y rápidos.⁽²⁶⁾

El Código de Trabajo de Costa Rica, en su artículo 340 define como actividades principales de los sindicatos "a) celebrar convenciones y contratos colectivos...", en tanto que el artículo 346 determina como atribución exclusiva de la Asamblea General del Sindicato "... c) Dar la aprobación definitiva en lo que se refiere al sindicato a las convenciones y contratos colectivos que la Junta Directiva celebre... e) declarar las huelgas y paros legales...".

Por lo tanto, sea que se parta de una concepción doctrinal amplia de lo que comprende la libertad sindical, sea que tomemos como punto de referencia el dato normativo, el estudio de la libertad sindical nos lleva al análisis de la libre sindicalización, de la negociación colectiva y de la autotutela.

4.—La libre sindicalización y los funcionarios públicos en Costa Rica.

a) Aspectos generales.

El Artículo 60 de la Constitución Política de la República de Costa Rica consagra la libre sindicalización irrestricta en cuanto a los sujetos ya que no establece ninguna limitación a este respecto.⁽²⁷⁾ El

- (23) *Ibidem.* El contenido de la libertad sindical, según Ermida, comprende también un aspecto individual (la libertad sindical positiva y negativa), la libertad sindical ante el empleador y las organizaciones patronales y la libertad sindical ante otras organizaciones sindicales.
- (24) "La Libertad Sindical". Recopilación de decisiones del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT. Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, 2da. Edición 1976, pág. 91.
- (25) *Ibidem* pág. 110.
- (26) *Ibidem* pág. 111.

país también ratificó por Ley 2561 del 1 de mayo de 1960, el Convenio 87 de la Organización Internacional del Trabajo que no los excluye,⁽²⁸⁾ excepción hecha de lo previsto en el párrafo primero del artículo 9 en cuanto al grado en que dicho Convenio se aplicará a las fuerzas armadas y de policía, también ha ratificado los Convenios 98 y 135 y en el Código de Trabajo, en el título que regula las organizaciones sociales, —el quinto—, no se establece ninguna restricción al respecto. Y todas las normas citadas no han sido letra muerta toda vez que las organizaciones sindicales de los funcionarios públicos conforman quizás el sector más fuerte y activo del sindicalismo costarricense. En efecto, según la información que suministra del Registro de Organizaciones sociales del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social existen 352 sindicatos con un total de 132.549 afiliados de los cuales 122 son de empleados públicos con 70.079 afiliados.

El sindicato "Asociación Nacional de Empleados Públicos" (ANEP) y el llamado "Sindicato de Educadores Costarricenses" (SEC) que agrupa a maestros y profesores son dos de los más importantes, y aún ha existido un sindicato de los Empleados del Régimen de Servicio Civil.

Buen ejemplo de la vigencia de la libre sindicalización de los funcionarios públicos lo es el referido sindicato ANEP que registra una afiliación de 13.131 miembros y cuyos estatutos, debidamente registrados en el Registro de organizaciones sociales del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, disponen en su artículo quinto que "afiliados pueden ser todos los trabajadores que prestan sus servicios al Estado, a sus instituciones o a Gobiernos Locales...".

No obstante lo establecido por el artículo 60 de la Constitución Política, de lo dispuesto en el artículo 12 que proscribía el ejército como institución permanente podría interpretarse que existe prohibición de asociarse para los integrantes de las fuerzas militares que por convenio continental o para la defensa nacional se integren. Y recientemente se ha cuestionado si esa limitación alcanza a los miembros de los cuerpos policiales existentes: la Guardia Civil y la Guardia de Asistencia Rural,⁽²⁹⁾ lo que examinaremos a continuación.

(27) "Tanto los patronos como los trabajadores podrán sindicalizarse libremente, con el fin exclusivo de obtener y conservar beneficios económicos, sociales y profesionales. Queda prohibido a los extranjeros ejercer dirección o autoridad en los sindicatos".

(28) Ver punto 3-b).

(29) THOMPSON CHACON, Alan y HIDALGO VEGA, Jorge "La sindicalización de los Guardias Civiles y Rurales en Costa Rica", trabajo presentado a la Cátedra de Derecho Laboral Colectivo, Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica, 1985.

b) *El caso de las fuerzas militares, y de las fuerzas de policía.*

El artículo 12 de la Constitución Política dispone:

"Se proscribía el ejército como institución permanente. Para la vigilancia y conservación del orden público, habrá las fuerzas de policía necesarias.

Sólo por convenio continental o para la defensa nacional, podrán organizarse fuerzas militares; unas y otras estarán siempre el poder civil; no podrán en forma individual o colectiva".

En primer término cabe analizar si el artículo 12 limita el derecho constitucional a la libre sindicalización que reconoce el artículo 60. Tal suposición parece encontrar fundamento en el párrafo final que les prohíbe deliberar o hacer manifestaciones o declaraciones en forma individual o colectiva lo que implicaría, de hecho, que no pueden constituir sindicatos o cualquier otro tipo de organización como podría ser una asociación civil o una cooperativa. Sin embargo surge la duda de si ese sería el propósito del constituyente o más bien se estaría pensando en eliminar la posibilidad de los "pronunciamientos" de los ejércitos o fuerzas militares tan tristemente usuales en este continente y que tan nefasta incidencia han tenido en la vida política de tantas naciones americanas. Sea que la limitación se refiere a materia política y no profesional aunque en algunos temas la frontera puede resultar incierta.⁽³⁰⁾

Un segundo aspecto a considerar es el de si la prohibición se aplica únicamente a las fuerzas militares o alcanza también a las fuerzas de policía. Si la limitación fuera para los militares el asunto no tendría prácticamente trascendencia u aplicación ya que como indica el artículo constitucional, citado, en Costa Rica no existe ejército y solo por una situación excepcional pueden organizarse fuerzas militares situación ésta que no se ha producido desde que fue abolido el ejército en 1948. Si comprendiera también a los integrantes de los cuerpos policiales: la Guardia Civil con 4.500 efectivos y la Guardia de Asistencia Rural con 3.500 miembros. La duda surge de la segunda frase del párrafo tercero del artículo 12 de la Constitución atrás transcrito, específicamente en donde dice "unas y otras...". Cuál es el alcance de esa frase? Se refiere a las fuerzas militares y a las fuerzas de policía? o más bien a la primera frase que hace referencia de tipos de fuerzas militares, las que se organicen por convenio continental y las que lo sean para la defensa nacional? Thompson e Hidalgo⁽³¹⁾ al investigar en las actas de la Asamblea Nacional Constituyente en las que consta la discusión del artículo 12 determinaron que en la moción que fue sometida a consideración de la Asamblea Constituyente, la frase en cuestión estaba re-

(30) Para THOMPSON e HIDALGO, el artículo doce prohibió la posibilidad de asociarse y sindicalizarse, op. cit., pág. 38.

(31) THOMPSON e HIDALGO, op. cit., págs. 36-37.

dactada de la siguiente forma: "Solo por convenio internacional o para la defensa nacional podrán organizarse fuerzas militares, las cuales, *lo mismo que las de policía, estarán...*" (el subrayado es nuestro). Se desconoce por qué motivo en la versión final que modificó esa frase desapareció la referencia expresa a las fuerzas de policía lo que da base para intentar una interpretación restrictiva de la frase por tratarse de una limitación a un derecho constitucional y humano fundamental y así considerar que los integrantes de los cuerpos policiales sí tienen derecho a sindicalizarse.

Pero, independientemente de lo expuesto y de la razonable duda que lo ocurrido en la Asamblea Nacional Constituyente hace surgir sobre los alcances de la prohibición, es lo cierto que el punto no se ha planteado en la práctica y que se le ha reconocido la libre sindicalización a los miembros de la Guardia Civil y de la Guardia de Asistencia Rural. En efecto, tanto el Ministerio de Trabajo⁽³²⁾ como la Procuraduría General de la República⁽³³⁾ se han pronunciado por el reconocimiento del derecho de sindicalización aunque con acierto se ha señalado⁽³⁴⁾ que del análisis que hicieron ambas dependencias públicas en su pronunciamiento parece que no tuvieron presente el artículo 12 de la Constitución Política. Si bien no existe un sindicato que agrupe únicamente miembros de esos cuerpos policiales los policías y los guardias cuando lo han deseado, se han afiliado al sindicato Asociación Nacional de Empleados Públicos. Y en lo que respecta a las asociaciones civiles, miembros de la Guardia Civil constituyeron la "Asociación Cultural y Educativa para la Policía (A.C.E.P.O.)."⁽³⁵⁾

c) *Tutela jurisdiccional de la Libertad Sindical de los funcionarios públicos.*

La plena vigencia de la libertad sindical de los funcionarios públicos en sus aspectos de libre sindicalización y autonomía ha encontrado apoyo en los Tribunales en el único caso que se ha presentado a su consideración en la materia. En efecto, con ocasión de la elección

(32) Pronunciamiento emitido por la Dirección de Asuntos Jurídicos del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social bajo el número BAJ-927 del 4 de julio de 1984 ante consulta de la Asociación Nacional de Empleados Públicos.

(33) Pronunciamiento de la Procuraduría General de la República de 11 de setiembre de 1973 suscrito por el Procurador Administrativo y dirigido al Sub-director General de la Guardia de Asistencia Rural.

(34) THOMPSON e HIDALGO, op. cit., pág. 40.

(35) THOMPSON e HIDALGO, op. cit., pág. 41.

anual⁽³⁶⁾ de la Junta Directiva del Sindicato "Asociación Nacional de Empleados Públicos" (ANEP) se inscribieron dos listas de candidatos produciéndose graves enfrentamientos inclusive físicos entre ambas tendencias. Al producirse la elección los derrotados acudieron ante el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Departamento de Organizaciones Sociales, impugnando la validez de la elección hecha. Ante esa gestión, el Jefe de la Oficina tomó una serie de medidas: a) pidió al Tesorero Nacional y a otras oficinas e instituciones públicas que retuvieran los giros que correspondía hacer en favor de la ANEP en concepto de deducción de cuotas sindicales alegando que, mientras no se resolviera por parte del Ministerio la impugnación referida, la Asociación carecía de personería jurídica; b) pidió a los bancos del Estado no hacer efectivos los cheques girados por la ANEP; y c) inició un procedimiento administrativo tendiente a pronunciarse acerca de la validez o nulidad de la Asamblea cuestionada. El sindicato perjudicado presentó ante la Corte Suprema de Justicia un recurso de amparo contra el Ministerio de Trabajo, el Jefe del Departamento de Organizaciones Sociales y el Director General de Asuntos Laborales de ese Ministerio alegando la violación de los artículos 60, 11, 27 y 153 de la Constitución Política. Y la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia en sentencia número 155 de las catorce horas y treinta minutos del diecinueve de diciembre de mil novecientos ochenta y cuatro consideró, entre otras razones, que lo actuado por el Ministerio de Trabajo era una suspensión de las actividades del Sindicato decretada en vía administrativa y que "Esa suspensión es atentatoria de la Libertad Sindical, por que obstaculiza o impide, aunque sea de forma provisional, el libre funcionamiento de la Asociación y restringe el derecho de asociación...". Y, en consecuencia declaró con lugar el recurso en relación con la violación de los artículos 60, 11 y 153 de la Constitución Política, dejando sin efecto el procedimiento administrativo en que se había suspendido la inscripción de la Junta Directiva de la ANEP y ordenando la retención de giros y pagos.

Con base en ese antecedente jurisprudencial, otros casos que estaba planteados ante el Ministerio de Trabajo, similares al que originó el recurso de amparo, han sido desestimados y señalado a los interesados que deben recurrir a la vía judicial.⁽³⁷⁾

(36) Por disposición del artículo 346 del Código de Trabajo el período de nombramiento de los miembros de la Junta Directiva de un sindicato es de un año.

(37) Así en resolución del Departamento de Organizaciones Sociales del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, de las 14,00 horas del 3 de octubre de 1985 en denuncia de Luis Eduardo Núñez contra el Sindicato de Educadores Costarricenses.

d) *Casos presentados contra el Gobierno de Costa Rica resueltos en el Comité de Libertad Sindical de la Organización Internacional del Trabajo.*

El análisis de los casos presentados contra el Gobierno de Costa Rica ante la Organización Internacional del Trabajo y conocidos por el Comité de Libertad Sindical de la Organización del Trabajo a partir de 1965⁽³⁸⁾ nos da otro elemento de juicio importante sobre la conducta del Gobierno de nuestro país en materia de la libertad sindical de los funcionarios públicos. En el período indicado —1965-1985— el Comité de Libertad Sindical de la OIT conoció 20 casos contra el Gobierno de Costa Rica.⁽³⁹⁾ De esos únicamente, los números 717 y 1308 se refieren en forma directa o indirecta a funcionarios públicos del Poder Central, los 682, 702, 821, 859, 875 y 1112 a Instituciones Autónomas y el 1304 comprende aspectos de ambos. En el primero de ellos —el 717— la Confederación de Obreros y Campesinos Cristianos Costarricenses alegó persecución sindical del Gobierno contra el Presidente del Sindicato Unión de Empleados del Régimen de Servicio Civil. Sin embargo, —y aunque el Comité lamentó el retraso con que se produjo la respuesta del Gobierno de Costa Rica—, el asunto fue archivado por cuanto pese a repetidas solicitudes enviadas, los querellantes no contestaron al Comité y éste consideró que no disponía de información adecuada para pronunciarse.⁽⁴⁰⁾

El caso 1308, originado en una reclamación planteada por la ANEP a raíz de los sucesos a que dio origen el recurso de amparo comentado en el punto 4-c) anterior, el Comité de Libertad Sindical recomendó que la impugnación de elecciones sindicales fuera hecha ante las autoridades judiciales y que cuando se den esos casos no se debería paralizar el funcionamiento del sindicato. En relación con otros dos aspectos planteados por la ANEP: allanamiento de su local y detención de dirigentes, dijo el Comité que respecto al primero, dado que fue hecho con orden judicial y guardándose las formalidades legales, no requería un examen más detenido y en cuanto al segundo cargo, no obstante que los detenidos fueron puestos en libertad el mismo día el Comité señaló al Gobierno el principio de que la detención de dirigentes sindicales por motivos relacionados con el ejercicio de activi-

(38) Se supone que antes de esa fecha no se presentó ningún caso; los estudios realizados han encontrado casos a partir de ese año, que coincide con la apertura de la Oficina de la OIT en Costa Rica; véase al respecto, HURTADO Teresita y CASTRO Ana Lorena "La violación de los convenios de la OIT en Materia de Libertad sindical en Costa Rica", Tesis, Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica, 1983.

(39) Casos números 379, 563, 611, 635, 665, 682, 702, 717, 826, 821, 859, 875, 980, 982, 991, 1063 y 1108.

(40) O.I.T. Boletín Oficial. Informe 14 del Comité de Libertad Sindical Vol. LVI, Ginebra, 1974, párrafos 247-302.

dades sindicales, sin que se haya formulado contra ellos ningún cargo concreto, restringe el ejercicio de los derechos sindicales.

En el caso 682 se cuestionó la forma en que había sido integrada la Junta Directiva del Banco Popular y de Desarrollo Comunal. El comité consideró que no se había presentado prueba suficiente de que hubiera discriminación que afectara el principio de la libertad sindical y recomendó no examinar más el asunto.

En el caso 702 la Confederación de Trabajadores Democráticos alegó que con ocasión de una huelga de los empleados de la Caja Costarricense de Seguro Social se había producido la detención y el despido de dirigentes. Hecho el análisis se concluyó que no se había podido determinar violación alguna de los derechos sindicales y que el caso no requería una consideración más detenida.

En los casos 821, 859 y 875, resueltos conjuntamente, se alegó ingerencia del empleador y despido de diferentes secretarios generales de sindicatos de instituciones autónomas. En cuanto al primer aspecto se señaló al Gobierno la conveniencia de adoptar medidas legislativas especiales a fin de dar plena eficacia a dicho principio. Y, en lo concerniente al despido de dirigentes sindicales del sector público el Comité tomó nota que a las sentencias judiciales respectivas se desprendió que no existió violación de la libertad sindical aunque para prevenir actos de discriminación antisindical recomendó se pusieran en práctica medidas de protección en ese campo.

En el caso 1122 se alegó que el sindicato Asociación Sindical de Trabajadores de Acueductos y Alcantarillados había sido despojada de un local que le había sido cedido por la Institución. El gobierno reconoció que efectivamente eso había sucedido y que la Inspección General del Trabajo había iniciado las acciones legales contra la Gerencia de la institución. El Comité tomó nota e instó al Gobierno para que tomara las medidas para que el sindicato recuperara cuanto antes el local.

El caso 1304, quizá el de mayor trascendencia, fue planteado por todas las confederaciones sindicales existentes en el país, quienes reclamaron el no cumplimiento por el Gobierno de los convenios 11, 87, 98 y 135. La reclamación fue dirigida también contra el Fondo Monetario Internacional pero en este aspecto fue declarada no admisible. Luego de un detallado análisis en el capítulo de conclusiones, el Comité de Libertad Sindical decidió recordar al Gobierno la vigencia de los compromisos adquiridos al ratificar los convenios y que no es aceptable alegar otros compromisos o acuerdos para no cumplirlos. Que aún dentro del marco de una política de estabilización debe respetarse la negociación de convenciones colectivas aunque puede ser objeto de limitaciones en las negociaciones salariales. El Comité estimó imperativo el reconocimiento expreso del derecho a negociar colectivamente a los funcionarios excepción hecha de los que trabajan en los ministerios. Y al conocer de un aspecto de la reclamación relativa al derecho o de huelga para los

funcionarios de los bancos nacionalizados rogó al gobierno tomar las medidas tendientes a garantizar el derecho de huelga a estos trabajadores.

5.—Las convenciones colectivas y los funcionarios públicos en Costa Rica.

a) El marco jurídico.

Un análisis del ordenamiento jurídico costarricense en la materia permite concluir que no existe impedimento para la celebración de convenciones colectivas con los funcionarios públicos. Disposiciones de todos los niveles de la jerarquía de las normas reconocen esa posibilidad.

El artículo 62 de la Constitución Política dispone que "Tendrán fuerza de ley las convenciones colectivas de trabajo que, con arreglo a la ley, se convierten entre patronos y sindicatos de trabajadores legalmente organizados". No establece ninguna limitación respecto a los trabajadores que pueden suscribir este tipo de convenio. Si recurrimos al Código de Trabajo observamos que el artículo 4 define al patrono como "toda persona física o jurídica, particular o de derecho público..." por lo que tampoco existe obstáculo para los empleadores. Hay un título, —el octavo—, "del régimen de los servidores del Estado y de sus Instituciones" que no contiene ninguna disposición de excepción en este campo.

La definición de convención colectiva del artículo 54⁽⁴¹⁾ no limita la posibilidad de celebrarla a ninguna clase de empleador. Y el artículo 14 señala que "Esta ley es de orden público y a sus disposiciones se sujetarán todas las empresas, explotaciones o establecimientos de cualquier naturaleza que sean, públicos o privados...".

Costa Rica ratificó el Convenio 98 de la OIT por ley número 2561 del 11 de mayo de 1960, y, por lo tanto, de conformidad con el artículo 7 de la Constitución Política tiene fuerza superior a la Ley. Sus disposiciones consagran el derecho a la negociación colectiva y de las condiciones de empleo y su reglamentación por convenciones colectivas. No excluye a los trabajadores del Estado y sus Instituciones y si bien el artículo 6⁽⁴²⁾ puede llevar a confusión, la interpretación que la Comisión de Expertos de la OIT ha expresado aclara muy bien el sentido de esa disposición pues ha dicho que

(41) "Convención colectiva es la que se celebra entre uno o varios sindicatos de trabajadores y uno o varios patronos, o uno o varios sindicatos de patronos, con el objeto de reglamentar las condiciones en que el trabajo debe prestarse y las demás materias relativas a éste...".

(42) "El presente convenio no trata de la situación de los funcionarios públicos en la administración del Estado y no deberá interpretarse en modo alguno, en menoscabo de su derecho o estatuto".

"la exclusión del campo de aplicación del Convenio de las personas empleadas por el Estado o en el sector público, pero que no actúan como órganos de poder público incluso cuando se le haya conferido un Estatuto idéntico al de los funcionarios públicos en la administración del Estado—, es contraria al sentido del Convenio... no cabe concebir que importantes categorías de trabajadores que estén empleados por el Estado puedan quedar excluidos de los beneficios del Convenio por el mero hecho de su asimilación formal a los funcionarios públicos en la administración del Estado.⁽⁴³⁾

Finalmente diversas leyes se refiere a las convenciones colectivas con funcionarios públicos así lo hace el artículo 121 del Código Municipal⁽⁴⁴⁾ y la ley 6821, —creación de la Autoridad Presupuestaria—, en el artículo 9.⁽⁴⁵⁾

Establecido el marco normativo analizaremos ahora cómo se han aplicado e interpretado las normas.

b) ...y su aplicación.

Consideramos que es posible reconocer cuatro períodos en relación con el reconocimiento a los funcionarios públicos de la posibilidad de celebrar convenios colectivos, a saber, a) cuando se consideraba que el Estado no tenía que negociar; b) la aceptación tácita de la posibilidad de celebrarlas; c) la prohibición; y d) el reconocimiento de la posibilidad de celebrarla aunque sujeto a límites.

i) primer período El Estado no estaba obligado a celebrar convenciones colectivas.

Hasta 1943 no existieron normas en el ordenamiento jurídico costarricense que reconocieran la posibilidad de celebrar convenciones colectivas. En ese año fue promulgado el Código de Trabajo, aún vigente, cuyo capítulo tercero se titula "de las convenciones colectivas". El artículo 56 dispone, en su párrafo primero lo siguiente: "Todo patrono particular que emplee en su empresa o en determinado centro de producción si la empresa por la naturaleza de sus actividades tuviere que distri-

(43) O.I.T., Libertad Sindical y negociación colectiva; Conferencia Internacional del Trabajo, 58 reunión, Ginebra, 1973, p. 61.

(44) Mediante una reforma al referido artículo hecha por la ley N° 5573 del 17 de setiembre de 1974 se autorizan reformas presupuestarias para dar contenido a aumentos de sueldos pactados en convenciones colectivas.

(45) "En materia salarial, la Autoridad Presupuestaria respetará las normas que al efecto señalan las convenciones y convenios colectivos de trabajo celebrados entre los representantes del Estado...".

buir la ejecución de su trabajo en varias zonas del país, los servicios de más de la tercera parte de trabajadores sindicalizados, tendrá obligación de celebrar con el respectivo sindicato, cuando este lo solicite, una convención colectiva...".

En 1951, el sindicato de los trabajadores que laboraban en una finca propiedad de la Caja Costarricense de Seguro Social, institución autónoma pidieron a ésta iniciar conversaciones para negociar y firmar una convención colectiva. Sin embargo dicha institución se negó a negociar y cuando el asunto fue sometido a los Tribunales de Trabajo, la Sala de Casación dio la razón a la entidad patrono con fundamento en lo siguiente:

"Que el Tribunal Superior de Trabajo ha interpretado rectamente el artículo 56 del Código de la materia al entender que éste impone al patrono particular, en el supuesto que el mismo se refiere, la obligación de celebrar con el respectivo sindicato, cuando éste lo solicite, una convención colectiva con el fin inherente a tales convenios, obligación que no alcanza al Estado o sus instituciones pues el término particular que emplea el texto circunscribe la obligación a aquellos patronos que no son el Estado o sus Instituciones".⁽⁴⁶⁾

La referida sentencia provocó, como es lógico suponer, que en los años siguientes no se celebraran convenciones colectivas con el Estado y sus instituciones.

ii) *Segundo periodo: Validez de las convenciones colectivas celebradas voluntariamente por los entes públicos.*

Ante la supuesta prohibición del artículo 56 del Código de Trabajo los trabajadores buscaron otro mecanismo que les permitiera alcanzar las mejoras económico-sociales que no podían obtener a través de la convención colectiva. Y lo encontraron utilizando el procedimiento de conciliación, —que en la práctica es conocido como el conflicto colectivo de carácter económico social—, previsto en los artículos 500 y siguientes del Código de Trabajo como un mecanismo de solución de conflictos colectivos de trabajo y que es uno de los requisitos esenciales sin cuyo agotamiento no es posible que se reconozca una huelga como legal. El referido procedimiento de conciliación implica que los trabajadores deben presentar un pliego de peticiones de carácter económico social que es puesto en conocimiento del patrono y luego se integra un tribunal de conciliación que procura que las partes lleguen a un arreglo, —arreglo conciliatorio o convenio colectivo—. Los trabajadores del Estado y sus instituciones recurrieron a este procedimiento y al plantear el pliego de peticiones o pedían celebrar una convención colectiva o de hecho el pliego reproducía

(46) Sala de Casación N° 58 de las 15:10 horas del 20 de julio de 1951.

prácticamente el contenido de una convención. Los Tribunales de Trabajo consideraron que si bien no era obligatorio al patrono público firmar convenciones colectivas, aquellos convenios que voluntariamente celebrara eran plenamente válidos:

"si se ha llegado a un convenio colectivo por medio de un pliego de peticiones para obviar la prohibición contenida en las leyes laborales que impiden a los entes públicos convenir colectivamente con los sindicatos de sus trabajadores, dicha convención no puede ser desentendida porque tiene rango de ley profesional ya que tiene la misma fuerza legal que las convenciones colectivas del Código de la materia".⁽⁴⁷⁾

iii) *Tercer periodo: Prohibición de celebrar convenciones colectivas el Estado y sus instituciones.*

El 26 de abril de 1979 entró en vigencia la Ley General de la Administración Pública. El párrafo primero del artículo 112 de ella dispone que "El derecho administrativo será aplicable a las relaciones de servicio entre la administración y sus servidores públicos". Con base en esa disposición y en la del artículo 56 del Código de Trabajo que establece que únicamente los patronos particulares están obligados a celebrar convenciones colectivas, la Procuraduría General de la República el 14 de setiembre de 1979, en un pronunciamiento, sostuvo la tesis, basada en el principio de legalidad, de que el Estado solamente puede hacer aquello que expresamente le esté permitido, por lo que no puede celebrar convenciones colectivas de trabajo, pues "...todo aquello que a la administración pública no le esté jurídicamente autorizado le está definitivamente prohibido. Acorde con lo anterior, a nuestro juicio, no es procedente en ningún caso la suscripción de convenciones colectivas por parte del Estado y de los demás entes públicos, toda vez que no existe ninguna disposición en el ordenamiento jurídico que expresamente la autorice...".

Con base en la opinión de esa dependencia, el Consejo de Gobierno, en su sesión número 26 del 5 de octubre de 1979 emitió una directriz, con fuerza vinculante para todos los entes públicos en la que señaló que "El Estado y sus instituciones no están obligados a celebrar convenios colectivos con sindicatos de empleados y no pueden ni deben obligarse a suscribir del instrumento jurídico. El principio de legalidad básico en el Derecho Público, en virtud del cual la administración no puede realizar actos que no le estén expresamente autorizados, se los impide".

En el evento de que alguna dependencia o institución pública, contraviniendo lo establecido por la referida directriz, firmara alguna convención colectiva, el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, quien

(47) Tribunal Superior de Trabajo de San José, N° 442 de las 8:50 horas del 5 de febrero de 1974.

por disposición del artículo 57 debe recibir en depósito las que se celebren, lo que según lo dispuesto por el referido artículo y por una disposición judicial⁽⁴⁸⁾ un requisito esencial para la validez del convenio, se negaba a homologarla.

Igual imposibilidad se consideró que existía respecto de otro tipo de instrumento de negociación colectiva, el arreglo directo.⁽⁴⁹⁾⁽⁵⁰⁾

La directriz se llevó al extremo de considerar que al vencimiento de las convenciones que se encontraban vigentes al entrar en vigencia la Ley General de la Administración Pública, no cabía su denuncia ni la prórroga automática y que el Estado no tenía ninguna obligación de reconocer derechos adquiridos derivados de ellas.⁽⁵¹⁾ Posteriormente mediante otra directriz emitida por el Consejo de Gobierno en su sesión 135 del 2 de octubre de 1980 se estableció la posibilidad de la prórroga de las convenciones colectivas anteriores al 26 de abril de 1979 fecha de vigencia de la Ley General de la Administración Pública aunque se sujetó al cumplimiento de una serie importante de requisitos que prácticamente la anulaban.⁽⁵²⁾

iv) *Cuarto período: Reconocimiento de la posibilidad de celebrar convenciones sujetas a controles y límites.*

Con posterioridad a la directriz del Consejo de Gobierno del 2 de octubre de 1980 fueron múltiples los problemas surgidos entre los entes

(48) La Sala de Casación en sentencia N° 119 de 1962 (II sem. II T. y 853), "La convención colectiva de trabajo que no es depositada en la oficina de asuntos gremiales y conciliación administrativa del Ministerio de Trabajo, aún cuando es indubitable que se suscribió, no tiene valor legal, pues este se da a partir del momento del depósito en la oficina dicha".

(49) El arreglo directo está regulado por los artículos 497 a 499 del Código de Trabajo y consiste en un convenio o "arreglo" mediante el cual el patrono y sus trabajadores representados por un llamado "comité permanente" ponen fin a sus diferencias.

(50) Pronunciamiento N° C-204-79 de 14 de setiembre de 1979 de la Procuraduría General de la República suscrito por el Procurador Fernando Chinchilla Cooper y dirigido a la División de Asesoría Jurídica del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social.

(51) *Ibidem*.

(52) Dichos requisitos fueron los siguientes: "a) de existir incremento salarial, éste no puede exceder al aumento anual autorizado por el Poder Ejecutivo para sus funcionarios; b) si no existiera fijación por parte del Poder Ejecutivo, el aumento salarial se sujetará, a las recomendaciones que dicho poder haga; c) no será procedente autorizar ventajas ni beneficios adicionales que presenten erogaciones económicas, cuando éstas constituyan en la especie, desigualdad entre los propios entes descentralizados y los otros organismos públicos; d) de previo a suscribir el documento que contenga la suscripción de prórroga de la respectiva convención colectiva de trabajo, los representantes de la Administración Pública, deberán consultar obligatoriamente a la Procuraduría General de la República, a fin de que dicha institución se pronuncie sobre la procedencia legal del mismo".

públicos que tenían vigentes convenciones colectivas y los sindicatos de sus trabajadores sobre la aplicación de las cláusulas salariales de la convención en relación con las atribuciones de la Autoridad Presupuestaria.⁽⁵³⁾

En el Banco Nacional de Costa Rica, banco estatal, en 1982 se había acordado una reforma a la quinta convención colectiva que establecía una revisión anual de salarios;⁽⁵⁴⁾ en cumplimiento de esa cláusula se negoció un reajuste salarial que culminó en un acuerdo de fecha 30 de julio de 1983. Sin embargo al ser consultada la Procuraduría General de la República sobre la procedencia legal del acuerdo, el 26 de setiembre de 1983 emitió una opinión negativa. Esto provocó un serio conflicto y los trabajadores fueron a una huelga que, aunque fue declarada ilegal por los Tribunales de Trabajo, provocó que se firmara un acuerdo entre el Poder Ejecutivo, el Banco interesado y el Sindicato de los empleados mediante el cual se invistió a los diecisiete Magistrados que integran la Corte Suprema de Justicia, Corte Plena como árbitros iuris para que fallaran en única instancia y sin recurso alguno la referida discordia. Pero de previo a que los Magistrados intervinieran fue necesario que la Asamblea Legislativa mediante una ley otorgara competencia a la Corte Plena.⁽⁵⁵⁾ La Corte, en decisión de gran importancia en Laudo de las dieciséis horas del catorce de junio de mil novecientos ochenta y cuatro reconoció la posibilidad jurídica de que el Estado costarricense y los entes celebren convenciones colectivas de trabajo⁽⁵⁶⁾ aunque tal facultad no es

(53) La Autoridad Presupuestaria fue creada por el número 6821 publicada en La Gaceta del 26 de noviembre de 1982. Está definida como una Comisión que tiene entre sus funciones principales "a) formular las directrices de la política presupuestaria del sector público incluso en los aspectos relativos a inversión, endeudamiento y salarios"; (el subrayado no está en la ley).

(54) Artículo 59: "...el Banco estudiará cada año, antes del mes de setiembre, con la participación del Sindicato, la escala de sueldos, a fin de ajustarla si la elevación del costo de la vida lo justifica...".

(55) Ley N° 6933 de 22 de noviembre de 1983: "Otórgase competencia a la Corte Plena de la Corte Suprema de Justicia para que actúe como Tribunal Arbitral, y para que dicte el fallo en la discordia que existe entre el Poder Ejecutivo, el Banco Nacional de, según los términos del compromiso arbitral suscrito entre las partes el 7 de octubre de 1983".

(56) Por considerar de gran interés el análisis hecho en el Laudo sobre la posibilidad del Estado y sus Instituciones de celebrar convenciones colectivas, transcribimos a continuación, en forma textual, la parte del referido laudo que lo hace: "V. El Poder Ejecutivo sostiene que el Estado y sus instituciones se encuentran legalmente inhibidos para suscribir convenciones de trabajo con sus servidores, así, como consecuentemente reformar sustancialmente las ya suscritas. Ello con base en los artículos 11 y 112 de la Ley General de la Administración Pública que dispone quien es servidor público y que el Derecho Administrativo será aplicable a las relaciones de servicio entre la Administración y dichos servidores y el principio de legalidad —en virtud del cual la Administración no puede realizar actos que no le estén expresamente autorizados—, lo impide la suscripción de tales instrumentos jurídicos.

irrestringida pues señala el Laudo que al estar sometidas a la ley las convenciones colectivas encontrarán el obstáculo de que no podrán dejar sin efecto, total o parcialmente, artículos del Estatuto del Servicio Civil, —y con ese mismo razonamiento, agregamos nosotros de los estatutos vigentes para otros Poderes del Estado: ley de personal de la Asamblea Legislativa y el respectivo del Poder Judicial, amén de otras leyes específicas—, y, fundamentalmente a las disposiciones de la Ley de Creación de la Autoridad Presupuestaria, N° 6821 de 1982 y a las políticas económico sociales que el Estado pueda establecer con base en esta u otras disposiciones legales.

El Laudo arbitral comentado por lo tanto constituye un avance respecto de la etapa anterior en la que no se reconcilia posibilidad alguna de celebrar convenciones colectivas al Estado y los entes públicos aunque las limitaciones señaladas, especialmente en materia salarial, constituye una grave limitación.

6.—La huelga y los funcionarios públicos.

a) *No reconocimiento del derecho de huelga.* La Constitución Política, en el artículo 61 expresamente excluyó a quienes laboraran en

Ni la aplicación del Derecho Administrativo, cuando ello proceda, ni el principio de legalidad, son obstáculos para la suscripción de tales convenciones. En Costa Rica, si bien es cierto que no existe ley que expresamente las autorice y regule, su suscripción sí tiene fundamento legal y ha sido reconocida expresamente por el legislador. Así, el artículo 14 del Código de Trabajo, expresa: Esta ley es de orden público y a sus disposiciones se sujetarán todas las empresas, explotaciones o establecimientos, de cualquier naturaleza que sean, públicas o privados, existentes o que en lo futuro se establezcan en Costa Rica, lo mismo que todos los habitantes de la República, sin distinción de sexos ni de nacionalidades.

En el capítulo de ese Código sobre convenciones colectivas de trabajo, en sus artículos 54 y 55 que las definen y le otorgan fuerza de ley, no se hace ninguna referencia exclusiva a los patronos particulares ni se excluye expresamente a los servidores del Estado. Sólo el artículo 56 le impone a los patronos particulares la obligación de celebrar estas contrataciones, lo que implícitamente, las deja como facultativas para el sector público.

La aplicación del artículo 14 del Código citado, en relación con los artículos 578 y 579 de ese mismo texto legal, así como la disposición del artículo 74, de la Constitución Política llevan a la conclusión de que las convenciones colectivas en el sector público, sí tienen buen fundamento jurídico.

Por otro lado, en la legislación se encuentran ejemplos de expreso reconocimiento por parte del legislador. Así, la Ley N° 5573 del 17 de setiembre de 1974, que reformó el párrafo 2° del artículo 121 del Código Municipal, permite la reforma del presupuesto ordinario para aumentar sueldos como consecuencia de la suscripción de convenciones colectivas de trabajo, y la Ley N° 6821 de Creación de la Autoridad Presupuestaria, en su artículo 9, expresa: "En materia salarial, la Autoridad Presupuestaria respetará las normas que al efecto señalen las convenciones y conve-

actividades definidas por la ley como servicios públicos.⁽⁵⁷⁾ El Código de Trabajo, en el artículo 368 confirmó tal prohibición y estableció la obligatoriedad del arbitraje para resolver las diferencias que surjan en los servicios públicos entre los trabajadores y su empleador.⁽⁵⁸⁾ Y, en el artículo 369 detalló lo que para efectos de esa prohibición, se entiende por servicios públicos indicando, en su inciso a) "todos los que desempeñen los trabajadores del Estado o de sus instituciones, cuando las actividades de aquél y de éstas no sean también propias de empresas particulares de lucro...".⁽⁵⁹⁾

Al estar prohibida la huelga a los funcionarios públicos procede analizar si existen, tal como lo exige la doctrina del Comité de Libertad Sindical de la Organización Internacional del Trabajo "procedimiento de conciliación y arbitraje adecuados, imparciales y rápidos en que los interesados puedan participar en todas las etapas, y que los laudos arbitrales sean en todo los casos obligatorios para ambas partes y ejecutados en forma rápida y completa una vez dictados".⁽⁶⁰⁾

En efecto, el legislador costarricense incluyó ambos tipos de procedimientos en el Código de Trabajo (artículos 500 y siguientes) por lo que podemos examinar si en su funcionamiento cumplen los requisitos señalados.

nios colectivos de trabajo celebrados entre los representantes del Estado, sus instituciones o empresas, y las organizaciones sindicales...". De manera que el legislador ha reconocido las convenciones colectivas de trabajo en el sector público.

(57) Artículo 61: "Se reconoce el derecho de los patronos al paro y el de los trabajadores a la huelga, salvo en los servicios públicos, de acuerdo con la determinación que de estos haga la ley...".

(58) "No será permitida la huelga en los servicios públicos. Las diferencias que en estos ocurran entre patronos y trabajadores, sí como en todos los demás casos en que se prohíbe la huelga, se someterán obligatoriamente al conocimiento y resolución de los Tribunales de Trabajo".

(59) Los demás incisos comprenden los siguientes: "b) Los que desempeñen los trabajadores ocupados en la siembra, cultivo, atención o recolección de productos agrícolas, pecuarios o forestales, lo mismo que su elaboración, cuando de no realizarse su beneficio inmediato se deterioren dichos productos;... d) Los que desempeñen los trabajadores de empresas de transportes ferroviario, marítimo y aéreo, los que desempeñen los trabajadores ocupados en labores de carga en el muelle y atracaderos y los que desempeñen los trabajadores en viaje de cualquier otra empresa particular de transporte, mientras este no termine. d) Los que desempeñen los trabajadores que sean absolutamente indispensables para mantener el funcionamiento de las empresas particulares que no puedan suspender sus servicios sin causar un daño grave e inmediato a la salud o a la economía pública, como son las clínicas y hospitales, la higiene, el aseo y el alumbrado de las poblaciones; y e) Los que el Poder Ejecutivo declare así, en todo el territorio de la república o en parte de él, una vez que la Asamblea Legislativa haya hecho uso de su facultad constitucional de suspender ciertas garantías individuales".

(60) Oficina Internacional del Trabajo, *La libertad sindical*, recopilación de decisiones del Comité de Libertad Sindical, Ginebra, Segunda Edición, 1976, N° 322, págs. 118-119.

Debemos indicar que durante muchos años se consideró por parte de nuestros tribunales laborales que los trabajadores del Estado y sus instituciones, de previo a recurrir a un arbitraje, debían agotar el procedimiento de conciliación. No fue sino recientemente que se modificó ese criterio y ahora admiten que se someta un conflicto a arbitraje sin necesidad de agotar previamente el procedimiento de conciliación.⁽⁶¹⁾

Tanto la conciliación como el arbitraje se tramitan ante tribunales, —tribunal de conciliación o tribunal de arbitraje—, cuya integración es idéntica: el juez de trabajo del respectivo circuito judicial y dos conciliadores o árbitros, según corresponde, tomando uno de la lista elaborada por la Corte Suprema de Justicia a iniciativa de los empleadores y otros de la lista propuesta por los sindicatos lo que constituye una garantía teórica de imparcialidad y, en lo que respecta a la práctica, hasta donde nos ha sido posible determinarlo, también ha operado esa cualidad.

En cuanto a rapidez el procedimiento de conciliación por disposición del artículo 516 del Código de Trabajo, en ningún caso debe tener una duración mayor de treinta días⁽⁶²⁾ so pena de destitución para quienes resulten responsables. En tanto que el procedimiento de arbitraje si bien también tiene señalados términos cortos dentro de los cuales debe ser resuelto⁽⁶³⁾ en la práctica se han dado casos en que ha demorado en forma excesiva.⁽⁶⁴⁾

Existen adecuadas garantías para el cumplimiento de los arreglos logrados dentro de las diligencias de conciliación y del laudo arbitral.⁽⁶⁵⁾

(61) Así ocurrió en diligencias de arbitraje entre el Banco Nacional de Costa Rica y el Sindicato de Empleados del Banco Nacional de Costa Rica (expediente 837-84 del Juzgado Tercero de Trabajo de San José. Las partes al solicitar el arbitraje manifestaron que no había sido posible conciliar los aspectos sometidos. El Tribunal Superior de Trabajo de San José en resolución 413 de las 13:50 nrs. del 3 de abril de 1983 tuvo por bueno el procedimiento.

(62) En ningún caso los procedimientos de conciliación podrán durar más de diez días hábiles, contados a partir del momento en que haya quedado legalmente constituido el Tribunal de Conciliación. Al vencerse dicho término el Tribunal dará por concluida su intervención e inmediatamente pondrá el hecho en conocimiento de la Corte Plena, a fin de ésta ordene la destitución de los funcionarios o empleados judiciales que en alguna forma resulte culpable del retraso. No obstante lo anterior, a solicitud de las partes en conflicto, el Tribunal de Conciliación podrá ampliar este plazo hasta por veinte días hábiles más.

(63) Artículo 523: "Después de que se haya dado el trámite de resolución legales a los incidentes de que habla el artículo anterior, el Tribunal de Arbitraje se declarará competente y dictará sentencia dentro de los quince días posteriores..."

(64) Así en diligencias de arbitraje promovidas ante el Juzgado 3º de Trabajo de San José por los empleados del Banco de Costa Rica contra éste. Se iniciaron el 13 de abril de 1982 y el 23 de mayo de 1984 se notificó a las partes la sentencia del Tribunal Superior de Trabajo.

b) *La conciliación y el arbitraje respecto de los funcionarios vinculados por una relación estatutaria.*

Si bien no ha tenido mayor trascendencia práctica dado que en los últimos veinte años han sido muy escasos los casos ocurridos, desde un punto de vista teórico tiene mucho interés la situación de quienes se encuentran vinculados por una relación estatutaria con el Estado en cuanto ha determinar si pueden o no ser titulares de los procedimientos de conciliación o arbitraje.

Creemos coincidiendo con Marín⁽⁶⁶⁾ que no existe la menor duda desde el punto de vista del derecho positivo costarricense de que esas personas están legitimados para iniciar este tipo de procedimientos. La disposición, atrás citada, del artículo 368 del Código de Trabajo no deja la menor duda al respecto pues obliga a quienes no tienen derecho de huelga, que es el caso de estos trabajadores, a someter sus conflictos a la solución de los tribunales de arbitraje. Sin embargo, en uno de los pocos casos que se ha sometido a la jurisdicción laboral se aceptó la tesis mantenida por la representación del Estado de que al no existir relación laboral sino estatutaria era improcedente el arbitraje.⁽⁶⁷⁾ Luego del caso comentado no tenemos conocimiento de que no hayan planteado diligencias similares. Sin embargo, creemos que las razones que dio la Corte Plena de la Corte Suprema de Justicia al resolver el conflicto entre el Banco Nacional y el sindicato de sus trabajadores que fue analizado en el punto 5 d) anterior, en el que se reconoció sin excepción a los trabajadores del Estado y sus instituciones de negociar colectivamente con su empleador, son de aplicación en materia de arbitraje y por los mismos motivos por los que se reconoció el derecho de celebrar convenciones colectivas debe aceptarse la posibilidad de someter a arbitraje sus diferencias con el ente empleador. Sin duda de presentarse un nuevo caso necesariamente tendrán que tomarse muy en cuenta las razones dadas por la Corte.⁽⁶⁸⁾

7) *Conclusiones.*

1.—El ordenamiento jurídico costarricense opta por un criterio amplio de funcionario público según lo establecido por los artículos 111 y 1

(65) Artículos 509 y 528 del Código de Trabajo.

(66) MARIN, Raúl, "Estudio sobre la obligación que tiene el Estado y sus instituciones de negociar y firmar convenciones colectivas de trabajo. El caso particular del Ferrocarril Nacional al Atlántico" en "Cátedra de Derecho Laboral. Documento de Derecho Laboral N° 3 recopilados por Edgar Alfaro. Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica, policopiado.

(67) Sentencia arbitral N° 379 del Tribunal de Arbitraje del circuito primero de San José, de las 8 horas del 6 de agosto de 1980.

(68) Estando concluido este trabajo el Juzgado Primero de Trabajo de San José rechazó ad portas una petición para que se iniciara un procedimiento de conciliación y posterior arbitraje promovido por empleados adscritos al Ministerio de Salud (Expediente 660-85). El referido Juzgado en resolu-

de la Ley General de la Administración Pública y 578 del Código de Trabajo.

2.—Los funcionarios públicos, sin excepción han disfrutado y disfrutan en Costa Rica de la libre sindicalización y la autonomía de sus organizaciones sindicales, en la forma más amplia. Y cuando se ha producido algún atentado contra ese derecho los Tribunales han reestablecido su plena vigencia.

3.—Aún las decisiones del Comité de Libertad Sindical del Consejo de administración de la Organización Internacional del Trabajo, en los casos planteados contra Costa Rica, resaltan esa vigencia pues los asuntos sometidos han sido relativamente pocos y no graves y de ellos contados los resueltos en forma desfavorable para el gobierno.

4.—Si acogemos un concepto amplio y dinámico de la libertad sindical que comprenda la negociación colectiva y la autotutela, del estudio realizado podemos destacar lo siguiente:

a) No obstante de que en su evolución histórica se ha pasado alternativamente por períodos de prohibición y tolerancia, en la actualidad, el más alto tribunal del país actuando como tribunal arbitral, ha reconocido la posibilidad que tiene el Estado y sus instituciones de celebrar convenciones colectivas de trabajo aunque sujetos a límites y controles, fundamentalmente económicos a través de la Autotridad Presupuestaria.

b) A los funcionarios públicos no se les reconoce el derecho de huelga. Sin embargo existen procedimientos de conciliación y arbitraje. Los primeros se tramitan con rapidez. Los de arbitraje se prolongan en muchos casos más de lo debido. El cumplimiento de los acuerdos y laudos, en su caso, goza de adecuada protección.

ción número 768 de las 16 horas del 16 de octubre de 1985 ordenó el archivo de las diligencias, entre otras razones porque el "Ministerio de Salud es una dependencia del Poder Ejecutivo y como tal no puede por sí sola firmar arreglos o convenciones". Esta resolución puede ser apelada ante el Tribunal Superior de Trabajo de San José pero no llegará a conocimiento de los Magistrados que fallaron el arbitraje citado en la nota anterior por lo que eventualmente existirán dos criterios dispares, y en la práctica por la razón dicha prevalecerá el de los Tribunales de menor rango. Sin embargo el Tribunal Superior de Trabajo de San José, en la resolución N° 188 de las 9 horas del 13 de enero de 1980 dijo que "Si bien es cierto que no existe obligación en la ley para que una entidad de derecho público firme convenciones colectivas (artículo 56 del Código de Trabajo), no hay restricción sin embargo para que los empleados de tales organismos acudan al trámite de conflicto colectivo de carácter económico social, cuando tengan motivos razonables para obtener mejores condiciones de trabajo en sus relaciones con el Estado, trámite que tornen en su caso necesario, por ser el antecedente del arbitraje que es la vía legal que la misma ley establece para quienes carecen del derecho de huelga".

LOS ESTADOS Y LAS EMPRESAS PUBLICAS EN SU CONDICION DE SOCIOS EN EL COMERCIO INTERNACIONAL (*)

Dr. BERNARDO M. CREMADES
Abogado de Madrid

(*) Ponencia presentada en el VI Congreso de la Unión Iberoamericana de Colegios y Agrupaciones de Abogados, celebrada en Mar del Plata (Argentina), el día 20 de noviembre de 1984.

SUMARIO

- I. Introducción.
- II. Entidades públicas susceptibles de participar en el comercio internacional.
- III. La inmunidad y privilegios de las entidades públicas.
- IV. Restricciones a la libre elección de la ley aplicable.
- V. Excepciones a las reglas y usos del comercio internacional que implica la participación de entidades públicas.

I. Introducción

Hasta hace bien poco, la aceptación del arbitraje en el mundo de los negocios internacionales pasaba por el lógico recelo de quienes partían de una concepción clásica del concepto de soberanía, que miraba con malos ojos el hecho de que conflictos comerciales de empresas nacionales estuvieran domiciliados al margen de las fronteras territoriales. La internacionalización de economía mundial y los fenómenos de cooperación e incluso de integración supraestatal cambiaron la "soberanía de vitrina" hacia una negociación soberana entre Estados. Al ratificar convenios internacionales en materia de arbitraje, el Estado cede voluntaria y negociadamente sus facultades exclusivas de conocimiento de conflictos relativos a las empresas de su nacionalidad, comprometiéndose a ejecutar en sus fronteras las soluciones arbitrales a las que tras el procedimiento pactado entre las partes se pueda llegar. Es decir, el concepto clásico e inmaculado de soberanía pierde terreno por exigencias de la cooperación internacional. El Estado que ratifica convenios no por ello pierde sus facultades soberanas, sino que negocia sobre ellas precisamente en ejercicio de su propia soberanía.

Es bien sabido que el carácter latino tiende a exagerar emocionalmente las polémicas. Y no cabe duda de que en torno al arbitraje existe en los países de habla española una viva discusión mitificadora, en unos casos, y agresivamente desmitificadora en otros sobre el valor que haya que darse dentro del ordenamiento jurídico a la institución arbitral. Pocas personas estarían tan autorizadas a expresar lo indicado como el Profesor Guasp, cuando nos indica que "frente al arbitraje, no existe ningún grupo de juristas que no reaccionase vivamente, en favor o en contra, y acaso sea la mejor manera de diagnosticar la concepción del derecho que cada uno tiene, la de preguntarle, en sustancia, qué opina del arbitraje". Efectivamente, el arbitraje ha desatado una quizá excesivamente encendida polémica en los países de habla española.

En el arranque de dicha polémica, se encuentra un cierto tufillo tercermundista de protección frente al exterior —la propia del político o incluso del jurista de un país importador de capitales y tecnologías y al mismo tiempo exportador de mano de obra y de materias primas— que pretende defenderse frente a eventuales abusos del exterior. Como botón de muestra al respecto me voy a permitir traer aquí a colación la opinión de un respetado jurista español, altamente significativa por reflejar una postura encendidamente polémica frente al arbitraje comercial internacional. El Profesor Federico de Castro, maestro de todos los juristas españoles y antiguo juez de la Corte Internacional de Justicia, escribía todavía en 1979 que la cláusula compromisoria ha sido "impuesta por las fuerzas más o menos ocultas que manejan el tráfico internacional, para liberarse de cualquier disposición legal que les resulte molesta; lo que ha hecho del

arbitraje un instrumento tan eficaz como peligroso". Continúa hablando de "la poderosa corriente de intereses y de pensamiento que suele llamarse la nueva *lex mercatoria*". Para el conocido civilista español hay una verdadera campaña internacional de orquestación para conseguir "hacer del arbitraje un mito, respecto del que parece sacrilegio cualquier consideración crítica".

Si traigo aquí a colación la opinión de este gran jurista, a modo de muestra de lo que todavía puede leerse en ciertos manuales jurídicos hoy estudiados en las Facultades de Derecho a lo ancho y a lo largo de la geografía mundial en los países de habla española es precisamente para que quede en el punto de partida de mis observaciones el prisma ciertamente tercermundista que reina todavía en muchos países y que es la causa de no pocas dificultades para entender todo lo relacionado con el mundo del arbitraje. A la postre, la llamada Cláusula Calvo es fiel reflejo de cuanto venimos diciendo. Y constituye la cristalización de un ambiente poco favorable al sometimiento a fórmulas de solución de conflictos mercantiles que escapen al monopolio jurisdiccional del propio Estado. El diálogo Norte-Sur se encuentra muchas veces imposibilitado por el hecho de que el lenguaje empleado viene a ser distinto; frente a la aceptación del arbitraje y de fórmulas de autocomposición en el comercio internacional en los países altamente industrializados, perdura todavía en los no desarrollados la mitificación de sentido contrario del juez estatal y de cuantos organismos y personas estén investidos y respaldados por la soberanía nacional.

El hecho de que muchos empresarios de habla española utilicen con regularidad el arbitraje como solución de sus conflictos mercantiles internacionales, la realidad palpable de que los Estados, sus administraciones y sus empresas públicas firmen constantemente cláusulas de arbitraje, y se sometan sin problemas ulteriormente al procedimiento que de las mismas surja es buena prueba de que algo importante está cambiando. Quizá no se hayan enterado todavía algunos sectores de la doctrina universitaria, alejados de la realidad vivida en un mundo dinámico y constantemente en evolución como es el del comercio internacional, pero no cabe duda de que efectivamente los empresarios y sus juristas tienen ya acreditada experiencia en procedimientos de arbitraje. En algunos países, incluso, esta variación es ya un hecho y una realidad en la jurisprudencia de los tribunales, hasta el punto de que, por ejemplo, el Tribunal Supremo español no tuvo inconveniente en indicar en 1981 que quien, tras haber firmado una cláusula de arbitraje, no acudiese al procedimiento pactado, actúa "con un desprecio inadmisibles de los más elementales principios del tráfico jurídico internacional".

Constatar que los Estados, sus administraciones y sus empresas públicas participan hoy activamente en el mundo del arbitraje comercial internacional supone, no tanto admitir que el pacto de arbitraje no atenta a la soberanía de los Estados cuyas empresas así lo convienen, cuanto que los propios Estados cuando participan en el comercio internacional se someten a las habituales reglas del juego. Y una de ellas fundamen-

tal es la de que la solución de los conflictos en relaciones comerciales desnacionalizadas debe pasar por una institución neutral. Si los jueces estatales son por hipótesis independientes puede que no sean neutrales tratando de resolver conflictos mercantiles internacionales en los que pueda verse afectado alguien de su nacionalidad; mucho más, si una de las partes es el propio Estado, en cuyo organigrama público se encuentra incardinado el o los funcionarios encargados constitucionalmente de solventar los litigios. En resumen, la presente sesión abre un diálogo en profundidad sobre uno de los temas más vivos y actuales en el Derecho mercantil internacional.

II. Entidades públicas susceptibles de participar en el comercio internacional

Es clara la diferente situación en la que se encuentra el Estado o sus administraciones públicas respecto de sus empresas públicas. Estas habitualmente adoptan una personificación jurídico-mercantil, de forma que detrás del velo de, por ejemplo, una sociedad anónima se oculta su titularidad jurídico-pública.

La personificación jurídico-privada de las empresas nacionales no hace desaparecer, sin embargo, una problemática en la consideración del tema que nos ocupa. Las empresas nacionales son respaldadas por su propio Estado quien difícilmente, si no es perdiendo credibilidad internacional, puede dejar caer en quiebra alguna de sus empresas. Es decir, los compromisos contraídos por las empresas nacionales a la postre serán atendidos por el presupuesto público a través de las ampliaciones y disminuciones de capital que legalmente exijan las pérdidas acumuladas en el balance. En no pocos países los Estados han creado instituciones administrativas que actúan a modo de organismo holding de empresas nacionales. Es el caso español, por ejemplo y entre otros, del Instituto Nacional de Industria, organismo autónomo de la administración pública española y al mismo tiempo titular de buena parte del capital de las llamadas empresas nacionales. Estas, en principio, tienen autonomía propia; sin embargo, están sometidas al fuerte control del organismo propietario de su capital de forma que bastantes decisiones empresariales requieren la previa autorización del Instituto Nacional de Industria. Naturalmente, tiene el lógico recelo para avalar o afianzar las operaciones de sus diferentes empresas, pues en tanto que Administración Pública sus compromisos serán cumplidos por el Estado español.

De todo ello puede deducirse que no es lo mismo desde el punto de vista de la credibilidad internacional de los compromisos, cuando éstos son suscritos directamente por un Estado tras el acuerdo del Consejo de Ministros, por un organismo de la administración central del Estado, por una administración autonómica regional provincial o municipal o por una empresa pública. En este último caso, cabría esgrimir la limitación de responsabilidad que encubre la personificación jurídico-privada, en los demás las responsabilidades recaerán a la larga, directa o indirectamente, sobre

el presupuesto nacional del Estado. Bien puede decirse que los compromisos internacionales de un determinado ayuntamiento afectan exclusivamente a dicha administración pública municipal, pero difícilmente el Estado en cuestión podrá permanecer al margen de los efectos desacreditadores que un incumplimiento tal puede tener en el crédito internacional.

Sin necesidad de que participen directamente entidades públicas en el tráfico comercial internacional, pueden verse implicadas en el mismo como consecuencia de actividades exteriores de empresas nacionales. La mayoría de los Estados con un cierto nivel de desarrollo industrial se preocupan de dotar a la industria nacional de un sistema privilegiado de financiación en las operaciones con el exterior. Hoy se exporta por la calidad de los productos pero también por la financiación que pueda ofrecerse al comprador, que exige en no pocos casos como condición indispensable la existencia de un aseguramiento público frente a la insolvencia del comprador. De esta forma, el Estado queda implicado en operaciones de comercio exterior no sólo de sus empresas públicas sino de aquellas empresas residentes en su territorio que pretendan beneficiarse de la financiación y/o aseguramiento públicos, configurados como eficaces instrumentos para la promoción de las exportaciones.

Con razón se distingue entre las diferentes consecuencias que tiene la aparición del Estado *iure imperii* o *iure gestionis* en el mundo internacional de los negocios, es decir en el ejercicio de facultades soberanas o en su participación en el tráfico mercantil internacional como un comerciante más. En el primero de los casos, es lógico el respeto inmaculado a su soberanía, pues sus actuaciones son producto de la gestión de intereses públicos. Cuando participa el Estado en el tráfico mercantil internacional desciende en cierta forma de su posición soberana, se convierte en comerciante y como indicó gráficamente Lord Wilberforce "once a trader, always a trader". La distinción es clara desde un punto de vista teórico, pero la práctica se encarga de su difuminación. Piénsese que, por ejemplo, en no pocos Estados la inversión extranjera que se autoriza va en cierta forma orientada al fomento de las exportaciones; se potencian inversiones extranjeras, al objeto de fomentar las exportaciones con la correspondiente repercusión beneficiosa que ello tiene en la balanza comercial; la inversión es el producto de un cierto acuerdo entre la empresa inversora y el país receptor, con posibles consecuencias fiscales, de control de cambios, de participación en un mercado cuya libre competencia en cierta forma se restringe, licencias de importación y exportación, ... ¿dónde comienza en este caso la actuación estatal *iure gestionis* y dónde la *iure imperii*? Los temas antes indicados constituyen en principio manifestaciones indudables del ejercicio de facultades soberanas; pero cuando son concesiones estatales a una estrategia empresarial concertada pierden en buena medida su carácter original. En este punto, la distinción se diluye como lógica consecuencia de otras muchas zonas grises que se introducen en la actividad del Estado moderno, son los efectos jurídicos que conlleva la intervención estatal en diferentes sectores económicos de la sociedad actual.

No creo conveniente deba darse la importancia concedida por algunos en la doctrina al hecho de que la participación pública sea en el comercio internacional o en relación a inversiones extranjeras. En ambos casos el concepto es el mismo: participación del Estado o de sus entidades públicas en los negocios internacionales. Lo importante es que pacte un ente soberano con un particular, no que aquél pacte con éste con ocasión del comercio internacional o de una inversión proyectada. Los efectos vienen a ser los mismos.

Lo relevante es, en definitiva, la cualidad jurídico-pública de quienes intervienen en la contratación, para analizar las consecuencias que conlleva la contratación con un ente soberano. Bien entendido que en el momento actual la nitidez de la diferenciación desaparece con frecuencia. Pienso en concreto en los acuerdos de cooperación entre Estados soberanos que constituyen verdaderos contratos-marco para la ulterior articulación contractual entre particulares de uno u otro Estado. Me refiero igualmente, a los contratos de compensación que cada día se hacen más frecuentes como retribución en especie y a modo compensatorio de grandes suministros, a menudo de armamento. En estos casos, los acuerdos entre Estados son cumplimentados por diferentes contratos entre empresas privadas de diferente nacionalidad. Pero en todos ellos encontramos a un ente soberano participando en el mundo de los negocios internacionales.

Con razón resalta Böckstiegel la diferente aproximación al respecto en los países socialistas y en los Estados occidentales, aunque el resultado venga a ser el mismo. Y no podría ser de otra forma porque en el momento contemporáneo y mucho más en temas de negocios internacionales asistimos a una pragmática aproximación de las instrumentaciones socialista y occidental de la economía. Es precisamente en este marco en que nos movemos donde por ambas partes se han efectuado más concesiones, originariamente ideológicas, en favor de un entendimiento internacional.

En fin, no quiero concluir estas indicaciones iniciales sin resaltar la importancia jurídica que la matización de internacionalidad lleva consigo. En muchos países del área occidental la jurisprudencia de los Tribunales Supremos ha ratificado la plena validez y eficacia del sometimiento a arbitraje internacional; es decir, se han hecho saltar jurisprudencialmente por los aires las limitaciones existentes en el ordenamiento doméstico frente a eventuales cláusulas de arbitraje. Es conocida la decisión de la Corte de Casación francesa de 1966 diciendo que no rigen en el comercio internacional las limitaciones establecidas en el Derecho interno para que pueda someterse a arbitraje la administración pública. Dicha dualidad de regulaciones jurídicas frente al arbitraje, ya sea para el comercio interno o internacional está haciendo fortuna en bastantes países. En España la línea jurisprudencial del Tribunal Supremo es clara a la hora de determinar esa diferenciación, estableciendo que la Ley interna de 1953 reguladora del arbitraje sólo hace referencia al arbitraje doméstico, mientras que el internacional debe quedar enmarcado en el articulado de los convenios internacionales ratificados por España sobre la materia. Y en

concreto España, al igual que otros muchos países ha ratificado el Convenio Europeo de Ginebra de 1961, en cuyo artículo segundo se faculta a las personas morales de derecho público para concertar válidamente acuerdos o compromisos arbitrales; si el Estado español no hizo reservas ni limitaciones a la hora de ratificar dicho Convenio es lógico que los jueces españoles tengan que dar trato diferenciado al arbitraje interno y al arbitraje internacional, muy especialmente con ocasión de la participación de entidades públicas.

III. *La invocación de inmunidades y privilegios de las entidades públicas*

La participación de entidades soberanas en el comercio internacional refleja un desdoblamiento entre quien, en su ejercicio de "puissance publique", trata con sus ciudadanos con la lógica y constitucional superioridad y quien, al contratar en el mundo de los negocios internacionales como un comerciante más o como cualquier otro hombre de negocios, se somete a las reglas usuales de comportamiento. Esta es, en definitiva, la lógica interna, en cierta forma contradictoria, entre las facultades soberanas y la participación como uno más en las relaciones económicas internacionales.

El Estado y las administraciones públicas no deben olvidar en su contratación internacional el control presupuestario y sobre todo político en el marco de sus instituciones jurídico-públicas. Pero tampoco pueden prescindir de sus compromisos frente a terceros al margen de su soberanía.

Las cuestiones fundamentales que laten detrás de los posibles privilegios de las entidades públicas en su contratación se centran fundamentalmente en torno a si su condición de Estado soberano le permite invocar inmunidad de jurisdicción ante cualquier procedimiento arbitral que pueda iniciarse en base a la cláusula arbitral convenida en alguno de sus contratos internacionales y si, ulteriormente, puede esgrimir excepción de inmunidad frente al deseo de ejecutar sobre sus bienes el fallo de la sentencia arbitral condenatoria.

Ambas cuestiones vienen precedidas de la relativa a los requisitos exigidos para la validez del sometimiento a arbitraje de las entidades públicas.

1. *Requisitos para la validez del sometimiento a arbitraje de las entidades públicas:* en este y en todos los temas relativos al régimen excepcional de las entidades públicas para someterse a arbitraje es necesario efectuar una clara excepción al respecto. Me estoy refiriendo al régimen jurídico de las empresas públicas, las cuales por su personificación mercantil no escapan al régimen general, rigiéndose su validez y eficacia por la normativa establecida al efecto en el tráfico mercantil.

Los Estados y sus administraciones suelen tener en todos los ordenamientos jurídicos limitaciones que en muchos casos tienen rango constitucional. La división de poderes y el lógico control presupuestario de las administraciones públicas se reflejan en preceptos constitucionales como los citados a continuación de la vigente Constitución Española: "las administraciones públicas sólo podrán contraer obligaciones financieras y realizar gastos de acuerdo con las leyes" (art. 133, párrafo 4º), o "los presupuestos generales del Estado incluirán la totalidad de los gastos e ingresos del sector público estatal" (art. 134).

Para evitar eventuales fugas al control presupuestario del poder legislativo sobre el ejecutivo es frecuente en muchos ordenamientos encontrar disposiciones parecidas a la contenida en el artículo 39 de la Ley Presupuestaria española cuando nos dice que "no se podrá transigir judicial ni extrajudicialmente sobre los derechos de la Hacienda Pública, ni someter a arbitraje las contiendas que se susciten respecto de los mismos, sino mediante decreto acordado en Consejo de Ministros, previa audiencia del de Estado en pleno". Es decir, el ordenamiento jurídico quiere establecer unos requisitos especiales para que las administraciones públicas acudan a arbitraje o a solución transaccional; la idea es bien clara: sólo los jueces del propio Estado pueden, desde su independencia, establecer las consecuencias de ciertos compromisos y para precisar éstas al margen de la actividad judicial se imponen especiales requisitos.

Como es bien sabido, el tema ha sufrido una especial agilización en materia de arbitraje comercial institucional. El Convenio Europeo de 1961 precisa en su artículo segundo que "las personas morales consideradas por la ley a ellas aplicable como personas morales de derecho público estarán facultadas para concertar válidamente acuerdos o compromisos arbitrales". Los Estados a la hora de ratificar el convenio en cuestión, pueden establecer las limitaciones que tengan por conveniente, entendiéndose que si no lo hicieran —como en el caso español— la ratificación tiene lugar de forma general e indiscriminada.

La construcción jurídica de todo lo indicado tiene una base clara y sólida: frente a sus ciudadanos, el Estado necesita especiales requisitos para transigir extrajudicialmente o para someter sus eventuales litigios a arbitraje, como medida de especial garantía al eficaz control presupuestario sobre la actividad y los compromisos de la administración pública; los acuerdos de arbitraje comercial internacional que puedan establecer las administraciones públicas españolas se introducen de lleno en el marco de las reglas de juego del tráfico mercantil internacional y, entre ellas, la agilización producida por los tratados sobre arbitraje. La diferenciación no constituye sino la normal manifestación y consecuencia lógica del desvestimiento de soberanía del Estado y de sus administraciones cuando actúan en el tráfico mercantil internacional.

2. *La eventual inmunidad de jurisdicción:* una vez que el Estado o sus administraciones públicas han suscrito una cláusula de arbitraje, se han comprometido con carácter internacional y de forma irrevocable. Es decir, el convenio arbitral implica *per se* una renuncia a eventuales excepciones de inmunidad de jurisdicción. Esta no existe ni se puede utilizar como excepción cuando la actuación del Estado o de sus administraciones públicas se encuentra dentro de lo que se ha venido en calificar *iure gestionis*; pero incluso en el caso de sus actividades *iure imperii*, el convenio arbitral ha de entenderse como renuncia implícita a toda inmunidad de jurisdicción.

A mi juicio, no valdría argüir el hecho de que quienes firmaran el acuerdo arbitral en representación de las administraciones públicas de un Estado no hubieran cubierto los requisitos internos establecidos por su ordenamiento jurídico público para la validez de las cláusulas arbitrales. Así se puede argumentar en base a lo dispuesto en el artículo segundo del Convenio Europeo de 1961 y de forma más global por lo que implica de participación del Estado en el tráfico mercantil internacional, sometiéndose a sus específicas reglas del juego. De la misma forma que quien con apariencia innegable de poder suscribe unos compromisos en representación de una empresa, los convierte en eficaces por exigencias de la seguridad en el tráfico, igualmente emerge la presunción de validez contenida en la apariencia de apoderamiento que supone contraer unos compromisos por representantes de administraciones públicas frente a terceros en el tráfico mercantil internacional. Todo ello, sin perjuicio de las responsabilidades en que pudieran incurrir aquellos representantes que firmaran convenios de arbitraje en representación de administraciones públicas sin haber solicitado previamente las autorizaciones que su propio ordenamiento pudiera establecer al efecto. Sin embargo, frente a terceros, los compromisos contraídos serían perfectamente vinculantes, salvo que pudieran cuestionarse poniendo en duda los requisitos esenciales para la validez y eficacia de los contratos. Pero esta cuestión presupone por hipótesis el abandono de privilegios de inmunidad y obliga a descender a la arena de la discusión jurídico-privada.

3. *Posible excepción de inmunidad de ejecución:* desde la óptica del ordenamiento jurídico interno de un país, ya hemos visto que sólo es posible, como regla general que las administraciones públicas sean condenadas por sus jueces y tribunales estatales. Incluso, cuando éstos han pronunciado una sentencia condenatoria, es frecuente encontrar disposiciones que prohíban "dictar providencias de embargo contra los derechos, fondos, valores y bienes en general de la Hacienda Pública" (art. 44 de la vigente Ley Presupuestaria Española). Se dice que, el cumplimiento de las resoluciones judiciales corresponde "exclusivamente a la autoridad administrativa que sea com-

petente por razón de la materia", y que ésta "acordará el pago en la forma y con los límites del respectivo presupuesto, y si para el pago fuere necesario un crédito extraordinario o un suplemento de crédito, deberá solicitarse de las Cortes uno u otro dentro de los tres meses siguientes al día de notificación de la resolución judicial (igualmente, art. 44 de la mencionada Ley)". El principio de separación de poderes implica el control presupuestario y la necesaria intervención de la administración pública para el cumplimiento de las sentencias judiciales que hubieran sido dictadas en su contra.

Sin embargo, este esquema no rige para los compromisos contraídos al margen de nuestras fronteras cuando éstos son objeto de sentencias judiciales o arbitrales dictadas fuera del territorio soberano. El juez al ejecutar sus propias sentencias judiciales o las arbitrales no está sometido a todas estas restricciones respecto del Estado extranjero contra el que se pide la ejecución. Con razón dice el artículo 55 del Convenio de Washington de 1965, que lo dispuesto en materia de reconocimiento y ejecución del laudo arbitral en el marco de dicho tratado, no puede ser interpretado "como derogatoria de las leyes vigentes en cualquier Estado contratante relativas a la inmunidad en materia de ejecución de dicho Estado o de otro Estado extranjero". El sometimiento a arbitraje y el desarrollo ulterior del procedimiento arbitral afecta a la inmunidad de jurisdicción, pero la pretendida inmunidad de ejecución camina por otros cauces.

La problemática en torno a la inmunidad de ejecución se encuadra más en el ordenamiento del país donde se solicita la ejecución que el del país contra el que se pretende ejecutar, pues si la ejecución solicitara en este último el cumplimiento de los compromisos desupuestaria. La ejecución contra un Estado o una administración pública extranjeros en un determinado país es un problema de difícil solución jurídica y sobre todo diplomática. En algunos casos muy claros, el tema está solucionado por el Convenio de Viena de 18 de abril de 1961 relativo a los privilegios e inmunidades diplomáticas cuando dice que los bienes afectos a la actividad de los agentes diplomáticos están amparados por la inmunidad, tanto de jurisdicción como de ejecución. Pero hay otros muchos bienes no cubiertos, a mi juicio, por el Convenio de Viena que son los que han exigido diversas precisiones en las legislaciones nacionales, entre las que constituyen un prototipo las dictadas en Estados Unidos, en el Reino Unido o en Canadá. Sin embargo, constituiría un grave error de óptica pretender generalizar los criterios contenidos en legislaciones domésticas al respecto, pues sólo tienen validez y eficacia dentro del país en cuestión. El intento de generalizar las distinciones y matizaciones efectuadas por dichas legislaciones domésticas a otros países carece totalmente de sentido. Constituyen una pieza más del Derecho procesal interno del país en cuestión.

En otros muchos ordenamientos jurídicos hay que acudir a la jurisprudencia de los tribunales para ver cuál es el comportamiento diario sobre la materia. Antes, la jurisprudencia más generalizada en muchos países era la de admitir y aplicar la llamada teoría absoluta de la inmunidad de ejecución. Hoy parece tener más adeptos la llamada teoría relativa, la que sólo admite la excepción de inmunidad de ejecución para aquellos casos que no impliquen participación del Estado o de sus administraciones públicas en el comercio internacional y tengan su origen exclusivamente en actos propios del *iure imperii*. Igualmente existe una tendencia bastante generalizada en la jurisprudencia de muchos países occidentales que distingue la eficacia de la inmunidad de ejecución según que se trate de bienes de un Estado extranjero afectos en cierta medida a una actividad comercial o de aquellos otros que son única y exclusivamente utilizados para funciones públicas o actividades soberanas. Como es lógico, estas líneas jurisprudenciales no son sino líneas de comportamiento y por lo tanto dejan en la práctica importantes zonas grises; me estoy refiriendo, por ejemplo, al comportamiento no claro y definitivo de los tribunales estatales en torno a la posible ejecución o no de compromisos contractuales frente a cuentas corrientes de los bancos centrales extranjeros.

Toda esta materia tiene una gran relación con la llamada protección diplomática, de difícil caracterización jurídica. ¿Hasta qué punto un Estado que ha renunciado a su inmunidad de jurisdicción, sometiendo a un procedimiento arbitral en el extranjero, puede solicitar de otro Estado la protección diplomática para impedir la ejecución del eventual laudo arbitral sobre bienes de propiedad o de sus administraciones públicas situados al margen de sus fronteras? Si estos bienes no están cubiertos por la inmunidad diplomática concedida a nivel internacional por un convenio, colocará al Estado que recibe la solicitud de protección diplomática en una comprometida situación. Esta consiste principalmente en el hecho de que recibe presiones de un Estado extranjero en favor de garantizar su inmunidad en fase de ejecución, pero por otro lado corresponde a sus jueces conceder o denegar con total independencia la excepción al respecto, pues estos con arreglo a cualquier constitución occidental deben ser "independientes, inamovibles, responsables y sometidos únicamente al imperio de la ley" (art. 117 de la vigente Constitución Española). ¿Hasta qué punto la intervención de los funcionarios del Ministerio de Asuntos Exteriores puede ser eficaz y en qué medida puede constituir una presión tipificada en el Código Penal por intrusión ilícita en actividades de la exclusiva competencia de los jueces?

En materia de inmunidad de ejecución cobran especial importancia los términos en los que se encuentre redactada la cláusula de sometimiento o arbitraje. Cuando una de las partes sea un Estado soberano o una de sus administraciones públicas es aconsejable se incluya una clara renuncia, tanto a la inmunidad de jurisdicción como

a la inmunidad de ejecución. Salvo en los casos de cobertura por vía de tratado internacional o de aplicación de una legislación doméstica clara sobre la materia, los jueces deberán atender, más que a las presiones diplomáticas, a la redacción del texto de renuncia a tales posibles excepciones. En la idea de que si se ha renunciado de forma tajante, la excepción del Estado extranjero deberá ser, no sólo denegada, sino considerada como verdadero y auténtico abuso de derecho generador de las responsabilidades que puedan derivarse del *venire contra factum proprium*. En cualquier caso, contraria a las reglas de la cortesía que no son sino clara manifestación de los principios generales del Derecho internacional que deben regir la conducta de los Estados.

IV. Restricciones a la libre elección de ley aplicable.

El Derecho internacional actual ha sido hasta hace bien poco el aluvión de un largo proceso que se remonta a la Europa de la Edad Media. El resultado ha sido un protagonismo exclusivo y en ciertos momentos excluyente del Estado como sujeto por excelencia de las relaciones internacionales. Además, el surgimiento del llamado Derecho internacional privado como conjunto sofisticado de métodos posibles para la regulación jurídica del tráfico externo, la coordinación entre el derecho extranjero y el derecho del foro como método de atribución, aparece en muchas ocasiones como construcción puramente dogmática de un conjunto de elementos enzarzados con una rígida lógica jurídica. El llamado Derecho internacional privado aparecía hasta hace bien poco como un mosaico de normas jurídicas dictadas por los diferentes Estados, que actuaban en el mundo de las relaciones internacionales a modo de reinos de Taifas. La labor del jurista venía quedando reducida al estudio de los conflictos de leyes y al establecimiento de unas lógicas normas de conflicto presididas en buena medida por la implacable eficacia de una guadaña, utilizada a veces jurisprudencialmente con exceso, llamada orden público.

La lectura de algunos manuales españoles de Derecho internacional privado da la impresión de que sus autores contemplan con enorme complacencia el ombligo de la existencia de su propia disciplina, pero sin acercarse a la realidad de la cooperación internacional en el momento actual. La encendida polémica en torno a las ventajas y los inconvenientes del método conflictual pueden dejar perplejo en gran medida al práctico de las relaciones económicas internacionales. En pocos sectores del ordenamiento jurídico español hay un alejamiento más distante entre la ciencia y la práctica. Todo ello agravado en los países de habla española por el encumbramiento que realiza gran parte de la mejor doctrina —anclada con exceso en el positivismo jurídico— del juez estatal y de la legislación doméstica. La consecuencia ha sido el desorbitado uso y abuso del orden público "como el medio más cómodo y fácil de fundamentar la competencia de la ley española respecto de relaciones y situaciones de tráfico jurídico

externo, hasta tal punto de que es lícito preguntarse aquí si en la dialéctica entre ley nacional y orden público el papel jugado por éste en la práctica española es el de regla más que el de excepción" (Carrillo Salcedo).

La actividad mercantil internacional escapa en buena medida a los esquemas y al método de trabajo del llamado Derecho internacional privado, excesivamente conectado todavía en España a sus orígenes civilísticos. Las normas materiales de derecho internacional privado como reconocimiento de una regulación sustantiva vivida y vigente en el comercio internacional son una de las primeras grietas en ese edificio lógico y tan aparentemente bien construido, pero de escasa solidez si se trata de utilizar sobre las bases de un extraordinario cambiante quehacer en el mundo de los negocios internacionales. Los empresarios han generado espontáneamente su derecho profesional, no como escapatoria a las legislaciones nacionales, sino precisamente porque éstas no han sabido dar respuesta a un fenómeno que escapa a sus posibilidades de captación: la desnacionalización en buena medida del tráfico mercantil como consecuencia de la cooperación internacional. Esta grave fisura, que ha supuesto sin lugar a dudas la aparición de un derecho desnacionalizado y el surgimiento de un derecho mercantil unificado por tratados internacionales o respaldado inter-estatalmente en el marco de las Naciones Unidas a través de la diaria labor de la UNCITRAL, ha visto agravadas sus consecuencias con la directa participación de los Estados y de sus administraciones públicas en el comercio internacional.

A partir de entonces, la cuestión es si el llamado Derecho internacional privado puede hacer frente al nuevo fenómeno internacional de cooperación y, sobre todo, si sus raíces civilistas impiden la fertilidad de sus postulados y deben ceder el paso a la nueva óptica de internacionalización de los expertos en los diferentes sectores del ordenamiento jurídico y en concreto de los mercantilistas. Para ser más concretos en nuestro planteamiento, la gran duda consiste en saber si el llamado Derecho internacional privado ha dejado de ser privado para tener que admitir en su seno también al derecho público de los Estados como consecuencia lógica de un doble fenómeno: la incardinación de la principal actividad comercial en un marco jurídico público y la necesaria consecuencia de que la intervención del Estado o de sus administraciones públicas, aunque a título de comerciantes o de hombres de negocios, no puede separarse del ordenamiento jurídico-público que regula su vida y existencia.

Pensemos en un caso tan puramente jurídico-privado como es un contrato de suministro internacional simplemente caracterizado por ser de grandes magnitudes. El fomento de la exportación aparece hoy en día como punto crucial de cualquier economía en un país medianamente industrializado. Hoy no se vende tanto por la calidad del producto y por su precio como por las facilidades de que el vendedor disponga para la financiación de su pago. No suele ser muy raro el supuesto de que en grandes contratos de suministro aparezca una empresa pública estatal vendiendo sus productos, con la financiación de bancos estatales en forma de

crédito al comprador, asegurando el riesgo de incumplimiento o insolvencia de éste por medio de una compañía estatal del país exportador y financiador, todo ello complementado con especiales créditos flojos que de una u otra forma aparecen consignados en el presupuesto nacional bajo el epígrafe de ayuda a países en vías de desarrollo. ¿Hasta qué punto puede decirse que un contrato en teoría puramente comercial, escapa a las disposiciones jurídico-públicas reguladoras del fomento a la exportación, de la financiación exterior al comprador, del aseguramiento frente al riesgo de insolvencia de éste o, sobre todo, de la ley presupuestaria que aprueba las partidas relativas a las ayudas a los países en vías de desarrollo? El Derecho privado y el público aparecen inseparablemente unidos en éstos y en otros muchos temas, de forma que el llamamiento a una ley nacional como reguladora de un determinado contrato no puede ni debe dejar al margen el Derecho público de la legislación en cuestión. Y no porque tenga carácter de legislación de policía o de seguridad o de orden público, sino porque las partes buscan los productos objeto del suministro pero en determinadas condiciones de financiación y aseguramiento que no pueden tener sino respaldo público ante las magnitudes de las cifras y de los riesgos.

Por otro lado, la intervención de un Estado o de sus administraciones públicas colorea en buena medida el carácter público de las disposiciones invocadas como ley aplicable. Si el Estado español suscribe un contrato regido expresamente por la ley española, ¿por qué limitar el contenido de ésta al ámbito de lo jurídico-privado si la actividad de la administración pública difícilmente puede separarse del Derecho administrativo que la regula? ¿Si el Estado español suscribe ese mismo contrato sometido a una ley extranjera, cómo justificar que su ley personal reguladora de la capacidad jurídica y de obrar no se encuentra referida al Derecho administrativo español?

Es lógico que nos preguntemos también si la situación actual del comercio y de los negocios internacionales no exigen un replanteamiento de la línea diferenciatoria entre Derecho internacional privado y Derecho internacional público. ¿Hasta qué punto los contratos mercantiles suscritos por un Estado soberano no son verdaderos contratos de derecho internacional público? Con razón ha definido Jiménez de Aréchaga el tratado internacional "como toda concordancia de voluntades entre dos o más sujetos del Derecho internacional, destinada a producir efectos jurídicos; es decir, a crear, modificar o extinguir un derecho". ¿Cuándo nos encontramos ante un tratado internacional? La respuesta a esta pregunta, como también ha resaltado Jiménez de Aréchaga, no ha tenido fácil ni clara contestación en la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia; mucho menos, en la práctica diaria de las relaciones internacionales. Cada día son más frecuentes los acuerdos de cooperación entre Estados soberanos, precisamente ejecutados por un conjunto de contratos exclusivamente mercantiles celebrados entre múltiples empresas. Sin ir más lejos, el campo más fértil en el momento actual de los acuerdos internacionales de compensación mercantil o industrial son precisamente los ce-

lebrados como contrapartida de acuerdos entre Estados para el suministro o la cooperación en materia de armamento. ¿Dónde comienza y dónde termina la naturaleza jurídico-privada o pública de estos contratos internacionales que entrelazan indudables acuerdos de Derecho internacional público con contratos mercantiles de exclusiva naturaleza jurídico-privada?

Si los tratados como fuente del Derecho internacional público presuponen la concordancia de voluntades entre dos o más sujetos de Derecho internacional, ¿por qué no decir que la participación del Estado y de sus administraciones públicas en el comercio internacional no confiere una cierta personificación, aunque sea relativa, en las relaciones de Derecho internacional público a las personas físicas o jurídicas? Si un Estado pacta con un particular le inviste un cierto y especial *status*, al ser sujeto de derechos y obligaciones frente a un Estado soberano. Hoy en el mundo de la banca internacional se ha acuñado el concepto de "riesgo soberano" como el de máxima garantía de solvencia. El hecho mismo de pactar con un Estado soberano le confiere al individuo o a la persona jurídica, al menos, el derecho de demandarle ante el tribunal judicial o arbitral pactado.

En suma, los límites de lo público y lo privado en el Derecho internacional se confunden en extremo ante la importancia del intervencionismo estatal en temas económicos y más cuando éstos tienen eficacia transnacional, confusión que queda amalgamada como consecuencia del hecho cada día más frecuente de la participación de entidades soberanas en el tráfico mercantil internacional.

La grave crisis que ha introducido el dinamismo del tráfico mercantil internacional, tanto en el Derecho internacional privado como en el público, y la desconexión del legislador nacional al igual que su incapacidad para captar los fenómenos internacionales han dado lugar al progresivo fortalecimiento de lo que se ha venido en llamar nueva *lex mercatoria* como solución espontánea a una situación de crisis normativa. El 12 de julio de 1929 el Tribunal Internacional de Justicia no tuvo inconveniente en declarar que "todo contrato que no es un acuerdo entre Estados en tanto que sujetos de Derecho internacional tiene su fundamento en una ley nacional". Desde entonces hasta el momento actual las circunstancias han cambiado. Los árbitros en no pocas ocasiones no podemos sin faltar a la justicia sacar conclusiones de uno u otro Derecho que resultara aplicable en función de las partes o de los objetos que intervienen en el conflicto, y a veces, hay que acudir a una normativa des-nacionalizada que late en el mundo de los negocios internacionales. El actuar así ha sido motivo de recursos ante los tribunales judiciales estatales frente a decisiones arbitrales; se ha entendido que la decisión arbitral fundamentada en la nueva *lex mercatoria* internacional supondría un salirse del actuar en derecho para acudir a una formulación del laudo arbitral "*ex aequo et bono*" sin estar en su caso expresamente facultado por las partes para ello. Son extraordinariamente reconfortantes en la decisión de los recursos interpuestos que ratifican la conformidad a Derecho, al Derecho internacional mercantil de origen profesional, del actuar

de aquellos árbitros que fundamentan su sentencia en esa nueva normativa que espontáneamente surge en torno a los comerciantes y a los hombres de negocios en su actividad internacional.

Los árbitros no están sometidos en su actividad decisoria al corsé de la legislación nacional, cuyas normas de conflicto necesariamente deben aplicar los funcionarios judiciales estatales. Por el contrario, se está generalizando el criterio ya recogido en el Convenio Europeo de 1961 en el sentido de que "los árbitros aplicarán la ley que proceda de conformidad con la regla de conflicto que los árbitros estimaren apropiada en el caso en cuestión" (art. 7). A los árbitros corresponde en un momento de crisis tan aguda como el que atraviesa en el momento actual el Derecho internacional —tanto privado como público— frente al tráfico mercantil, la tarea de actuar a modo de *praetor peregrino*; al igual que el *praetor* en la época romana se configuraba como puente entre los ciudadanos y los peregrinos —los primeros verdaderos titulares de derechos y obligaciones, los segundos influyentes motores del tráfico internacional— en un momento de crisis del Derecho tradicional, hoy los árbitros deben solventar las deficiencias de un Derecho internacional de origen estatal alejado de los empresarios, incapaz de solventar las incongruencias de las diferentes legislaciones aplicables, desprovisto en muchos casos de conexión práctica con el mundo real de los negocios y, sobre todo, ajeno al amalgamamiento entre lo público y lo privado que constituye la consecuencia lógica y esencial del actual Estado social de derecho que cada uno de nosotros queremos construir en nuestro respectivo país.

V. Excepciones a las reglas y usos del comercio internacional que implica la participación de entidades públicas.

La participación del Estado o de sus administraciones públicas en el mundo de los negocios internacionales, implica en ocasiones un replanteamiento de los criterios normales de funcionamiento entre los comerciantes o entre los hombres de negocios. Ello es así, en primer lugar, por la inevitable connotación pública de cualquier intervención de una entidad soberana, su en principio mayor repercusión debe estar dotada de unas consecuencias específicas. Por otro lado, la conexión entre quien negocia un contrato y quien se encuentra, al mismo tiempo, dotado de facultades legislativas que permitan en cierta forma modificar unilateralmente su encuadre, obliga a la otra parte contratante por lo menos a especiales cautelas.

La inevitable connotación pública de la actividad, aunque sea mercantil, de una entidad soberana cambia con frecuencia el espíritu de las relaciones contractuales. Pienso por ejemplo en el contrato de comisión; si el agente mediador ha de cumplir su función consiguiendo acuerdos de entidades públicas ha de cuidarse en extremo la selección del comisionista, pues sus especiales vinculaciones hacia la entidad pública contratante puede desviar un contrato mercantil hacia zonas peligrosas del Código

Penal. El contrato de agencia al servicio de Estados o entidades soberanas extranjeras, tiene en no pocos ordenamientos jurídicos especiales repercusiones relacionadas con la normativa anticorrupción.

Las vinculaciones entre la entidad soberana contratante y los órganos legislativos que puedan modificar eventualmente el encuadramiento normativo del contrato que se suscribe, obliga a los contratantes a reforzar el contenido y la precisión de ciertas cláusulas. Me refiero, por ejemplo, a la de fuerza mayor, que en estos casos debe tener especialísimas precisiones para evitar dejar en la mano unilateral de uno de los contratantes la validez y eficacia futuras de los acuerdos contractuales. Lo mismo sucede con las cláusulas de "harship" o el condicionamiento suspensivo o resolutorio de un contrato a la obtención de autorizaciones administrativas. La cualidad de las partes que intervienen en tales contratos exige mayores precisiones, precisamente en garantía del fiel cumplimiento de los compromisos contractuales que se suscriben.

El carácter de entidades soberanas puede tener igualmente consecuencias ya que, en buena medida, escapan a ciertas restricciones habituales al comerciante. Me refiero, por ejemplo, a la normativa reguladora de la libre competencia en el mercado, cuando el Estado dispone de unos medios y participaciones sociales totalmente inaccesibles a la empresa privada. Un parecido planteamiento podría realizarse en materia de legislación anti-dumping; suele ser práctica bastante frecuente en el fomento de las exportaciones conceder subvenciones que faciliten el acceso al crédito internacional para la financiación de las exportaciones al comprador; con técnicas más refinadas, las empresas públicas se encuentran en muchos casos dotadas de beneficios financieros, no tanto por la financiación de entidades bancarias estatales en condiciones mejores a las de mercado, sino por el simple hecho de que las pérdidas de uno o varios ejercicios sociales pueden ser fácilmente subsumidas por disminuciones y correlativos aumentos de capital suscritos por el Estado.

El Estado y sus administraciones o empresas públicas, son en general el mejor socio para actividades en su respectivo país. Sin embargo, la connotación pública que inevitablemente lleva su intervención y la conexión con los organismos con facultades legislativas o con las administraciones públicas encargadas de controlar determinadas actividades, exige que las medidas de precaución y prudencia en la redacción de los compromisos comerciales sean extremadas. Mucho más, según hemos visto con anterioridad, si se piensa en la posible excepción de inmunidad y sobre todo de ejecución que pueda en su día esgrimirse en caso de litigio.

El nuevo moderno Derecho internacional mercantil no se centra tanto en la técnica —que tampoco puede ni debe abandonar— exigida para la búsqueda de la legislación aplicable a una determinada relación contractual, sino que desea que los contratos sean cumplidos en sus propios términos, tengan eficacia nacional o internacional y sean ejecutados de buena fe según el "sentido recto, propio y usual" de lo acordado (art. 57 del Código de comercio español), tanto por escrito como verbal-

mente. Todo ello sin preocupación por los límites nacionales de una regulación, pues la contratación mercantil no conoce hoy en día abanderamiento. Ni tampoco por las dudas que pudieran surgir ante la participación de entidades públicas, pues si se dedican habitualmente al comercio adquieren la condición de comerciante a efectos legales (art. 1º del Código de Comercio español). El derecho público, en consecuencia, se amalgama con el privado, de forma que ya no resulta totalmente cierta la en otro momento acertada observación de Barclay de que "el derecho público sólo es invocado cuando el Estado comerciante no quiere cumplir sus compromisos comerciales".

EL PAPEL DE INTERLOCUTORES SOCIALES EN UNA CONCERTACION SOCIAL

Lic. Oscar Bejarano Coto
Abogado costarricense

Una de las participaciones en una mesa redonda durante un Congreso Costarricense de la Red de la Universidad de Costa Rica, en el Centro de Estudios de la Universidad de Costa Rica, en el mes de mayo de 1972.

El primer comité especial de la mesa redonda estuvo formado por miembros de la mesa redonda y por miembros de la mesa redonda.

Este es el primer comité especial de la mesa redonda.



1) LOS SUPLENTE CLASICO

La concertación social es una herramienta esencial para el desarrollo fundamental con lo que conseguimos el desarrollo socio-económico y cultural y un instrumento de desarrollo y crecimiento. (Centro de Estudios de la Universidad de Costa Rica).

SUMARIO

- I. Introducción.
- II. Los sujetos clásicos.
- III. Los nuevos sujetos.
- IV. Conclusiones.



1) INTRODUCCION AL TEMA.

Preocupa, a los jslaboralistas de Iberoamérica, pero principalmente a los de América Latina, una definición sobre la concertación social; el tema fue objeto de estudio en el Cuarto Congreso Centroamericano y del Caribe de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social celebrado en San José, Costa Rica del 14 al 19 de abril de 1985, si bien dentro de un tema más general señalado como el del papel de los Sindicatos dentro de una sociedad democrática en crisis. Pese a ello, se trató el tema ed la concertación social como un adelanto al presente Congreso de Bogotá.

Uno de los participantes en una mesa redonda efectuada en ese Congreso Centroamericano, el Profesor Alfredo Montoya Melgar, de España, utilizó la expresión que sirve de título a esta ponencia —interlocutores sociales— para denominar a los sujetos de una posible concertación social.

El punto reviste especial interés, ya que de una correcta definición de quiénes pueden considerarse sujetos aptos para convenir el pacto social que conlleva toda concertación social, puede depender el éxito o el fracaso de este instrumento de paz social.

Estos SUJETOS o INTERLOCUTORES SOCIALES varían de país a país, de continente a continente, de sociedad a sociedad, pero creemos encontrar paralelismo entre nuestros países americanos, como para intentar esta ponencia que busca definir ideas en torno a esta importante cuestión.

II) LOS SUJETOS CLASICOS.

La concertación social en una negociación colectiva; la diferencia fundamental con lo que conocemos clásicamente como negociación colectiva y sus instrumentos (Convenio o Convención Colectiva de Trabajo) estriba en la "altura" y el "volumen" de su contenido; la concertación social tiene estrellas de primera magnitud como sujetos, y sus convenios constituyen un programa nacional de gobierno. A pesar de que, quizás para algunos en forma simplista, hemos afirmado temerariamente que la negociación colectiva tradicional es casi igual a la de un pacto de concertación social, sí existen algunas diferencias que debemos señalar entre ambas, o al menos intentar en terreno tan novedoso, un señalamiento:

CONVENCION COLECTIVA DE TRÁBAJO.

- 1) Se suscribe entre Sindicatos y Patronos o Sindicatos de Patronos. (Titularidad definida).
- 2) Tiene por objeto lograr mejoras económico-sociales para los trabajadores y las organizaciones sindicales. (Contenido limitado).
- 3) Se suscribe por un plazo que busca una relativa paz social (Pacto cierto y determinado).
- 4) Constituye una ley profesional entre las partes, que la autoridad debe respetar y hacer respetar con ese rango. (Naturaleza jurídica definida).

CONCERTACION SOCIAL.

- 1) Se suscribe entre las organizaciones representativas a nivel nacional, de los grupos de trabajadores, empresarios, partidos políticos y el poder establecido. (Titularidad indefinida).
- 2) Tiene por objeto lograr acuerdos que conjuren la crisis económica que afecta las economías nacionales. (Contenido ilimitado).
- 3) Aunque se le señala comúnmente un plazo de vigencia, tiene revisiones periódicas pactadas que constituyen verdaderas renegociaciones a las cuales se sujeta su continuidad. (Plazo incierto).
- 4) Su naturaleza jurídica es indefinida; no es enjuiciable ni ejecutable en los tribunales por ninguna de las partes; tampoco es obligante para los sujetos menores que conforman los firmantes. (Naturaleza jurídica indeterminada).

Hecha a vuela pluma este intento de comparación y diferenciación entre los convenios colectivos clásicos y los pactos de concertación social, es preciso, para entrar en el tema, intentar un análisis de los sujetos que pueden y deben participar en las negociaciones y firma de los acuerdos a efecto de compararlos con las fuerzas que, en nuestros países, deben estar representadas para lograr una concertación real.

Tradicionalmente los sujetos que hemos llamado clásicos de una negociación colectiva son las fuerzas organizadas; la coalición de trabajadores que puede obtener un instrumento colectivo (llámese arreglo o convenio colectivo, que no es, propiamente, una Convención Colectiva de Trabajo), y, desde luego, los Sindicatos constituidos, los empresarios, individuales o corporativos, o las uniones, asociaciones, sindicatos o cámaras patronales. El papel del Estado, salvo que sea parte en la negociación en calidad de patrono o empleador, es el de imprimir el exequatur, la homologación del instrumento, es un fedatario de su validez.

Estas nociones varían totalmente en el caso de un pacto de concertación social. En la naturaleza misma de su génesis está la diferencia.

Las Convenciones Colectivas enfrentan sujetos de un reducido y determinado ámbito; el de los intereses comunes a las partes. Por grande que sean esos intereses, son internos y propios de las partes. En cambio, en la concertación social se enfrentan intereses que no son propios y exclusivos de las partes signatarias, desde que afectan a toda la nación.

El marco entorno donde se genera la concertación social lleva a los sujetos a participar de decisiones políticas y económicas muy diferentes de las del reducido marco empresarial en que se negocian y pactan los Convenios Colectivos de Trabajadores. José Armando Caro Figueroa⁽¹⁾ dice: "Para ninguno de los actores —Gobierno, sindicatos, organizaciones empresariales— será indiferente el marco político transición, democracia, amenaza o democracia consolidada) o económico (crecimiento o depresión, crisis o prosperidad, pleno empleo o desempleo) a la hora de definir sus conductas. Ambos elementos condicionan la actitud reivindicativa de las fuerzas sociales y, desde luego, la propia concertación social".

De allí que la definición de los sujetos en un caso y otro sean disímiles y deba intentarse una nueva definición para este fenómeno, propio de los tiempos, de la concertación social.

La crisis económica que afecta al mundo, industrial y en vías de desarrollo, unos por una causa, otros por otra, obliga a replantear todo el esquema del Derecho Colectivo de Trabajo; a esta conclusión llegamos muchos de los asistentes al XI Congreso de la Sociedad Internacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (Caracas, setiembre de 1985); las soluciones tradicionales no funcionan, porque para que un convenio colectivo tenga posibilidad de éxito, requiere de un patrono sano y fuerte; con la crisis, son muy pocas, si algunas, las empresas que pueden conceder derechos y el fenómeno es a la inversa: ahora se negocia la supresión de derechos laborales. Esto ha desembocado en otro tipo de negociaciones: las que buscan solucionar los grandes problemas y causas de la crisis.

En este tipo de problemas, nacionales, juegan factores que no dependen de la voluntad de una sola de las partes; sin el concurso de todas las partes involucradas en el proceso no es posible llegar a soluciones que tampoco benefician o afectan sólo a los contratantes, sino que inciden en terceros que —por su magnitud e indeterminación— sobrepasan toda posibilidad de concreción.

El papel de los interlocutores sociales es indispensable no por constituir requisito de validez, como en el caso de la Convención Colectiva, sino por exigirlo la naturaleza misma del convenio, que no tendrá aplicación y no se ejecutará si la representatividad de esos sujetos pactantes no tiene, per se, el valor y peso suficiente para hacerlo cumplir.

(1) Presupuestos Éticos y Sociales de la Concertación. Revista Trabajos y Seguridad Social. Año 85, N° 3. Pág. 193.

De manera que, al contrario de lo que ocurre en un convenio jurídico, los interlocutores sociales en la concertación social no requieren de forma reconocida, porque bien pueden representar grandes sectores de fuerza, sin estar constituidos conforme al ordenamiento jurídico.

Salta a la vista, una vez más, que el concepto de la realidad del derecho del trabajo es manifiesto, al incorporar cuestiones de facto a las formas de solución de conflictos sociales, sin recurrir a las formas establecidas para lograrlo y la interacción de los factores económicos con los sociales que obligan, al juslaboralista, a manejar conceptos económicos al lado de los jurídicos, siempre buscando la paz social que es la finalidad de nuestra rama del derecho. Como dice Cavazos Flores:⁽²⁾

"De acuerdo con Krotoschin, pensamos que el Derecho del Trabajo, como cualquier otro Derecho, es profundamente social, pero ello no implica que por tal motivo pierda su autonomía y denominación. El Derecho Laboral, como social que es, continúa con sus características propias, que hacen de él un Derecho excepcional, que tiene por objeto el equilibrio y la armonía de dos fuerzas no sólo sociales sino también económicas que, como el capital y el trabajo, deben conjugarse en beneficio de la colectividad."

III) LOS NUEVOS SUJETOS DE LA CONCERTACION.

Desechado el esquema clásico de sujetos colectivos, por inoperante, en la concertación social, debemos intentar esquematizar una lista de los posibles sujetos que deben intervenir, si bien advertimos que en cada sociedad, en cada país, la lista es variable dependiendo de factores de composición de grupos de fuerza, sean partidos políticos, grupos laborales o empresariales, y —desde luego— la clase de régimen político al gobierno de turno.

Pero, aún así, podemos dividir los interlocutores sociales en tres:

- a) Del sector privado;
- b) Del sector estatal;
- c) Del sector público.

A su vez estos grupos se pueden subdividir en los siguientes subgrupos:

(2) Las 500 preguntas más usuales sobre temas laborales. Pág. 21.

a) Sector privado.

a-1) Organizaciones de trabajadores.

Se queja el sindicalismo obrero de que el peso de la crisis lo ha soportado en su mayor parte la clase trabajadora; no es, desde luego, enteramente cierto ese alegato, porque la crisis la soportan todos, trabajadores, empresarios que han visto disminuir sus ingresos en la misma proporción de la devaluación de sus monedas y aumentar igualmente sus gastos, mas sí es cierto que buena dosis de la crisis la ha soportado este sector.

Es así como, en toda concertación social, en que se pretende lograr soluciones macroeconómicas y sociales que conjuren la crisis, le pongan freno e intenten una reactivación económica tiene que participar el movimiento obrero organizado. Como siempre, la gran masa silenciosa de los trabajadores no afiliados a movimientos obreros, no tiene voz ni voto en el asunto; hoy más que nunca por la grave crisis que afronta el movimiento sindical.

El primer protagonista, entonces, de la concertación social es el movimiento sindical, representado por las organizaciones cumbres, de tercer grado, o confederaciones de trabajadores, tantas como haya. Aquí surge el primer problema; en Europa los movimientos sindicales son muy ortodoxos, y están consolidados desde hace muchos años alrededor de grandes confederaciones.

En nuestros países, salvo algunos casos Vgr. México con la Confederación de Trabajadores Mexicanos (C.T.M.), Argentina —Confederación General de Trabajadores— (C.G.T.), los movimientos sindicales están fraccionados en sindicatos que se mueven al vaivén político, antagónicamente, por lo que resulta difícil unificar sus criterios en torno a cuestiones vitales que afectan principios económicos en que difieren sustancialmente esos movimientos. En el Seminario sobre Movimientos Laborales celebrado en Santiago, Chile, en mayo de 1985 por el Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales (Clasco) se dijo:

"La realidad latinoamericana muestra que las organizaciones sindicales, han adoptado a menudo formas de agrupamiento ideológico (centrales vinculadas a tendencias político-ideológicas definidas) lo que indica un peso importante de la ideología como factor ordenador de las definiciones en el campo sindical."⁽³⁾

La unidad sindical en la cumbre (confederaciones) es indispensable para que la representación del movimiento obrero tenga la necesaria y autorizada voz que da la unidad; de lo contrario, fracasará cualquier intento de convenir algo, sencillamente por ausencia del movimiento obrero que es la fuerza social más representativa, junto con los empre-

(3) Art. Revista de Relaciones de Trabajo. Venezuela, N° 5-85. Pág. 106.

sarios, de la sociedad nacional. Así, el famoso Acuerdo Interconfederal Scotti a que se llegó en Italia en 1983 contó, dentro del movimiento obrero, con la unidad a través de la Federación Sindical Unitaria que agrupó la CGIL, comunista, CSIL demócrata-cristiana y UIL socialdemócrata (empresarial) y el Estado.⁽⁴⁾ De suerte que si en un país determinado, el movimiento sindical está disgregado en facciones irreconciliables, si no existe unidad sindical, resulta a todas luces impracticable un proceso autorizado de negociación colectiva tendiente a obtener un pacto de alta relevancia nacional. Por otra parte, resulta utópico pensar en alternativas tales como obtener la adherencia del resto del sector obrero (de segundo y primer grado, federaciones y sindicatos o uniones), por la vía de negociar parcialmente con una o dos Confederaciones, es decir, con una representación incompleta del movimiento obrero, aunque se pueda dejar abierta esa adhesión a otros movimientos no firmantes del pacto, bajo el predicado de que las principales organizaciones ya firmaron. Este es el caso de España en el Acuerdo Económico Social (AES) de 1985-1986 en que se abrió "asimismo, una posibilidad de adhesión de otros agentes sociales, posibilidad que expira el próximo 31 de diciembre...";⁽⁵⁾ pero esto después de haber firmado la Unión General de Trabajadores (UGT) socialista, al igual que el Gobierno, lo que le dio fuerza aun pese a la negativa de firmar inicial de los comunistas de las Comisiones Obreras (CCOO).

Dentro de las organizaciones de trabajadores cabe admitir cualesquiera otros grupos no sindicales, dentro de la variada gama de forma que asumen en las colectividades con intereses comunes sobre todo en el derecho del trabajo; en Costa Rica existe un movimiento que ya sobrepasa al número de trabajadores afiliados, conocido como Movimiento Solidarista, que agrupa trabajadores sobre esquemas económicos con participación del empresario para beneficio de los trabajadores afiliados en la forma asociativa que ha sido reconocida como tal por reciente Ley (Nº 6970 del 7 de noviembre de 1984, Ley de Asociaciones Solidaristas) que define las mismas así:

"Artículo 1. Las asociaciones solidaristas son organizaciones sociales que se inspiran en una actitud humana, por medio de la cual el hombre se identifica con las necesidades y aspiraciones de sus semejantes, comprometiendo el aporte de sus recursos y esfuerzos para satisfacer esas necesidades y aspiraciones de manera justa y pacífica. Su gobierno y su administración competen exclusivamente a los trabajadores afiliados a ellas."

Pues bien, a modo de ejemplo, si Costa Rica decidiera algún día optar por la vía de la concertación social, aparte de las seis Confedera-

(4) Ver Geraldo Von Potobsky. *La Participación en la Política Económica y Social*. Revista de Trabajo y Seguridad Social. Año 1984, Nº 11. Pág. 1081).

(5) Julio J. Martínez Vivot. *El Acuerdo Económico Social (AES) 1985-86 para España en Idem*. Nº 12-84. Pág. 1188.

ciones de Trabajadores existentes, deben figurar las cúpulas del movimiento Solidarista, porque entre ambos movimientos agrupan más del 40% de la organización obrera del país.

En definitiva, en cuanto a la representatividad de los grupos de trabajadores, lo que se busca es que efectivamente quienes la pretendan sean voceros autorizados de grupos importantes del sector obrero, a fin de que con su presencia en la negociación y con su firma obtengan el apoyo nacional que requiere un convenio de los alcances nacionales del pacto de que tratamos, sin que las formas jurídicas jueguen un papel preponderante en esta situación, como tampoco lo representan en otras tantas situaciones del derecho del trabajo.

a-2) Organizaciones empresariales.

Quizás en el sector empresarial (patronal) es más fácil obtener la unidad que falta en la clase trabajadora; las uniones, asociaciones o cámaras patronales (de industria, comercio y servicios) son más proclives a la unidad de intereses y formas, y generalmente también más ceñidas a formas jurídicas reconocidas por el ordenamiento jurídico. Inclusive, es frecuente encontrar organismos cúpula (Uniones o Federaciones) que simplifican la calidad de interlocutores o agentes sociales con quien negociar. Si en Italia no existiera la Confindustria que representa, como vocero autorizado, al sector empresarial del país, quizás el Acuerdo Scotti no se hubiera logrado; en España, el CEPYME agrupa un importante sector empresarial bajo el nombre de Confederación Española de la Pequeña y Mediana Empresa de firmó el AES junto con la Confederación Española de Organizaciones Empresariales (CEBOE). Existen en todos nuestros países organizaciones similares; en Costa Rica la Unión de Cámaras.

b) Del sector estatal.

b-1) Del poder central.

El sector más interesado en la concertación social es, a no dudarlo, el estatal; en el fondo de toda concertación social existe un problema político. Y frente a los intereses de los grupos sociales, en el caso que interesa, trabajadores y empresarios, no es otro sino el Estado quien debe tomar la iniciativa en la discusión y planteamiento del pacto colectivo que conlleva la concertación social. Deviene así, este sujeto en la cabeza del movimiento. Aunque la representación oficial se la reserva el más alto jerarca político, caso de España en que Felipe González, Primer Ministro, lo firma el día 9 de octubre de 1984, dando así el respaldo más alto al documento y presionando la suscripción por los reticentes, o los Ministros de Trabajo, Economía y Hacienda. Debe recordarse que el Estado asume una serie de compromisos políticos en los más diversos campos; contención del gasto público, limitación de despidos, protección de los alimentos de primera necesidad, políticas fiscales de incentivos a

las industrias, junto con los demás compromisos que deben reservarse a aprobación legislativa.

No debe —por demás— dejarse de lado el régimen descentralizado que puede y suele manejar áreas sensibles del quehacer estatal, de suerte que si se llegare a pactar algo relacionado Vgr. con tarifas de agua, luz, teléfono, portuarias o similares, que estén dentro de ese régimen (caso de Costa Rica en que esos servicios están manejados por Instituciones Autónomas (con autonomía administrativa y económica), lo que les otorga control rígido sobre el trámite y aprobación tarifario, debe entonces otorgarse un sitio en la discusión y firma de compromisos a representantes de tales entes.

b-2) *Del sector legislativo.*

Dentro de países de régimen parlamentario, democráticos, que son afortunadamente cada vez más, en la mayoría de los nuestros cabe tener la participación obligada de representantes acreditados de los partidos políticos que conformen, si no todas las fuerzas políticas lo que es lo óptimo, al menos la mayoría parlamentaria, a fin de que aquellos compromisos que impliquen reformas legales de obligado trámite constitucional en el Parlamento o Congreso, no sufran demoras o dilaciones cuando, firmado el pacto o acuerdo de concertación social, lleguen esos asuntos a su conocimiento, discusión y aprobación. Debe recordarse, al respecto, que la vigencia de esta clase de pactos es corta (uno o dos años, escasamente tres), de donde resulta que una dilación en la aprobación de un proyecto de ley convenido por los interlocutores sociales, puede llevar al traste con todo el esfuerzo de la concertación.

Como dice EFREN CORDOVA,⁽⁶⁾ citando el caso de España, "Entre 1977 y 1984 se han suscrito seis pactos de los cuales uno tuvo un carácter socio-político y cinco son de una índole socio-laboral. El primer pacto, que fue suscrito en octubre de 1977 y es conocido con el nombre de Pactos de la Moncloa (pues fueron en realidad varios documentos) fue firmado por el Gobierno del entonces Presidente del Consejo, Adolfo Suárez y los dirigentes de todos los partidos políticos... Los partidos políticos habían tomado la iniciativa de pactar sobre cuestiones sociales y las confederaciones de empleadores y trabajadores resintieron el haber sido dejados de lado y percibieron el peligro de esa marginalización".

Esto demuestra hasta qué punto es importante la toma de posición y la participación de los partidos políticos organizados en una concertación social desde que su punto de partida es, generalmente, político. Y esto es así porque como afirma OSCAR ERMIDA⁽⁷⁾ "El fundamento

práctico de la concertación social radica, pues, en una determinada necesidad político-económica coyuntural..." que, por su naturaleza cae dentro de la acción de los partidos políticos.

b-3) *Del sector descentralizado.*

El fenómeno de la concertación implica una serie de compromisos técnicos (Vgr. ligados con la producción agrícola, o con el costo de los servicios básicos de agua, luz, electricidad, transporte), que dentro de las modernas organizaciones estatales están asignados a esferas de competencia de entes autónomos, con los cuales se debe contar dentro de la negociación, no sólo por las connotaciones meramente técnicas del asunto, sino por el ámbito de atribución legal de funciones que impide la ingerencia del Poder Central en los asuntos propios de esos entes.

c) *Del sector político.*

c-1) *Congreso.*

Dentro de la organización política pluralista que es inseparable de la democracia, a la cual tienden nuestros países como forma de gobierno, abandonando la clásica dictadura que nos puso, en el Norte, el mote de "banana republic", despectivamente, resulta indispensable el tercer protagonista de la concertación que resulta ser diverso.

Aparte de los Ministros de Estado que constituyen el brazo ejecutivo de la decisión de negociar cuestiones que corresponden al Estado, propias de la concertación (impuestos, congelación o control de precios, salarios mínimos, incentivos a la producción, etc...) debemos tomar en cuenta el Congreso o Parlamento en el cual la democracia vive activamente, ya que no sólo es el foro donde se discuten los problemas nacionales en vivo, sino que es el encargado de reformar las leyes que siempre constituye uno de los puntos insertos en la concertación, sobre todo en países en que la existencia de un régimen de derecho hace numerosas las leyes en vigencia.

Aquí existe un serio problema, dado que la ingerencia de un órgano altamente politizado en la concertación dificulta los acuerdos, por razones obvias; es difícil considerar una representación legislativa que cuente con poder pleno decisorio y es usual pensar que actuará ad referendum.

Otro problema que presenta la presencia de legisladores en la concertación es la presión a que, por razones de partido, están habitualmente sujetos en razón de sus cargos por grupos dentro de los cuales, tanto trabajadores como empresarios, se mueven con gran fluidez.

No obstante, considero que en una democracia resulta indispensable la presencia del Poder Legislativo, porque si se trata de convenir reformas a leyes o nuevas leyes, será ese poder que, en último término, tenga la decisión; un compromiso del Poder Ejecutivo con los empresarios y los

(6) La experiencia española de Concertación Social. Revista de Trabajo y Seguridad Social 1985, N° 8. Págs. 773-774.

(7) Introducción al Estudio de la Concertación Social. La Concertación Social. Estudios en Homenaje al Prof. Américo Plá Rodríguez. Edic. Jurídicas Amalio M. Fernández. Pág. 29.

trabajadores, por importante que sea el apoyo que tenga, sin el apoyo del Congreso, puede tropezar, en su ejecución, con escollos constitucionales insalvables.

c-2) Partidos políticos.

Al lado de los legisladores, están los partidos políticos organizados como asociaciones permanentes dedicadas al quehacer político; no puede dejarse de lado la influencia que los dirigentes de los partidos políticos, fuera de la función pública, ejercen sobre sus partidarios dentro de esa función gubernativa. No cabe duda de ello, ya que es frecuente la "dirección de partido" es una tesis, y la concertación es tan trascendental dentro de la vista en sociedad, que mal puede escapar al interés de esos dirigentes. Conviene, pues, la presencia si no a título de negociadores sino de observadores, de representantes de los partidos políticos principales, considerando como tales los que tengan parte de la mayoría en el Congreso, que resulta necesaria para obtener los instrumentos legales que sean del resorte de ese organismo.

IV. CONCLUSIONES

- 1) Es difícil generalizar soluciones en la concertación social; será el marco político, económico e histórico de cada sociedad la que defina cuáles deben ser los sujetos que deben participar en la negociación del pacto, para que tenga el efecto nacional y la eficacia normativa real adecuada.
- 2) Por la razón anterior no consideramos apropiado importar modelos que, en otra sociedad, ya han probado ser suficientes; esos modelos deben tomarse como ejemplo en materia de procedimientos pero no en cuanto al fondo de los acuerdos.
- 3) Los sujetos que representan los intereses o fuerzas sociales más importantes, deben ser escogidos cuidadosamente sobre la base de la representatividad efectiva de su sector.
- 4) La representación de los sectores interesados debe ser a nivel de cúpula, requiriendo esto un acuerdo interno dentro de cada sector previo al inicio de las discusiones del pacto.
- 5) El Estado debe ser el que inicie las negociaciones y dirija los procedimientos; aparte del papel de gran empleador que tiene el Estado, no debe olvidarse que como representante del bien común debe efectuar un papel de equilibrio entre las distintas fuerzas sociales.
- 6) La rigidez formal de la representación no debe ser obstáculo para que figuren representaciones sin forma predeterminada por el ordenamiento jurídico.

SUGERENCIAS PARA LAS BASES DE TRABAJO PARA LA REVISION DEL DERECHO PRIVADO COSTARRICENSE

(En el Centenario del Código Civil)

Dr. VICTOR PEREZ VARGAS

Profesor Universidad de Costa Rica
Facultad de Derecho
Director de la Revista Judicial

Un examen de la vida real y de sus exigencias revela la necesidad de nuevas instituciones que respondan a los nuevos problemas que presentan la computación, las telecomunicaciones, la ingeniería genética y, en general, el desarrollo tecnológico.

Paralelamente, nuevas figuras jurídicas deben responder a la metamorfosis axiológica de nuestra sociedad, a los cambios de valores que han ocurrido en estos 100 años.

Es necesario tomar conciencia de que la realidad actual es esencialmente distinta de aquella que vio la promulgación del Código Civil.

No se trata sólo de nuevas elaboraciones doctrinales, las cuales, en cada caso deben merecer consideración dentro de una revisión legislativa del Derecho Privado, sino del surgimiento de una nueva problemática y de una nueva mentalidad para afrontarla. Nuevas realidades plantean nuevos interrogantes jurídicos; nuevos problemas exigen nuevos efectos jurídicos, tal como nuevas enfermedades pueden exigir nuevos remedios.

¿Dónde está por ejemplo, la tutela civil de la privacidad (o intimidad) del ciudadano que encuentra que en el mercado central se envuelve apio en hojas de información confidencial sobre empleados del Gobierno, procesada en computadora? Esto ocurría hace poco en San José.⁽¹⁾ El día de mañana esto podría ocurrir con expedientes de salud de la CCSS, o con otros tipos de información privada.

¿Está acaso clara la posible acción civil (inhibitoria o resarcitoria) que Usted tendría por violación de comunicaciones privadas si constata que el ICE graba sus conversaciones telefónicas por orden del OIJ? Este tipo de solicitudes se produce en nuestro medio, según consta en declaraciones de funcionarios del ICE en consulta a Corte Plena.⁽²⁾

¿Podría alegarse en nuestro medio un derecho a la voz, tal como existe un derecho a la imagen, por ejemplo a favor del locutor que se encuentra que en otra estación de radio graban y retransmiten sus palabras sin su autorización?⁽³⁾

¿Ofrece la ley algún mecanismo ante la realidad de las intervenciones quirúrgicas para la transformación o redefinición de caracteres se-

(1) La Nación, 2-VI-1983.

(2) CORTE PLENA, acta N° 14 de 13 hrs. de 6 de abril de 1981, Artículo XVIII.

(3) La introducción del derecho a la voz, en el sentido de que ésta no puede ser aprovechada sin autorización expresa, salvo en ciertos casos de excepción, es uno de los principales aciertos y novedades del Código Civil Peruano de 1984.

xuales? ¿Se hace acaso alguna distinción entre la ilicitud del cambio de sexo y la licitud de la definición de éste?(4)

¿Dónde queda el derecho a la integridad, a la identidad, al verdadero nombre, bajo la realidad de la fecundación "in vitro" o de las llamadas madres sustitutas que dan en arrendamiento su vientre para que en él se implante un óvulo fecundado? ¿Acaso el así fecundado o gestado no deba considerarse persona, como todas, con idénticos "derechos de la personalidad"?(5)

¿Y qué podemos decir del régimen formalista, conceptualista y voluntarista decimonónico de los contratos, ante la realidad de los procesos inflacionarios galopantes? Es acaso justo mantener inalterado el vínculo ante la excesiva onerosidad sobreviniente de las prestaciones?(6) ¿Deberá seguir siendo el contrato ley entre las partes según lo acordado por ellas? Aquí coincido con el Dr. Luis Baudrit en que el remedio, con base en la equidad, se encuentra implícito en la ley. Pero sería mejor si en lugar de implícito fuera explícito.

¿Qué vigencia pueden tener los principios tradicionales sobre documentos en materia de transferencia electrónica de fondos bancarios, donde el papel es reemplazado como medio de transmisión de datos?(7)

Ingeniería genética, computación, telecomunicaciones y mutabilidad de la realidad económica son sólo algunos ejemplos de que, si se trata de revisar el Derecho Privado, no podemos quedarnos en bucólicas añoranzas de frutos naturales, cercas medianeras, fundos enclavados, menosprecio de la riqueza mueble, contratos inmutables y formas "ad probationem" de doscientos cincuenta colones.

- (4) V. PERLINGIERI, Pietro. La personalità umana nell'ordinamento giuridico. Note introduttive ai problemi giuridici del mutamento di sesso. Camerino, julio, 1972, p. 197. STANZIONE, Pasquale. Premessa ad uno studio giuridico del transsexualismo. Annali. Facoltà Giuridica. Camerino Vol. XXXVIII (1972) y STANZIONE, La soluzione normativa del transsexualismo: l'esperienza tedesca occidentale. Rassegna di diritto civile. N. 4/80.
- (5) V. SANTOSUOSSO, Contributo par una disciplina giuridica in tema di fecondazione artificiale. Studi in tema di diritto di famiglia. Guffrèd, Milano, 1967, p. 199 y ss.
- (6) V. en particular RESCIGNO, Manuale del diritto privato italiano, Jovene ed, 1973, p. 610 y 611; PINO, Augusto, La excesiva onerosidad de la prestación, Bosch-ed, Barcelona, 1959, p. 54; LARENZ Karl, Base del negocio jurídico y cumplimiento de los contratos. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1956, p. 93; TRIMARCHI, Pietro, Istituzioni di diritto privato, Giuffrè-ed, Milano, 1973, p. 354; MEESINEO, Francesco. Doctrina General del Contrato, EJE, Buenos Aires, 1952, p. 379; ROJINA VILLEGAS, Rafael, Derecho Civil Mexicano, Robredo, México, 1960, p. 274, 460. Y también MORA, Fernando, Discurso Académico de apertura del Tercer Congreso Jurídico Nacional. Revista Judicial, Corte Supremo de Justicia, San José, N° 7, p. 7.
- (7) WHEBLE, Bernard. Reglas y Usos Uniformes relativos a los créditos documentarios. Cámara de Comercio Internacional, N° 400, Junio de 1983.

Se trata de tomar conciencia de que en cien años muchas cosas han cambiado y no se ha producido todavía un movimiento de revisión sistemática del Derecho Privado positivo que atienda a las exigencias de esta nueva realidad.(8)

Ha de tomarse en cuenta el Ordenamiento como sistema dinámico, un sistema que resulte del equilibrio, siempre cambiante, de energías vivas, no de la composición estática de estructuras definidas.(9)

Decía Jefferson: "Así como se hacen nuevos descubrimientos, también se descubren nuevas verdades y las costumbres y opiniones cambian con los cambios de circunstancias, las instituciones también deben avanzar y mantener el ritmo de los tiempos".(10)

Esta preocupación estuvo bien clara en nuestros antepasados; en la presentación de la segunda edición (de 1858) del Código General de 30 de julio de 1841 a la que se refirió el Señor Magistrado don Edgar Cervantes en su discurso inaugural, se lee: "como todos los días nacen nuevos intereses y necesidades, como las ideas se modifican con el movimiento continuo que constituye la vida social, la existencia política del Código ha sufrido varias y profundas alteraciones".(11)

Se ha producido un cambio de valores, la sociedad costarricense de hace cien años tenía una cultura esencialmente romántica, liberal, reflejo de lo que fue en Europa la primera mitad del siglo XIX; no había siquiera León XIII emitido su *Rerum Novarum*; los ecos del incipiente realismo del momento ni siquiera se escuchaban por estas tierras. Las modificaciones inspiradas en las ideas iluministas del siglo XVIII y románticas de la primera mitad del siglo XIX exacerbaban la tutela del individuo, de la libertad y de la propiedad privada. La codificación costarricense obedece al grado de desarrollo de la cultura jurídica de la segunda mitad del siglo XIX en Costa Rica, cuando se creía que la Ley era la "voluntad del legislador", concepción cuyas peligrosas consecuencias metodológicas son inadecuadas hoy y rechazadas por quienes han dado el paso hacia perspectivas realistas que trascienden el referido subjetivismo romántico liberal.(12)

Es necesario dar el paso hacia una legislación donde la persona en comunidad (no el mero aislado individuo), más que los valores patrimo-

- (8) V. TOFFLER, Alvin. *The third Wave*. Bantam, N. York, p. 287.
- (9) Así PLUGLIATTI, Salvatore. *Fiducia e rappresentanza indiretta*, en *Diritto Civile, Metodo-teoria-practica*. Giuffrè-ed, Milano, 1951, p. 217.
- (10) JEFFERSON, cit. p. TOFFLER, Alvin. *The Third Wave*, Bantam, N. York, 1981, p. 418.
- (11) RAMIREZ R. Advertencia. Código General de la República de Costa Rica. Wynkoop, Hallenbeck, Thomas, Nueva York, 1858, II.
- (12) V. sobre el tema FALZEA, Angelo, *Efficacia Giuridica, Voci di teoria generale del diritto*, Giuffrè-ed, Milano, 1970, p. 233.

niales sean el jefe y la razón de ser de la normativa y donde ocupen un papel las comunidades intermedias⁽¹³⁾ que dan verdadero sentido a la participación democrática.

Es necesario superar el temor insinuado por muchos de que la recuperación del valor de la persona sea imposible o muy difícil, ante la imagen de la historia de la perversión de los ordenamientos (en expresión del Profesor Rescigno).⁽¹⁴⁾

Es necesario pensar en el Derecho Privado, no como mera estructura descuartizada o desmembrada, sino como realidad sustancial sistemática cuyo eje sea la persona de carne y hueso con sus atributos esenciales, sin dejar de beber en las fuentes de nuestra propia idiosincrasia; recordemos que aquí la palabra empeñada, la propiedad y el honor no son formas cadavéricas sino ingredientes consubstanciales de la tradición civilista costarricense, que no ha permanecido fosilizada, sino que ha ido adquiriendo peculiaridades de acuerdo a cada época como ocurrió con la materia inquilinaria y con la laboral en los años cuarenta, o con la materia de familia hace poco más de una década y recientemente con lo agrario, en parte importante.

Con las precedentes pinceladas queda bosquejada la situación actual de nuestro Derecho Privado: un Derecho Privado que, aunque en su momento se adelantó en muchos años a las más avanzadas legislaciones europeas como ocurrió claramente en materia de divorcio, categorías de hijos reconocibles, capacidad de actuar plena de la mujer, por ejemplo; en estos momentos, no corresponde al grado de desarrollo tecnológico de la humanidad, ni a su nivel de evolución axiológica, ni a los aportes de la Ciencia Jurídica de nuestro tiempo, cuya perspectiva metodológica es radicalmente opuesta a los métodos de inversión de la jurisprudencia conceptual,⁽¹⁵⁾ que pretendía extraer preceptos de definiciones; obtener el efecto de un concepto y no del problema real.

La revisión general del Derecho Privado costarricense que pidió don Edgar Cervantes debe y puede ser objeto de un tratamiento metodológico integral, donde los diversos elementos se tomen en cuenta: las leyes especiales que por no estar fuera del Código Civil dejan de ser Derecho Privado, en particular en ciertas materias como la relativa a la propiedad, donde la multiplicidad de formas de ésta deja esquelética la normativa del Código; los aportes de la jurisprudencia, que ya en otras ocasiones se ha adelantado a la legislación (como ocurrió con los bienes adquiridos

durante la separación de hecho de los cónyuges, la revisabilidad de lo resuelto sobre menores, la investigación de paternidad, el reconocimiento del concebido y muchos otros aspectos); la evolución de otros Ordenamientos, en particular dentro de nuestra tradición latina, lo mismo que los aportes de la doctrina de nuestro tiempo.

Los avances en la teoría general del Derecho pueden contribuir a que la ley sea más técnica, más clara, menos ambigua; en este sentido, puede resultar oportuna una ley con más y mejores definiciones, que ofrezca menos interrogantes, que ilustre a quien la utilice; una legislación que, como la actual Ley General de Administración Pública, elogiada al respecto por el maestro español Jesús González Pérez y por el jurista venezolano Brewer Carías, tenga un sentido didáctico.

Así, la comprensión clara de las diversas modalidades de situaciones jurídicas (poderes, derechos absolutos, derechos relativos, derechos potestativos, deberes, obligaciones, cargas, potestades, sujeciones, intereses legítimos y expectativas) es indispensable para que las palabras de la ley no contradigan su sentido.⁽¹⁶⁾

Dentro de esta óptica, por ejemplo, podrán afirmarse como derechos potestativos los relativos a la pared medianera, a la división de cosa común y al receso en los contratos con prórroga automática cuando sea negocialmente previsto; deberán igualmente calificarse de intereses legítimos por ejemplo, las situaciones relativas:

1— a la regular actuación del mecanismo sucesorio,

2— a los depósitos en hoteles,

3— a la impugnación de disposiciones testamentarias,

4— y a la regular actuación de los mecanismos societarios (en particular en cuanto a aumentos de capital, donde nuestra ley mercantil tiene grandes vacíos y otros cambios sociales de importancia);⁽¹⁷⁾ en fin, se trata de dar a cada situación jurídica el nombre que le corresponde.

Uno de los mayores problemas del Derecho vigente es, precisamente, la confusión terminológica; los ejemplos abundan: figuras de caducidad que se denominan prescripciones; en la materia relativa a la doctrina negocial encontramos algunos casos de resolución o de anulabilidad donde se sigue hablando de rescisión; casos de invalidez que se califican de hipótesis de ineficacia; capacidad de actuar que se confunde con la capacidad jurídica, a pesar de haberse reformado recientemente la materia; bienes

(13) FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos. Derecho de Personas. Primer Seminario de difusión del nuevo Código Civil, del 17 de set. al 4 de octubre de 1984, Lima, p. 29.

(14) RESCIGNO, Pietro. Persona e comunità. Il Mulino, Bologna, 1966, p. 32.

(15) Sobre las críticas al método de inversión utilizado por el conceptualismo V. HECK, Phillip, El problema de la creación del Derecho, Ediciones Ariel, Barcelona, 1961, p. 47 y ss. y The formation of concepts and the Jurisprudence of Interests. Harvard, 1948, p. 153.

(16) Para una adecuada sistematización de la materia v. PUGLIATTI, Salvatore. Il trasferimento delle situazioni soggettive. Giuffrè-ed, Milano, I, 1964, p. 9, 20, 23, 70, 74, 77, 79, 82, 88; y BIGLIAZZI, Geri, Idna, Contributo ad una teoria dell'interesse Legittimo nel diritto privato. Giuffrè-ed, Milano, 1967.

(17) V. BIGLIAZZI, Lina, Profili di una teoria del interesse legittimo nel diritto Privato, Giuffrè, ed. Milano.

fungibles que se confunden con consumibles y la lista de actuales impresiones podría continuar. Nos encontramos frente a un Derecho Privado positivo que carece de una sólida estructura teórica, de un sistema de categorías que sea capaz de proporcionar "los universales puntos de referencia y de partida y los itinerarios universales, sin perjuicio de las constataciones de hecho" (en expresión de Rodolfo De Stefano). Este trabajo de coherencia conceptual es fundamental si se quiere una legislación sin contradicciones internas, en la que los conceptos sean usados conforme a los dictados de la más evolucionada doctrina, sobre la base de la realidad de las transformaciones sociales, económicas, tecnológicas y axiológicas; en este sentido la sistematización también prepara el camino de la Ley.

Para un adecuado acercamiento al verdadero objeto de regulación jurídica que es la vida y no quedarnos en adobos o retoques científicos de tipo conceptual deberá subrayarse, como lo pedía Heck, del modo más enfático, el concepto de interés, instrumento esencial de trabajo y bisturí para la disección de la realidad jurídica, por lo que se constituye en clave realista para afrontar los requerimientos de la normativa que se proyecta.⁽¹⁸⁾

Por otra parte, una revisión del Derecho Privado de ninguna manera puede limitarse al Código Civil. El Derecho Privado es objeto de regulación de normas constitucionales y de muchas leyes especiales que surgieron de necesidades y valoraciones circunstanciales, pero que carecen, por eso mismo, de una coherencia sistemática formal y sustancial.⁽¹⁹⁾

Será preciso pensar en primer lugar, en el examen de lo que podría llamarse la consagración constitucional del Derecho Privado, transformando el texto de algunas disposiciones de nuestra Carta Fundamental, por ejemplo con relación a las normas formas de propiedad o a los alcances actuales de la autonomía privada e introduciendo otras, mediante la elevación a tal rango, de principios especiales sobre el inicio de la vida humana, los valores fundamentales de la personalidad y la actividad de Derecho Privado de la Administración, para no citar más que unos ejemplos.

En cuanto a la dispersión de leyes especiales, observamos materias particularmente descoordinadas. Por ejemplo, en materia de personas jurídicas, donde dada la existencia de principios comunes, (como la eficacia constitutiva de la inscripción registral) conviene pensar en una integración sistémica, al menos por referencia.

(18) "Imprescindible una más profunda penetración" en expresión de Lon Fuller de Harvard. FULLER, Lon, en Introduction, *Jurisprudence of Interests*, Harvard, 1948, p. XXI. V. también PASSINI, Vita e forma nella realtà del diritto, Giuffrè-ed, Milano, 1964, p. 12 y 13, y mi trabajo: La Jurisprudencia de Intereses, Editorial Universidad Estatal a Distancia, San José, 1981.

(19) V. ESSER, Joseph. Le garanzie della dogmatica del diritto ed il cosiddetto formalismo giuridico. *Nuova Rivista di Diritto Commerciale*. 1952. Cedam, Padova, p. 284 y HECK, Ph. The formation of concepts and the Jurisprudence of Interests. *The Jurisprudence of Interests*. Harvard, 1948, p. 200

Lo mismo ocurre en materia negocial, donde hay todavía contratos regulados por el Código de Comercio de 6 de junio de 1853, como el transporte marítimo, el fletamiento, el préstamo a riesgo marítimo, el seguro marítimo e instituciones como las averías, cuya normativa no corresponde a la realidad actual del comercio internacional, a los nuevos sistemas de contenedores,⁽²⁰⁾ a las nuevas Reglas York Amberes de 1974, a las Reglas de Hamburgo de 1978 sobre el transporte marítimo de mercancías y mucho menos a las necesidades del tráfico comercial de nuestro tiempo. Lo mismo puede decirse en el campo de los derechos reales, donde la multiplicidad de propiedades revela poco de común en cuanto al régimen jurídico y, por supuesto, absoluta ausencia del sistema.⁽²¹⁾

Además de una revisión general de la legislación especial es de interés realizar, como se ha adelantado, un examen de los aciertos y aportes de la jurisprudencia, en particular todos aquellos que se han ido elaborando ante la ausencia de legislación adecuada, en especial en materia de simulación, tipos y prueba de ésta; en tema de invalidez parcial y de cosas fuera del comercio; en tema de responsabilidad extracontractual; en cuanto a la capacidad testamentaria; en cuanto a la anulación de los actos del incapaz mental no declarado tal mediante sentencia de interdicción y lo mismo en cuanto a la eficacia e interpretación de los contratos de adhesión.⁽²²⁾

Especial recomendación debe hacerse del estudio de fallos y votos salvados redactados por el Lic. Fernando Coto Albán, quien ante las deficiencias de la ley ha afirmado siempre la necesidad de la interpretación progresiva o evolutiva.

PRECAUCIONES

A la par de los aspectos citados, deben tomarse en cuenta algunas precauciones:

No podemos ver el Derecho como una realidad con objeto preconstituido; la verdad es que es una realidad cultural cambiante, inmersa en el mundo de los valores, intereses y problemas. Ya el profesor Tarello ha hecho notar los riesgos del proceso de tecnificación y despo-

(20) TRANSPORT AND TRADE FACILITATION SECRETARIAT. International Chamber of Commerce. *The Development of International Container Transport*. Paris, 1977.

(21) Sobre el tema de la propiedad y las propiedades, remitimos a PUGLIATTI, Salvatore, La proprietà e le proprietà, en la *Proprietà nel nuovo diritto*. Giuffrè-ed, Milano, 1964, p. 145 y ss. Una confrontación de los diferentes regímenes (de aguas, de minas, de naves, intelectual, horizontal, etc.) revela lo expuesto.

(22) Sobre este papel de la jurisprudencia v. GUTIERREZ RODRIGUEZ, Marco de Jesús. *La Jurisprudencia como fuente de Derecho*. Ed. Juricentro S. A., 1982, p. 179.

litización de la actividad jurídica.⁽²³⁾ A menudo las observaciones puramente técnicas son una máscara de tendencias políticas conservadoras. O, en expresión del Profesor Rodotà: "la reconocida historicidad de los institutos jurídicos, si quiere tener algún sentido, no puede entenderse simplemente como necesidad de una periódica actualización de algunos conceptos; debe cambiar el modo mismo de ver esos institutos".⁽²⁴⁾

Paralelamente, es menester tener cautela frente a toda tendencia que pretenda formulaciones de carácter rígido y estático, considerando el valor relativo de los conceptos jurídicos.⁽²⁵⁾

Con la ayuda de la perspectiva integral será posible evitar los escollos del particularismo jurídico; es necesario un proceso de revisión integral para poder superarlos; "por particularismo jurídico se entiende de la falta de unidad y coherencia del conjunto de las leyes vigentes en una dada esfera espacio temporal";⁽²⁶⁾ en Costa Rica, algunas de las reformas parciales han sido calificadas por el Lic. Mario Ramírez de "injertos indeseables". Los parches sufridos por nuestro Código, aunque en algo lo han mejorado, son ejemplos de tal particularismo. A mi juicio, por ejemplo, la coherencia y unidad del sistema, con perdón del Profesor Corma, no se ha logrado con la mera transformación del título preliminar.

Hasta aquí hemos hablado de la metodología de una posible reforma del Derecho Privado costarricense. En pocas palabras: proponemos una metodología integral, que percatándose de las transformaciones tecnológicas económicas y axiológicas, tome en cuenta los aportes de las diversas fuentes materiales y formales no escritas, así como de las leyes especiales, teniendo presentes los riesgos del particularismo, del conceptualismo y del formalismo.

No quiero quedarme, sin embargo, en indicaciones metodológicas. El Centenario del Código Civil es momento propicio para un examen retrospectivo de nuestro Derecho Privado; ofrece, asimismo ocasión para, determinados los vacíos, las contradicciones, los anacronismos axiológicos y científicos, proceder a la reconstrucción del sistema. No es posible en esta breve exposición determinar el sistema, los subsistemas y las particularidades de una posible revisión del Derecho Privado; esto deberá ser un producto colectivo, resultado de la confluencia del aporte de muchos en los próximos dos años; en consecuencia, me limito, seguidamente, a

(23) TARELLO, Giovanni. *Le idee della codificazione en Il diritto privato nella società moderna*. Saggi a cura di Stefano Rodotà. Il Mulino, Bologna, 1971, p. 33.

(24) RODOTÀ, Stefano. *Il diritto privato nella società moderna*. Il Mulino, Bologna, 1971, p. 75.

(25) Sobre el tema V. PUGLIATTI, Salvatore, *Diritto Civile, Metodo-Teoria-Practica*. Giuffrè-ed., Milano, 1951, p. 219.

(26) TARELLO, Giovanni. *Le idee della codificazione*. En *Il diritto privato nella società moderna* Saggi a cura di Stefano Rodotà, Il Mulino, Bologna, 1971, p. 39.

ofrecer algunas perspectivas de tratamiento sistemático y algunas recomendaciones sobre sectores específicos.

No es posible deslindar, en un proceso de revisión, las figuras no reguladas de aquellas mal reguladas; una revisión del Derecho Privado no puede limitarse a determinar las nuevas categorías susceptibles de ser introducidas legislativamente en el sistema; hay aspectos regulados, pero que no corresponden a la vida actual.

No intentaré en esta exposición un elenco de novedades; creo que esto sería continuar haciendo remiendos atomísticos, como los que se han hecho hasta el momento.

Me limitaré a señalar algunos puntos que a mi juicio, oportunamente deberán tomarse en consideración.

Quiero aclarar que no se intenta aquí apriorísticamente un nuevo Código Civil, o un Código de Derecho Privado o una revisión del Código vigente. Lo más conveniente lo dirán los estudios y debates que esta celebración, sin duda, ha de suscitar.

Sin embargo, como quiera que sea, ha de pensarse en la coherencia del sistema general y de los diversos subsistemas del Derecho Privado. La sistematización general tiene una justificación lógica evidente, pero también tiene como base la necesidad de un replanteamiento axiológico global de acuerdo con los tiempos actuales.

Además de la perspectiva sistemática integral debe pensarse en un adecuado tratamiento de los diversos subsistemas del Derecho Privado, cada uno de los cuales obedece a instituciones y principios específicos. Pensemos, por ejemplo, en la importancia de una adecuada revisión de la materia de la capacidad; o bien en las deficiencias que presenta la materia negocial por falta de orden (además de carecer de correspondencia con los requerimientos de nuestra época), o la utilidad de una regulación bien organizada de la responsabilidad extracontractual, sus diversas formas, la definición clara de las causas de justificación, de exclusión de causalidad o de culpabilidad, por ejemplo.

Dentro de los subsistemas del Derecho Privado, especial importancia tiene la materia mercantil; el subsistema comercial no podrá prescindir de principios específicos relativos a la irrevindicabilidad de bienes, a la velocidad de las operaciones, a la instrumentabilidad y a la contratación informal, ni podrá prescindir de la base sólida que representa la teoría de la empresa,⁽²⁷⁾ que puede dar sentido unitario sustancial a temas como las sociedades, los títulos valores, los transportes y los seguros.

(27) V. PANUCCIO, Vincenzo. *Impresa*. Enciclopedia del Diritto. Giuffrè ed, Milano, y MORA, Fernando. *La teoría de la empresa en el Derecho Comercial costarricense*. Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica, San José, 1976. Tab. Boletín Informativo de la Corte Suprema de Justicia, N° 222.

Paralelamente, convendrá examinar en qué medida la esfera mercantil ha permeado toda la realidad del Derecho Privado y ha dejado para la historia del Derecho muchos contratos, lo mismo que todo el campo de las sociedades civiles; en expresión del Decano de la Universidad de Lima: "el Derecho Mercantil extiende su velo sobre la vida civil y lo que era especial se convierte en común".⁽²⁸⁾ Sería interesante escuchar la opinión del Profesor Certad al respecto.

PERSONAS:

Dentro de la tradicionalmente denominada materia del Derecho de las Personas, se presentan varias exigencias de política legislativa:

— La adecuada sistematización de los "sujetos de la actividad jurídica", acertada expresión del profesor Rescigno,⁽²⁹⁾ que supera la perspectiva tradicional formalista sobre el tema, incluyendo además de las personas físicas y jurídicas, a los entes de hecho privados del reconocimiento formal, como los comités sin personalidad. ¡Cuántos negocios jurídicos se realizan en nombre de los comités!

— La regulación de los modos de atribución de la personalidad jurídica, la eficacia de la respectiva inscripción y los principios comunes a estos sujetos.

— La determinación clara del mecanismo de actuación de las personas jurídicas que tome posición firme ante las contundentes críticas a la teoría de la representación⁽³⁰⁾ y ante las nuevas doctrinas que afirman el carácter interno de la relación "ente-órgano" y la capacidad de imputación jurídica de figuras primarias de las personas jurídicas.

— La superación de la dicotomía normativa en materia de sociedades.

— La incorporación al sistema, al menos por referencia, de las disposiciones que regulan a otras personas jurídicas, como las asociaciones, las fundaciones, las cooperativas, los partidos políticos, los colegios profesionales, los sindicatos y otros entes.

(28) TORRES Y TORRES LARA, Carlos, La impronta mercantilista del nuevo Código Civil del Perú, Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones, Depalma, Buenos Aires, N° 103/104, abril, 1985, p. 199.

(29) RESCIGNO, Pietro, Manuale del Diritto Privato Italiano, Jovene, Napoli, 2a. edición, 1976, p. 108.

(30) FALSEA, Angelo, Capacità. Voci di teoria generale del Diritto. Giuffrè-ed, Milano, 1970, p. 144. V. FUGLIATTI, Salvatore, Istituzioni di Diritto Civile, Il soggetto di diritto. Giuffrè-ed, Milano, 1935, p. 6. V. también: PUGLIATTI, Salvatore, Il rapporto unisoggettivo. Diritto Civile, Metodo-teoria-practica. Giuffrè-ed, Milano, 1951 y BARRERA GRAF, Jorge, La representación. Revista de Ciencias Jurídicas, Universidad de Costa Rica, N° 7, mayo de 1966, p. 27.

— La definición clara de los alcances del concepto de sede de la persona jurídica que tome partido ante la jurisprudencia contradictoria y cambiante sobre notificaciones,⁽³¹⁾ tema ya resuelto en el proyecto en la Asamblea, de Código de Procedimientos Civiles.

— La afirmación del concebido como un destinatario actual de eficacia jurídica, susceptible de resolución (y no ya condicionada suspensivamente), intuición del Profesor Carlos Fernández Sessarego,⁽³²⁾ que el citado autor considera irrefutable, aún desde la limitada perspectiva meramente formalista Kelseniana, ya que el concebido es, sin duda, un centro de imputación actual de efectos jurídicos o de normas (vida, representación, identidad, filiación, etc.), un sujeto de Derecho.

— La revisión del absurdo legislativo de la capacidad especial de actuar de la madre menor soltera, que puede representar a su hijo, pero que no puede actuar en sus propios asuntos. ¿Por qué no legislar más bien en el sentido de que la maternidad, en los mismos términos que el matrimonio del menor, pueda conceder la emancipación legal?

— La posibilidad de que el propio sujeto bajo interdicción pueda solicitar el levantamiento de ésta, si recobra su capacidad natural, lo cual le está negado por la ley en estos momentos, con los consiguientes abusos de las potestades respectivas ligadas a la curatela (no de simples derechos subjetivos).

— El repudio de la expresión incapacidad jurídica relativa⁽³³⁾ que utiliza nuestro Código para designar la imposibilidad legal de recibir por testamento, en lo cual coincido con el Profesor Rescigno, aunque disintamos en cuanto al uso alternativo de la expresión "falta de legitimación pasiva".

— La regulación adecuada a la realidad de nuestros días de intervenciones quirúrgicas para la definición de los caracteres sexuales.

— La necesidad de un adecuado tratamiento de los mal llamados "derechos de la personalidad", a partir de la toma de conciencia de que estamos frente a valores (vida, libertad, nombre, honor, imagen, voz, intimidad) y no meros derechos subjetivos, que se hacen efectivos a través de diversos tipos de situaciones jurídicas que en muchos casos son más bien poderes; en otros, imposiciones; en otros prohibiciones; no sola-

(31) PEREIRA-PEREZ, Notificaciones a personas jurídicas, Revista Judicial N° 25, junio de 1983, p. 124.

(32) FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos, Derecho de Personas. Ponencia. Congreso sobre el nuevo Código Civil Peruano, Lima, agosto 1985, (en prensa).

(33) V. COVIELLO, Leonardo, Capacità di succedere a causa di morte. Enciclopedia del Diritto, VI, Giuffrè-ed, Varese, 1960 y, en el mismo volumen: Capacità di ricevere per testamento.

mente a través de derechos subjetivos; con esto se evitarán los obstáculos que desde los "ius in se ipsum" ha encontrado la doctrina para determinar su objeto y caracteres.⁽³⁴⁾

— La complementación sistemática de esta misma materia, mediante la regulación de nuevos valores de la personalidad, como la voz, la intimidad y la integridad psicofísica.

— La inclusión de una posibilidad de acción inhibitoria general con relación a todos estos valores (y no sólo con relación a la imagen y al nombre).

— Un tratamiento más completo de la integridad física, no sólo llevándola a rango de integridad psico-física, sino además previendo, al menos en líneas generales, una serie de aspectos actualmente indefinidos en cuanto a ciertas consecuencias jurídicas, tales como la esterilización, el uso de energía nuclear, la puesta en práctica de tratamientos en experimentación, la terapia de choque, la cirugía estética, los rayos x, etc.⁽³⁵⁾

— La ampliación de los supuestos lícitos de uso de la imagen; por ejemplo, para fines didácticos.⁽³⁶⁾

— La tutela civil de las comunicaciones privadas y del derecho a la intimidad, determinando sus limitaciones.⁽³⁷⁾

— La posibilidad de resarcimiento del daño a la persona, como categoría distinta de los daños patrimoniales y morales, entendido aquél como el que incide en el proyecto de vida, frustrándolo.⁽³⁸⁾ ¿Basta acaso el pago del hospital, de los perjuicios y del daño moral para resarcir al pianista o pintor por sus manos trituradas (por ejemplo)?

(34) V. BOU-PEREZ, Los valores fundamentales de la personalidad y sus medios de tutela. Revista Judicial N° 9, Corte Suprema de Justicia, San José, setiembre de 1978.

(35) V. en especial: WORIDASSOCIATION FON MEDICAL LAW. World Congress on Medical Law. Gent, Bélgica. 18 a 22 de agosto de 1985. DONALDSON, James, Casualty Claim Practice, Irwin Inc. Illinois, 1984; BOGARIN PARRA, Alicia, El médico general frente a la ley. Tesis, Facultad de Derecho, U.C.R., 1974; YUNGANO-LOPEZ BOLADO-POGGI BRUNO, Responsabilidad profesional de los médicos. Editorial Universidad, Buenos Aires, 1982.

(36) V. PUGLIATTI, Salvatore. La trascrizione. Trattato di diritto civile e commerciale. Giuffrè ed, Milano, 1957, p. 12 y ss.

(37) RESCIGNO, Pietro. Manuale di diritto privato italiano. Jovene, 1976, p. 211. V. MOUNIER, Emmanuele, El Personalismo, Eudeba, Buenos Aires.

(38) FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos, Congreso sobre el Código Civil Peruano, Ponencia, Lima, Agosto de 1985.

— En tema de ausencia puede ser aconsejable una reducción de plazos, atendiendo a las exigencias de celeridad de la vida moderna y a los avances en las telecomunicaciones.⁽³⁹⁾

DERECHOS REALES:

En el campo de los Derechos reales surgen retos de política legislativa de diversa índole:

— Han de revisarse los criterios tradicionales de clasificación de las cosas, dándose relieve a aquellos de mayor interés, incluyéndose distinciones no previstas, como la de "productivas e improductivas" y la de "registrables y no registrables", dado que tienen regímenes jurídicos diversos.⁽⁴⁰⁾

— Han de corregirse los absurdos actuales; entre ellos, la confusión entre cosas consumibles y fungibles, pues se trata de dos clasificaciones diversas, por lo que el Código alemán ha tenido razón al separarlas.⁽⁴¹⁾

— Es importante superar la actual distinción entre bienes materiales e inmateriales que, en los términos en que está, "no tiene sentido, pues consiste en poner de un lado las cosas y de otro los derechos; es decir, dos categorías que no tienen ningún carácter común... no es una clasificación; es una comparación incoherente" —dice Planiol—. "La distinción, por la evidente heterogeneidad de los términos, se revela extrañamente híbrida".⁽⁴²⁾

— Debe darse el correcto sentido al concepto de bien inmaterial, de modo que se reconozca esta categoría para las obras de ingenio humano

(39) Inclusive, se ha hecho notar que la creciente facilidad de las comunicaciones han hecho disminuir los casos de ausencia. RIPERT y BOULANGER, Tratado de Derecho Civil, T. II, vol. I, La ley-ed., Buenos Aires, 1963, p. 23; también, PLANIOL, Marcel, Traite élémentaire de Droit Civil, Tome Premier, Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, Parris, 1920, p. 215.

(40) V. SALA PRIMERA CIVIL, N° 267 de 2 hrs. de 19 de julio de 1977; N° 98 de 8 y 25 hrs. de 23 de marzo de 1976 y N° 591 de 8 y 15 hrs. de 30 de noviembre de 1971.

(41) PLANIOL, Marcel. Tratado elemental de Derecho Civil. Los Bienes. Editorial Cajica, México, 1955.

(42) Op. ult. cit., p. 28.

(43) PUGLIATTI, Beni e cose in senso giuridico, Giuffrè-ed, Milano, 1962, p. 102.

o creaciones culturales,⁽⁴⁴⁾ aquellas proyecciones del espíritu que necesariamente tienen un soporte material (como la partitura de una sinfonía o la tela de una pintura, o el papel de un libro...) pero en las que lo que vale, lo que interesa jurídicamente, no es el soporte material, sino la proyección humana a través de él.

— Ha de asignarse un régimen claro a las llamadas pertenencias y accesorios, lo mismo que a las universalidades, tomando en cuenta la protección del interés que representa el conjunto de elementos de que consisten.

Y, recordando de nuevo a Jossierand y a Pugliatti: ¿es acaso posible seguir hablando de la propiedad como instituto unitario? ¿no deberíamos más bien hablar de "las propiedades"? La verdad es que los regímenes jurídicos de derechos reales sobre naves, sobre mercancías en viaje, sobre tumbas, sobre bienes intelectuales, sobre aguas, etc., son muy diversos entre sí, lo que exige una reconstrucción sistemática de la materia.⁽⁴⁵⁾

— Habrán de incluirse nuevas categorías de derechos reales; por lo menos habrá de someterse a discusión la propiedad fiduciaria y la posibilidad de disposición autónoma del subsuelo (piénsese en un estacionamiento subterráneo, que para ser ampliado, puede demandar la compra de espacio subterráneo de la propiedad vecina).

— El régimen anticuado de las cosas perdidas debe revirarse. ¿Conoce alguno de ustedes a alguien que habiéndose encontrado algo, haya publicado el aviso de ley en el periódico oficial y haya esperado un año antes de sentirse propietario? O ¿cuántos de nosotros, leemos diariamente La Gaceta?

— Deberá además, tomarse posición ante los vaivenes milenarios en doctrina y jurisprudencia en cuanto al conflicto entre títulos inscritos, determinándose claramente si ha de darse prioridad al propietario más antiguo, o al propietario que mediante su posesión efectiva revela la actualidad de su interés.⁽⁴⁶⁾

(44) V. BIONDO, Biondo, Los Bienes, Bosch, Barcelona, 1961, p. 45; SANTORO PASSARELLI, Francesco, Doctrinas generales del Derecho, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1964, ps. 48 y 49. PLANIOL, Marcel, Tratado elemental de Derecho Civil, Los Bienes, Cajica, México, 1955, p. 28. PUGLIATTI, Salvatore, Beni e cose in senso giuridico. Giuffrè ed., Milano, 1962, p. 102.

(45) PUGLIATTI, Salvatore, Beni e cose, Giuffrè ed., Milano, 1962, p. 28; TRIBUNAL SUPERIOR DE ALAJUELA, N° 1104 de 9 y 40 hrs. de 7 de setiembre de 1973; PUGLIATTI, Salvatore, La proprietà e le proprietà; Giuffrè-ed, Milano, 1964, p. 145 y ss.

(46) V. COOLIN Y CAPTIANT, Curso Elemental de Derecho Civil. Seus. Madrid, 1961, Tomo II, Vol. II, p. 948. SALA DE CASACION, N° 132 de 25 de octubre de 1974. PUGLIATTI SALVATORE, La proprietà e le proprietà. Giuffrè-ed, Milano, 1964, p. 267.

— Finalmente, deberá tomarse particularmente en cuenta la materia agraria que ha modificado sustancialmente la sistemática del Código Civil.

SUCESIONES

Para una revisión de la materia sucesoria es recomendable tomar como base de discusión el proyecto de ley de las licenciadas Maritza Blanco, Miriam Borloz e Ileana Murillo.

Dentro de este campo puede meditararse la introducción de la institución denominada "legítima" o "cuota de legítima" y de las correspondientes disposiciones conexas sobre "exheredación" con las salvedades y precauciones indicadas ayer por el Lic. Orlando Aguirre, quien puso de manifiesto la necesidad de una mejor regulación del tema frente a la libre testamentación. También en esta campo puede pensarse en aspectos como un derecho de habitación a favor de la viuda sobre la casa donde ha vivido.⁽⁴⁷⁾

Y ¿por qué no?: dentro de una revisión del Derecho Privado que pretenda girar en función de la dignidad humana, no introducir al menos una tutela sucesoria de la familia de hecho, incluyéndose también un derecho de habitación a favor de la compañera o compañero,⁽⁴⁸⁾ o como lo expresó el Prof. Aguirre, "conceptuando a la ocmpañera como heredera" y al compañero, agrego yo.

En la materia propiamente testamentaria convendrá pensar en reglas especiales sobre interpretación y en la posibilidad de ampliar el cuadro de las formas admisibles.⁽⁴⁹⁾

OBLIGACIONES:

En el campo del Derecho de Obligaciones hay muchos aspectos que deben ser examinados, lo mismo que otros que deben ser integrados. Contribuirán aquí sin duda a las enseñanzas de los Doctores Juan Luis Arias, Carlos Manavella y de la Dra. María de los Angeles Soto Gamboa, en especial, en el campo de la novación.

(47) FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos, Derecho de Personas en Primer Seminario de Difusión del Nuevo Código Civil, Lima, del 17 de set. al 5 de octubre de 1984, p. 35.

(48) V. Proyecto de reformas al Código de Familia. La Gaceta, lunes 28 de julio de 1980, p. 5 y ss. y ODIÓ, Elizabeth, Familia de hecho, Revista Judicial, N° 7.

(49) V. BLANCO, Maritza; BORLOZ, Miriam y MURILLO, Ileana, El testamento, Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica, en 1982; en especial el proyecto de reformas al Código Civil, en página 603 y ss.

No es posible mantener la absurda formulación que hoy existe en materia de fuentes: decía Carnelutti: "cuando se pone la ley como una de las fuentes de las obligaciones la lógica está perdida".⁽⁵⁰⁾ El calificaba tal formulación de "episodio de evolución de la ciencia del Derecho".

En el campo de la responsabilidad extracontractual la carencia actual de adecuada legislación es impresionante. Piénsese solamente que para un tema donde los tratadistas Mazeaud citan más de dos mil títulos y donde la variedad de la casuística es impredecible, nuestro Código dedica cuatro artículos reunidos y unos cuantos más desperdigados. En este campo, especial consideración debe tenerse de los aportes jurisprudenciales; ante las lagunas, nuestros jueces han llegado a delimitar las consecuencias jurídicas de diferentes situaciones de hecho.

En esta materia el Profesor Rodotà ha propuesto una construcción que tiende a recuperar sobre bases nuevas, la unidad del sistema en el hecho dañoso, al cual corresponde una articulada multiplicidad de criterios de imputación del daño.⁽⁵¹⁾

La existencia de dos criterios de imputación, la culpa y el riesgo creado, ha de plantearse en forma inequívoca, ante algunas oscilaciones jurisprudenciales.⁽⁵²⁾

Dado que en este campo, la ausencia de adecuada regulación es manifiesta, me limito a ofrecer un elenco de los temas que exigen tratamiento diferenciado:

— Determinación clara de la antijuridicidad, la causalidad y la culpabilidad, como elementos de la responsabilidad subjetiva.

— Establecimiento del consentimiento del ofendido (con sus límites en materia de derechos indisponibles), del estado de necesidad, de la legítima defensa y del ejercicio de un derecho (con sus límites cuando se trate de abuso), como causas de justificación. Deberá ampliarse la perspectiva limitada del vigente título preliminar a otros tipos de situaciones jurídicas de que también es posible abusar (por ejemplo abuso del interés legítimo del socio, abuso de las potestades familiares, etc.). En este tema, por lo tanto, no podemos ser tan efusivos en elogios como lo fue el profesor Cornú. Hablar sólo del abuso del derecho subjetivo y no de otras situaciones es limitado.

(50) CARNELUTTI, Francesco, Teoria generale del diritto. Soc. ed. del Foro Italiano, Roma, 1951, p. 202.

(51) BUSNELLI, Francesco Donato. Nuove frontiere della responsabilità civile. Ius, genn-giugn. Milano, 1976, p. 47.

(52) V. SALA PRIMERA DE APELACIONES, 2 y 45 hrs. de 13 de noviembre de 1919. SALA DE CASACION 3 p.m. de 20 de agosto de 1920, II, p. 128 y SALA DE CASACION, N° 73 de 10 y 15 hrs. de 16 de julio de 1959, II, t. I, p. 116.

— Convendrá pensar también en la formulación positiva de la causalidad y de los aspectos que la excluyen, tales como la fuerza mayor y el hecho de la víctima o de un tercero.

— Descomposición de la culpabilidad en la imputabilidad y la culpabilidad en sentido estricto.

— Fijación clara de los casos de culpa recíproca, culpa común y culpa solidaria.

— Deslinde de las formas que puede asumir la responsabilidad subjetiva: directa e indirecta y dentro de esta última "in eligendo" e "in vigilando".

— Regulación de los daños causados por las cosas y por los animales.

— Ha de meditarse también sobre la llamada rotura de la tradición que sostenía con el peso de su presencia, la excepcionalidad y tipicidad de la responsabilidad por riesgo creado, para determinar la posibilidad de pasar a una nueva perspectiva en la que la reparación de la lesión extracontractual reciba prioridad, mediante la promulgación de un principio general de responsabilidad objetiva, tal como el que aparece en el nuevo Código Civil Peruano, según el cual "Aquel que mediante un bien riesgoso o peligroso, o por el ejercicio de una actividad riesgosa o peligrosa, causa un daño a otro, está obligado a repararlo" (artículo 1970).

— Y ¿por qué no pensar también en la posibilidad de una acción directa contra el asegurador del responsable civil si lo que interesa es la protección a la víctima?

De acuerdo con la problemática de nuestro tiempo, el análisis no podrá soslayar la consideración especial de ciertas formas de responsabilidad, entre ellas, la que se ha denominado "responsabilidad por daños transfronterizos",⁽⁵³⁾ la responsabilidad del productor, materia en la que no podrá prescindirse de los estudios y aportes de la doctrina nacional, en particular de la Licda. Stella Besciani,⁽⁵⁴⁾ lo mismo que el llamado "daño ecológico", con la posibilidad de una acción sumaria inhibitoria a favor de todo posible afectado además del derecho al eventual resarcimiento.

No deben tan poco soslayarse los avances jurisprudenciales y doctrinales en materia de lesión del derecho de crédito por obra de un

(53) V. GOMEZ ROBLEDO, Alonso, Responsabilidad Internacional por daños transfronterizos. Universidad Nacional Autónoma de México. México, 1983, p. 29.

(54) BRESCIANI, Stella, La responsabilidad del productor. Revista Judicial, Corte Suprema de Justicia, San José, N° 26, p. 73 y ss.

tercero;⁽⁵⁵⁾ no solamente la lesión de derechos absolutos puede generar responsabilidad extracontractual.

CONTRATOS:

En materia de contratos urge, igualmente, una reformulación sistemática que ha de tomar en cuenta los aportes de los profesores Pablo Casafont, de grata memoria, Diego Baudrit y Mario Ramírez. Como lo ha observado en sus escritos el Profesor Certad, nuestra ley carece de una disciplina general del negocio jurídico.⁽⁵⁶⁾

Nuestro Código carece de columna vertebral en este aspecto: dicta la disciplina de los contratos y regula otros negocios en forma específica, aunque hace la extensión de ciertas normas a los actos unilaterales.

Además de los citados injertos indeseables, la formulación es desordenada: se confunden los requisitos subjetivos y objetivos con los elementos; se confunden diversas anormalidades negociales, usándose con la más absoluta arbitrariedad científica los conceptos de rescisión, revocación, resolución, etc.

En este campo es particularmente importante la perspectiva subsistemática atrás aludida; la teoría del negocio jurídico puede proporcionar el marco de referencia que facilite la estructura del tema. El propio Profesor Rodotà no discute "la corrección formal de una reconstrucción unitaria de un conjunto de figuras";⁽⁵⁷⁾ debe tenerse presente, sin embargo, que por su función socio-económica, el contrato ha de ser el objeto central de la normativa.

Sin despreciarse las clasificaciones de los pandectistas (aunque reprobamos con Heck y Rümelin el método de inversión), es necesario impregnar la regulación negocial de contenidos acordes con la realidad actual de las transformaciones económicas de la intervención estatal, del tráfico masivo por medio de las empresas, estableciéndose en concreto el verdadero marco de la autonomía privada; en expresión de Barcellona: "hablando de la libertad contractual, no es ya posible prescindir de la

(55) V. BUSNELLI, Francesco Donato. La lesione del credito da parte di terzi. Giuffrè-ed, Milano, 1963, p. VII (contra la tesis de Fedele, op. cit., p. 3).

(56) CERTAD, Gastón. La teoría del negocio jurídico frente a la legislación civil costarricense, Conferencia de inauguración del año académico de 1976, Facultad de Derecho, U.C.R. También en Revista Judicial N° 2, p. 19.

(57) RODOTA, Stefano. Il Diritto Privato nella società moderna. Il Mulino, Bologna, 1971, p. 208.

consideración de la posición económica de las partes contratantes y de la posible influencia de ésta sobre el contenido de la estipulación".⁽⁵⁸⁾

Ante la imposibilidad de desarrollar aquí en detalle los problemas legislativos de la materia negocial, me permito sugerir algunos temas que deberán ser objeto de atención, dado que en ellos las disposiciones actuales son insuficientes o inexistentes:

— La distinción elemental entre invalidez e ineficacia,⁽⁵⁹⁾ distinción en la que se confunden inclusive autores de la categoría de Diez Picazo. Se trata, en realidad, de dos calificaciones distintas: la invalidez expresa una valoración negativa, la ineficacia una falta de efectos jurídicos. Por ejemplo: el testamento aunque ya válido, no es eficaz sino hasta la muerte; o el negocio válido bajo condición suspensiva es ineficaz mientras esta no se verifica.

— La distinción clara entre las formas de invalidez atendiendo a su diverso régimen jurídico y en particular a su modo de operar, a la gravedad de la patología, a la prescriptibilidad de la acción, a su declarabilidad, a la legitimación "ad causam" activa para reclamarle y a las posibilidades de convalidación,⁽⁶⁰⁾ superando las formulaciones atécnicas actuales.

— La invalidez parcial y sus relaciones con el principio de conservación, en especial frente a la posición alemana según la cual ella perjudica la totalidad del negocio, campo donde también hay desarrollos jurisprudenciales.

— La conversión del negocio nulo, determinándose sus requisitos (de forma y sustancia) y entendiéndose como una integración del negocio dentro de la órbita del interés práctico perseguido por las partes.⁽⁶¹⁾

— La materia de la simulación, definiéndose si se trata de una patología de la voluntad, según la perspectiva tradicional o si más bien ésta se encuentra en la causa (dado que el negocio disimulado o el

(58) BARCELLONA, Pietro. I controlli della libertà contrattuale. En Il Diritto Privato nella società moderna. Il Mulino, Bologna, 1971, p. 285.

(59) V. SCALIST, Vincenzo. Inefficacia. Diritto Privato. Enciclopedia del Diritto, Giuffrè-ed, Milano, 1971, p. 344. TOMMASINI, Raffaele. Invalidità. Enciclopedia del Diritto. Giuffrè, Milano, 1941, p. 317; LA CRUZ BERDEJO, José Luis. Elementos de Derecho Civil, II, Derecho de Obligaciones. Vol. 2° Bosch. Barcelona, 1977, p. 270. BETTI, Emilio. Teoría General del Negocio Jurídico, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1959, p. 348. STOLFI, Giuseppe. Teoría del negozio giuridico. Cedam, Padova, 1961, p. 99.

(60) V. UMAÑA-PÉREZ, Elementos del negocio jurídico, Revista Judicial N° 12, Corte Suprema de Justicia, San José, p. 115.

(61) BETTI, Teoría General del Negocio Jurídico. Ed. Rev. Derecho Privado, Madrid, 1959, p. 375.

contradocumento lo que hacen es quitar la función jurídica al negocio aparente, vaciarlo de su contenido efectivo); regulándose sus formas, la validez eventual del negocio disimulado, la inoponibilidad a terceros, las contradecaraciones y tomándose en cuenta especialmente la contribución de la jurisprudencia en materia de prueba con base en indicios de los que es posible obtener presunciones.⁽⁶²⁾

— La reserva mental, tema en el cual ha de distinguirse entre la forma absoluta y la forma relativa y han de especificarse los casos en que se equipara al dolo.⁽⁶⁸⁾

— La revisión de los contratos por excesiva onerosidad sobrevenida; remedio ante la transformación de las circunstancias que afecta el equilibrio contractual.

— La rescisión por lesión (que ya estaba regulada en el Código de Carrillo, como lo mostró en su amena y documentada exposición el Profesor Jorge Sáenz C.,⁽⁶⁴⁾ remedio frente al aprovechamiento indebido que haga una parte de las condiciones de necesidad o de peligro de la otra, para obtener una desproporción entre las prestaciones.

Habrà de tomarse partido en cuanto a la responsabilidad por daños imprevisibles si no hay dolo en los contratos, pues como lo ha aclarado el Profesor Torrealba, en realidad nuestra ley no hace esta distinción.⁽⁶⁵⁾

También dentro del campo negocial, deberá pensarse en la regulación de muchos contratos que ni siquiera la ley mercantil regula ade-

(62) V. CAMARA, Héctor, Simulación de los actos jurídicos. Depalma, Buenos Aires, 1958, FERRARA, Francisco. La simulación de los negocios jurídicos, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1960, CANDIAN, Aurelio, Instituciones de Derecho Privado, UTHERA, México, 1961. SALA DE CASACION: N° 22 de 14 y 30 hrs. de 31 de mayo de 1961; N° 14 de 10 y 30 hrs. de 23 de enero de 1967; N° 26 de 10 y 50 hrs. de 24 de marzo de 1954; N° 23 de 14 y 45 hrs. de 6 de diciembre de 1967; N° 125 de 14 y 10 hrs. de 25 de octubre de 1973; N° 102 de 16 hrs. de 21 de agosto de 1975; N° 29 de 15 hrs. de 25 de abril de 1973.

(63) SALA DE CASACION, N° 103 de 10 y 30 hrs. de 3 de diciembre de 1956.

(64) TOMMASINI, R. Invalidita, Enciclopedia del Diritto. Giuffrè-ed, Milano, p. 16. BETTI, Emilio, Teoría General del Negocio Jurídico, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1959, p. 371.

(65) V. TORREALBA, Octavio, Indemnización de daños y perjuicios imprevisibles. Revista de Ciencias Jurídicas, Colegio de Abogados, Universidad de Costa Rica, N° 40, enero-abril de 1980. En contra de la tesis de BRENES, Alberto. Tratado de las Obligaciones y Contratos. Trejos Hermanos, San José, 1923, p. 21, y de la posición que sostiene el artículo 74 de la reciente Convención de Naciones Unidas sobre Compraventa Internacional de mercancías, Viena, abril 10 de 1980 (A/CON 97/18). V. tamb. HARRY, The sanctity of contracts in English Law, London, 1959. BIGLIAZZI GERI, Lina. Note in tema di interpretazione secondo buona fede, Pisa, 1970, ps. 79, 90, 83, 84. MESSINEO, Francesco, Manuale di diritto Commerciale. Vol. III, Giuffrè-ed, Milano, 1959, p. 631.

cuadamente; reiterando lo expuesto sobre los contratos de Derecho Marítimo, podemos agregar figuras que requieren examen, como el contrato de suministro, el contrato de hospedaje, el llamado "leasing"⁽⁶⁶⁾ o arrendamiento financiero y las múltiples formas de compraventas especiales.⁽⁶⁷⁾

Será conveniente meditar en la posibilidad de reglas de interpretación de los negocios jurídicos, en las que se determine, entre otras cosas, el régimen de los contratos de adhesión,⁽⁶⁸⁾ en los que, por su masificación, una de las partes se ve colocada en la alternativa de aceptar o rechazar íntegramente las estipulaciones fijadas por la otra parte, contrato típicamente mercantil, por lo que no podemos quedarnos en una revisión del Código Civil. También convendrá formular reglas precisas sobre la interpretación del compromiso arbitral, dentro de la tradición latina restrictiva.⁽⁶⁹⁾

CONCLUSION

Lo expuesto no ha pretendido agotar la lista de temas en los que el Derecho vigente carece de adecuada regulación; muchos otros son los anacronismos, las incoherencias, las imperfecciones terminológicas, las lagunas, las contradicciones, que hemos dejado fuera de análisis. La exposición de los anteriores ejemplos ha tenido un propósito central: motivar la necesidad de un trabajo serio y sistemático de revisión de nuestras normas.

Quiérase o no, enrumamos hacia una mutación cualitativa del Derecho Privado costarricense, cuya causa eficiente son las transformaciones tecnológicas, axiológicas y científicas y dentro de estas, en especial, el paso de la Begriffjurisprudenz y de una concepción producto de la mezcla del racionalismo del siglo XVIII y del romanticismo de la primera mitad del siglo XIX a una perspectiva tridimensional integral del fenómeno jurídico, dentro de la cual la realidad fáctica, la realidad formal y la realidad axiológica encuentren cabal ubicación; ésta sólo es posible con

(66) Contrato donde una empresa financiera compra un bien por encargo de un tercero y se lo arrienda por determinado plazo, al cabo del cual puede venderse a un precio residual. V. RODRIGUEZ AZUERO, Sergio, Contratos Bancarios, Felabán, Bogotá, 1979, p. 494.

(67) V. DEGNI, Francisco. La compraventa. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1957, p. 161 a 265.

(68) CARBAJAL, ALVARO. Los contratos de adhesión en Costa Rica. Facultad

(69) ALSINA, Hugo, Tratado teórico práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial, Tomo VII, Ediar, Buenos Aires, 1965, p. 35 y 36 y mi trabajo en Revista Judicial N° 32, marzo de 1985, Corte Suprema de Justicia, San José, p. 157.

una metodología cuyos ejes sean los intereses y valores de los seres humanos, para que el Derecho encuentre el sentido de su devenir histórico.

Este es el reto de nuestro tiempo en el campo del Derecho Privado. Podemos dejar que el torbellino tecnológico nos arrastre y deje obsoleta buena parte del sistema; podemos dejar que las presiones ideológicas de diverso tipo resquebrajen el sistema con remiendos parciales; podemos también ignorar la transformación metodológica que sufrió nuestra ciencia a partir de la evolución de Ihering, de Hock y Rümelin. Sin embargo, podemos también romper la inercia e indiferencia que llevan al retroceso por estancamiento y con el aporte de todos los que vamos a vivir cualquier reforma, podemos poner nuestro anticuado Derecho Privado a la altura de los tiempos, sin pretender que vaya a durar cien años, pues imprevisible son los problemas que habremos de afrontar, que irán exigiendo paulatinamente la constante reconstrucción del sistema.

EL RECURSO DE APELACION EN LA LICITACION PUBLICA

Dr. Jorge Enrique Romero Pérez
Catedrático de la Universidad de Costa Rica
Facultad de Derecho.
Miembro del Instituto de Investigaciones Jurídicas.
Profesor de Derecho Administrativo.

INDICE

- 1.—Concepto
 - 2.—Definición
 - 3.—Finalidad
 - 4.—Naturaleza Jurídica
 - 5.—Interposición
 - 6.—Sujetos que pueden apelar
 - 7.—Objeto
 - 8.—Presentación del recurso
 - 9.—Plazo
 - 10.—Monto
 - 11.—¿Cómo se debe presentar el recurso?
 - 12.—Caso de enmienda al aviso de adjudicación
 - 13.—La apelación debe ser concreta y específica.
 - 14.—Rechazo de plano del recurso
 - 15.—Recurso contra adjudicaciones de la Contraloría
 - 16.—Recurso y oferta vigente
 - 17.—Audiencia a las partes
 - 18.—Prueba para mejor proveer
 - 19.—Nuevas audiencias
 - 20.—Rechazo de la apelación
 - 21.—La Contraloría y su papel como juzgador
 - 22.—Incumplimientos subsanables
 - 23.—Alegato de bien probado
 - 24.—Resolución contralora
 - 25.—Plazo de la Contraloría
 - 26.—Anulación del oficio
 - 27.—Sanciones a particulares
 - 28.—Sanciones a agentes públicos
 - 29.—Notificación de la Resolución Administrativa
 - 30.—Resolución firme y definitiva
 - 31.—Aclaraciones y adiciones
 - 32.—Readjudicación y apelación
 - 33.—Vicios que implican el rechazo ad portas del concurso
 - 34.—Vicios graves que la Contraloría puede declarar de oficio.
- A modo de conclusión
Bibliografía básica

SIGLAS MAS USADAS

RCA	Reglamento de la Contratación Administrativa
LAFR	Ley de la Administración Financiera de la República.
LGAP	Ley General de la Administración Pública
RCJ	Revista de Ciencias Jurídicas (San José: Imprenta Lehmann. UCR — Colegio de Abogados de Costa Rica).
UCR	Universidad de Costa Rica
Co	Contraloría General de la República.
Re Co	Revista de la Contraloría
CCSS	Caja Costarricense de Seguro Social.

RESUMEN

Este trabajo se refiere al recurso administrativo jerárquico impropio de apelación (presentado ante la Contraloría General de la República) (Co) en contra de los actos de adjudicación de una licitación pública promovida por un ente estatal.

Abarca este estudio aspectos tan diversos como el concepto, naturaleza jurídica, forma de presentación, rechazos de plano, etc.

Este recurso es sumamente importante porque permite el control de la legalidad y la oportunidad de los actos administrativos de selección del contratista público.

El Departamento de Licitaciones de la Contraloría es el encargado de resolver estos recursos. La resolución que emita el ente Contralor agota la vía administrativa.

PRESENTACION:

El recurso de apelación que aquí se estudia tiene que ver no solo con la legalidad y la oportunidad (conveniencia) de los actos administrativos de selección del co-contratante con el Estado, sino también con los principios de una sana y eficiente gestión pública; y, sin duda con el buen uso de los fondos del Estado.

Los legitimados son aquellos que pueden presentar el recurso en tiempo y forma, con el interés que *no* se les rechace *ad portas* o de plano la impugnación.

Una vez admitido el recurso la Contraloría lo analiza y resuelve en dos direcciones excluyentes: anulando la adjudicación o confirmándola.

Si *anula* la adjudicación el ente estatal puede: readjudicar otra oferta elegible; o, declarar el concurso desierto.

1).—CONCEPTO.

El recurso de apelación, que pueden presentar los interesados ante la Contraloría, tiene por objeto impugnar la presunción de legitimidad de que gozan, los actos administrativos (en este caso de adjudicación) mediante el debido y oportuno ejercicio del *Onus Probandi* a cargo de aquellos.

2).—DEFINICION:

El recurso de apelación contra los actos de adjudicación de una licitación o concurso es un derecho que tienen los interesados (interés legítimo) para impugnar tales actos.

3).—FINALIDAD:

La finalidad de este recurso es que el ente contralor revise la legalidad y la oportunidad del acto de adjudicación, así como también lo relativo al procedimiento licitatorio.⁽²⁾

4).—NATURALEZA JURIDICA:

Este acto de apelación es un recurso administrativo jerárquico impropio, ya que se interpone —por ley— ante la Contraloría que *no* es un órgano superior jerárquico propio del ente público que dictó el acto de selección.⁽³⁾

El artículo 135 del Reglamento Contratación Administrativa, lo manda así:

Artículo 135.—La apelación constituye, en consecuencia, el recurso que confiere la ley, para ante la Contraloría General, en contra del acto de adjudicación de una licitación pública por razones de legalidad.

5).—INTERPOSICION:

Los que pueden interponer el recurso de apelación son los sujetos legitimados para ello. Se interpone ante la Contraloría por razones de legalidad y oportunidad.

(1) Romero, Jorge Enrique. *La Licitación Pública en Costa Rica* (San José. UCR. 1975, Pág. 341. Agotado).

(2) Romero, *cit.* Pág. 342.

(3) Romero, *cit.*, Pág. 342.

El Artículo 135 del Reglamento Contratación Administrativa establece que el recurso procede por razones de legalidad. Sin embargo considerando que también es pertinente por cuestiones de oportunidad, en virtud de la protección a los intereses públicos un juego.

6).—SUJETOS QUE PUEDEN APELAR:

Las personas que pueden apelar el acto de adjudicación son de acuerdo al numeral 136 del Reglamento Contratación Administrativa:

Artículo 136.—Podrán apelar:

- 1) *Quien hubiere sometido oferta al concurso, por sí o por medio de apoderado.*
- 2) *Aquél a quien la Administración le hubiere impedido concurrir, o bien, le hubiere impedido presentar oferta admisible al no acatar lo resuelto por la Contraloría General a través de un recurso de impugnación del cartel, promovido por el propio apelante.*
- 3) *En nombre de su representada, el representante de casas extranjeras debidamente identificado que hubiere sometido oferta al concurso.*

Ellos tienen un interés legítimamente protegido para que se cumpla con los requisitos legales tanto en el procedimiento como en lo relativo al acto de selección. (El art. 102, inciso b) de la LAFR expresa que quien "se sienta perjudicado" puede apelar la adjudicación).

7).—OBJETO:

La impugnación que puede ejercitar el legitimado es contra los actos de adjudicación.

Por tanto, no hay apelación contra el acto que declara el concurso desierto ni contra el acto que revoca (en tiempo y forma, la adjudicación).⁽⁴⁾

8).—PRESENTACION DEL RECURSO:

El recurso se debe presentar ante la Contraloría con las razones o argumentos⁽⁵⁾ respectivos. Acompañando las especies fiscales pertinentes y los poderes del caso, si fuere necesario.

(4) Romero, cit., Pág. 343 — Nicoleyson, Allan. *El recurso de apelación en la Contratación Administrativa Costarricense*. (San José, UCR. Tesis de Grado Facultad de Derecho. Inédita. Pág. 6.

(5) Cf. Artículo 142 RCA.

El numeral 137 del Reglamento Contratación Administrativa manda:

Artículo 137.—*El recurso de apelación deberá ser presentado ante la Contraloría General, por el interesado, por un propio o dirigido por correo; sin embargo, en este último caso ni la Contraloría General ni la Administración de Correos asumirán responsabilidad alguna por la recepción extemporánea del mismo, sin perjuicio de las responsabilidades personales de los funcionarios o empleados que maliciosamente impidieran su arribo oportuno.*

De acuerdo con este artículo, el recurso se puede presentar personalmente ante la Contraloría; o, ser remitido por correo.

Al tenor de la lectura de este numeral, es recomendable. Y —así se hace en la práctica— presentar ante ese ente fiscalizador el recurso directamente.

9).—PLAZO:

El legitimado puede recurrir o impugnar el acto de adjudicación dentro de los 3 días hábiles posteriores a aquel, en que salió publicado el aviso de adjudicación en La Gaceta. Se tiene además un plazo adicional de 2 días hábiles para aportar más argumentos a la apelación.

El numeral 138 del Reglamento Contratación Administrativa lo expresa así:

Artículo 138.—*La apelación deberá ser presentada dentro de los tres días hábiles siguientes a aquél en que aparezca publicado en "La Gaceta" el aviso de adjudicación correspondiente, antes de la hora ordinaria de cierre de las oficinas de la Contraloría General. La firma del recurrente o la de su representante deberán estar autenticadas conforme a la ley.*

Si la apelación no se presenta dentro de esos 3 días hábiles, se rechaza el recurso por *ex-temporáneo*.

Si el recurso, se presenta antes de que corra ese plazo de 3 días —citado—, se rechaza la impugnación por *precoz*.

10).—MONTO:

El monto para apelar una licitación pública viene dado por el criterio que se observa en el cuadro siguiente:

(6) Art. 102, inciso f) Ley Administración Financiera de la República, párrafo 2°.

AMBITO DE APLICACION DE LA LICITACION PRIVADA
(Reglamento de la Contratación Administrativa)

TIPOS DE CONTRATO	Presupuesto Ordinario de la Institución o de la Corporación Municipal	
	Más de ₡ 90.000.000	Menos de ₡ 90.000.000
Enajenación de bienes	450.000 a 2.250.000	300.000 a 1.500.000
Arrendamiento a plazo de bienes de la Administración	450.000 a 2.250.000	300.000 a 1.500.000
Arrendamiento de bienes de la Administración por tiempo indefinido	No procede licitación privada (sólo pública)	No procede licitación privada (sólo pública)
Adquisición de bienes inmuebles	450.000 a 4.500.000	300.000 a 3.000.000
Contratos de obra	450.000 a 4.500.000	300.000 a 3.000.000
Suministros	450.000 a 2.250.000	300.000 a 1.500.000
Otros contratos no contemplados en los grupos anteriores	450.000 a 2.250.000	300.000 a 1.500.000

NOTA I: Más arriba de los límites máximos señalados, procede licitación pública; más abajo de los límites inferiores señalados, procede contratación directa.

NOTA II: Los límites económicos del inciso b) del Artículo 96 de la Ley de la Administración Financiera de la República (Artículo 213 del Reglamento de la Contratación Administrativa), fueron modificados por su orden, a las siguientes sumas: ₡ 1.500.000; ₡ 750.000; y, ₡ 375.000.

NOTA III: Los premios límites económicos fueron así establecidos por la Contraloría General de la República, mediante Resolución de las 10 horas, del día 23 de junio de 1986, publicada en La Gaceta de 3 de julio de 1986 y rige a partir del 18 de agosto del mismo año.

De acuerdo con los montos y las notas que se observan en el cuadro anterior, procede el procedimiento de la licitación pública; y, contra los actos de adjudicación, el recurso de impugnación respectivo.

11).—¿COMO SE DEBE PRESENTAR EL RECURSO?:

El recurso se debe presentar así:

A.—Autenticada por el profesional en derecho, la firma del apelante.

B.—Aportar original y copias del recurso, en el número suficiente para que los apelados (administración y adjudicatarios) tengan conocimiento cabal de la impugnación.

El numeral 139 Reglamento Contratación Administrativa lo dice del siguiente modo:

Artículo 139.—La apelación deberá ser presentada en original, con las copias necesarias para las correspondientes notificaciones a la Administración y a los adjudicatarios cuya escogencia se impugna, todos los tantos debidamente firmados.

Además se deben agregar los timbres respectivos, como lo manda el artículo 141 Reglamento Contratación Administrativa.

Artículo 141.—El recurso de apelación se interpondrá en papel sellado de ₡ 1,00 más el valor en timbres fiscales o municipales, en su caso, de acuerdo con las siguientes reglas:

Ojo cuadro ojo cuadro

Monto de la adjudicación recurrida	Valor del Timbre
Negocios de cuantía indeterminable	₡ 100,00
Hasta ₡ 100.000,00	100,00
Más de 100.000,00	250,00
Más de 1.000.000,00	500,00
Más de 10.000.000,00	1.000,00

Todos los demás alegatos o articulaciones serán presentados en papel sellado de un colón.

Cuando no existan a disposición de los interesados los timbres fiscales, o municipales en su caso, necesarios para cumplir con la imposición respectiva, el pago podrá hacerse en el Banco recaudador del ente, a su favor (de lo cual presentará recibo o constancia a la hora de recurrir), o en forma de giro postal o de cheque certificado a favor de la Contraloría General para su oportuno endoso a favor del fondo correspondiente.

En igual sentido el artículo 102, inciso g) de la LAFR.

Se hace la observación de que ahora el papel sellado vale ₡ 3 (reforma hecha por la Ley de Equilibrio Financiero del Sector Público N° 6955 de 24 de febrero de 1984. Gaceta N° 45 del 2 de Marzo de este año, artículo 47 que reformó el numeral 250 del Código Fiscal).

Si se presenta en papel sellado la apelación está bien hecha; si se hace en papel corriente, se le adjunta un timbre fiscal de ₡ 1.

Si esas formalidades de la forma y autenticación no se cumplen no hay recurso; y, por tanto se rechaza,⁽⁷⁾ ya que se trata de nulidades absolutas. Por lo que corresponde a los defectos de papel, copias y timbres (especies fiscales), son subsanables pues constituyen una nulidad relativa.

12).—CASO DE ENMIENDA AL AVISO DE ADJUDICACION:

Si la Administración, publica en La Gaceta, una enmienda o corrección al aviso de adjudicación, que se refiere a cuestiones importantes del acto de selección, se abre un nuevo plazo para apelar, sin que ello perjudique lo que procesalmente ya se hubiera hecho.

El artículo 140 lo indica así:

Artículo 140.—En el caso de que se publique por parte de la Administración interesada una enmienda al aviso de adjudicación, que afecte aspectos esenciales, se abrirá un nuevo plazo para recurrir, sin perjuicio de continuar, en cuanto procedentes, los trámites de los recursos interpuestos.

13).—LA APELACION DEBE SER CONCRETA Y ESPECIFICA:

La impugnación debe versar sobre el renglón que se está apelando y no sobre los *items* o renglones del concurso.

Si no se detalla e identifica el renglón o *items* apelados, la impugnación se rechaza.

Al respecto el numeral 142 RCA dice:

Artículo 142.—Toda apelación debe precisar el renglón o los renglones cuya adjudicación se impugna y contendrá los fundamentos de derecho y de hecho en que se apoya, con el aporte u ofrecimiento de la prueba pertinente; no obstante, presentado debidamente y en tiempo el recurso, su fundamentación podrá ofrecerse hasta dentro del quinto día hábil siguiente a la publicación del acto adjudicatario, satisfaciendo los

(7) Cf. Resolución de la Contraloría N° 156-83, de las 10 horas del 12-XII-83.

requisitos formales a que se refieren los artículos precedentes, en papel sellado de un colón.⁽⁸⁾

14).—RECHAZO D EPLANO DEL RECURSO:

Si el recurso de impugnación no cumple con los requisitos de firma del escrito de apelación o su autenticación, se rechaza de plano el remedio procesal administrativo.

Si la nulidad relativa de no presentar las copias del recurso o los timbres fiscales se mantiene a pesar del aviso que se le dé para que cumpla, entonces la nulidad no subsanada se convierte en nulidad absoluta y se rechaza de plano el recurso de apelación interpuesto (*Vid.* puntos 20 y 33 *INFRA*).

El numeral 143 del Reglamento Contratación Administrativa lo manda así:

Artículo 143.—Cuando el recurso de apelación adolezca de defectos graves, tales como falta de firma o de autenticación, negativa a reintegrar el papel sellado o timbres, presentación extemporánea del mismo o falta de fundamentación, será rechazado de plano.

La negativa al reintegro a que se refiere el párrafo anterior se produce cuando prevenido el apelante para que lo efectúe, no lo hiciera dentro del plazo de tres días que al efecto se le concederá.

15).—RECURSO CONTRA ADJUDICACIONES DE LA CONTRALORIA

La Contraloría puede promover licitaciones. Por ello, los recursos contra los actos de adjudicación respectivos tienen el recurso de *revocatoria* ante el propio ente fiscalizador de la Hacienda Pública. Por lo tanto, no hay apelación, aunque sí el recurso judicial ante los Tribunales. Sin embargo, estos juicios contencioso-administrativos son tan lentos y largos que las personas prefieren no interponer estos procesos.

El Artículo 145 del Reglamento Contratación Administrativa lo establece así:

Artículo 145.—El recurso que se interponga ante la Contraloría General en contra de las adjudicaciones de licitaciones públicas pronunciadas por ésta, se substanciará con carácter de revocatoria, aunque con ajuste a los trámites y requisitos establecidos en el presente y en el siguiente Capítulo.

(8) Téngase presente lo que ya indicamos sobre el papel sellado de un colón.

16).—RECURSO Y OFERTA VIGENTE:

Una vez establecido el recurso de apelación ante la Contraloría, la oferta tiene que estar vigente. Es decir, evitar que se venga cualquier elemento de la plica (garantía, plazo de vigencia de la oferta, etc.) con ofertas vigentes, se mantiene el interés legítimo en el concurso y la posibilidad de resultar adjudicatario.

El numeral 147 lo manda del siguiente modo:

Artículo 147.—Tanto quien recurre del acto adjudicatorio, como el o los adjudicatarios afectados por el recurso, deberán mantener, prorrogar o restablecer la vigencia de su oferta y de la garantía de participación a efecto de conservar su interés legítimo en el negocio que se discute; ello en el entendido de que originalmente la vigencia de una y otra pieza se ajustó a los procedimientos establecidos.

RECURSO DE APELACION EN LA LICITACION

El restablecimiento de la garantía de participación o de la vigencia de la oferta se dispondrá a más tardar dentro del término de la audiencia original conferida por la Contraloría, o dentro de los tres días posteriores a su vencimiento, si éste ocurriere con posterioridad.

Los argumentos que da el apelante serán contestados y refutados por el adjudicatario y la administración. Además ofrecerán y aportarán las pruebas que sean necesarias.

El numeral 148 de RCA lo dice así:

Artículo 148.—Recibida la apelación, salvo que se imponga el rechazo de plano conforme a lo dispuesto en el artículo 143 de este Reglamento, la Contraloría General conferirá audiencia a la Administración licitante y al adjudicatario o adjudicatarios impugnados, por un término de cinco a ocho días, según la naturaleza del recurso o el domicilio del ente, a efecto de que se refieran a los fundamentos del recurso y para que aporten u ofrezcan la prueba pertinente.

En el mismo acto será prevenida la Administración de remitir el expediente completo del negocio apelado, dentro del mismo plazo concedido.

Alegatos no presentados dentro del término de la audiencia sólo serán tomados en cuenta cuando a juicio de la Contraloría General tuvieren excepcional importancia.

17).—AUDIENCIA A LAS PARTES:

Una vez que el recurso se presente correctamente (en tiempo y forma), la Contraloría procede a darle audiencia a las partes (adjudicatarias y a la Administración) para que contesten el recurso y defiendan la adjudicación.

El plazo que da la Contraloría puede ser de 5 a 8 días hábiles, de acuerdo a la complejidad o índole de la licitación.⁽⁹⁾

18).—PRUEBA PARA MEJOR PROVEER:

Existe en este procedimiento, la prueba para mejor resolver o proveer. La Contraloría puede solicitar pruebas, de la naturaleza que estime pertinente, para los efectos de elaborar una sentencia lo más razonable posible.

El artículo 149 del RCA lo expresa así:

Artículo 149.—Para mejor proveer, la Contraloría General, una vez evacuadas las audiencias a que se refiere el artículo anterior y constituida la prueba pertinente ofrecida, podrá solicitar todo tipo de información, tanto como criterios técnicos, a los diferentes servicios de la Administración Pública, los que quedarán obligados en tal sentido. Asimismo, podrá requerir peritajes, dictámenes o criterios, cuando lo estime conveniente y ordenar todo otro tipo de diligencias conducentes a la verificación de los hechos alegados.

19).—NUEVAS AUDIENCIAS:

No solo puede la Contraloría pedir nuevas pruebas para mejor resolver, sino que tendrán (en ese mismo espíritu) dar nuevas audiencias a la administración, adjudicatario y apelante, con el objetivo de contar con más y mejores elementos de juicio para dictar la resolución pertinente.

El artículo 150 del RCA lo señala así:

Artículo 150.—En casos muy calificados, podrá la Contraloría General conferir nuevas audiencias, a la Administración, al adjudicatario, o a los adjudicatarios y al recurrente o recurrentes a efecto de aclarar o establecer situaciones para la debida resolución del recurso.

(9) cf. artículo 148 RCA, *cit. supra*.

20).—RECHAZO DE LA APELACION:

La impugnación se puede rechazar, por parte de la Contraloría, en estos casos:

Cuando se argumente y se pruebe en el expediente⁽¹⁰⁾ que el adjudicatario violó el cartel en punto a: cláusulas de ineludible cumplimiento; o, que, la oferta es condicionada, es decir no es firme y definitiva.

En el supuesto caso en que el apelante y el adjudicatario violen el cartel (lo cual se argumentó y se probó) en cuanto a aspectos de la misma naturaleza (o, índole), se deben estudiar los otros aspectos alegados por el apelante para determinar si se anula o se confirma la adjudicación⁽¹¹⁾

21).—LA CONTRALORIA Y SU PAPEL COMO JUZGADOR.⁽¹²⁾

La Contraloría, como sede juzgadora —en instancia administrativa— califica los incumplimientos argumentados y probados⁽¹³⁾ para determinar si anula o confirma el acto de adjudicación. Todo según "el mérito de los autos". En el caso de una nulidad absoluta (a juicio de la Contraloría) basta con ser advertida, aunque *no* se argumente.

22).—INCUMPLIMIENTO SUBSANABLES:⁽¹⁴⁾

La Contraloría tendrá como incumplimientos subsanables (que producen nulidad relativa) los calificados⁽¹⁵⁾ como intrascendentes —aquellas irregularidades de administración formal "u otras que *no* impliquen beneficio o perjuicio para ninguno de los *oferentes* (que están apelando o que son adjudicatarios).

Esos incumplimientos no deben impedir una clara determinación de objeto licitado (ofrecido, adjudicado).

En lo que respecta al fin que la administración persigue con la promoción del concurso de marras. Claro está que esas irregularidades para que sean leves o intrascendentes no deben violar los principios de:

(10) cf. Romero, J. E. *La Prueba por documentos en el proceso civil* (San José: UCR, 1981).

(11) cf. Artículo 151 RCA, *INFRA*. Vid. Punto 14 *SUPRA*.

(12) cf. Artículo 151 RCA, *INFRA*.

(13) La Contraloría puede *de oficio* anular una adjudicación, es decir por aspectos no alegados por las partes.

(14) cf. Artículo 151 RCA, *infra*.

(15) *Idem*.

i.—igualdad de oportunidades, y de

ii.—libertad de concurrencia o participación.

Además que no se lesionen aspectos relevantes del *iter* procesal.

Es el numeral 151 del RCA en que se refiere a los aspectos concretados en los puntos anteriores 20 a 2.

Este artículo manda:

Artículo 151.—Alegado y demostrado en el expediente que la parte recurrente incumplió condiciones o especificaciones importantes del cartel, o que condicionó su oferta en materia de trascendencia sin estar autorizada para ello en el pliego, ese solo hecho fundamenta el rechazo de la apelación. Mas, si igualmente se hubiere alegado y demostrado que la parte adjudicataria incurre en irregularidades de la misma naturaleza, deberá resolverse el recurso conforme a los demás extremos alegados. Si los incumplimientos alegados y demostrados en contra de una y otra parte fueren de diferente naturaleza, tanto como si existieren irregularidades de procedimiento capaces de producir nulidad relativa o absoluta (ésta aún no alegada sino advertida), la Contraloría General podrá, según el mérito de los autos: rechazar el recurso y confirmar, rechazar el recurso y anular de oficio, o bien, admitir el recurso y anular.

A los efectos de este artículo se tendrán como intrascendentes o subsanables, según el caso, las irregularidades de orden formal u otras que no signifiquen beneficio o perjuicio para ninguno de los participantes, que no impidan una clara determinación del objeto de la oferta en cuanto ajustado a la finalidad buscada por la Administración, que en ninguna forma infrinjan los principios de igualdad de oportunidades y de libertad de participación, y que no impliquen violación a aspectos relevantes del procedimiento.

23).—ALEGATO DE BIEN PROBADO:

Mediante la reforma al RCA publicada en 1985,⁽¹⁶⁾ el numeral 152 del Reglamento Contratación Administrativa se eliminó.

Este artículo se refería al llamado alegato de bien probado o documento de argumentos finales ante la Contraloría.

El artículo decía:

152.—Una vez listos los autos para dictar el fallo, se dará traslado a los interesados por el término de tres días hábiles a efecto de que aleguen lo que estimen de su interés.

(16) Reforma citada del 13 de febrero de 1985, Decreto Ejecutivo N° 16078.

La Contraloría sostuvo⁽¹⁷⁾ que este alegato no tiene por objeto recibir nuevas pruebas ni menos alegatos contra el acto de adjudicación. Salvo que las pruebas y los alegatos presentados e invocados sean de excepcional importancia o sean sobrevivientes.

La resolución 86-83 enfatizó que los puntos alegados (que no revisten trascendental importancia para resolver) por el apelante no se tomaron en cuenta, ya que debieron ser invocados en la audiencia original (oportunidad procesal respectiva) aplicando así el principio de *preclusión*.

Eso sí hay que tomar en cuenta que el artículo 102, inciso g) párrafo *ni fine* manda:

Cuando los autos estén listos para su fallo, la Contraloría General de la República dará una audiencia a las partes por 3 días.

Esta norma tiene rango de ley; en el reglamento se trató de derogar el artículo 152 (RCA) mediante decreto ejecutivo N° 16078 del 13 de febrero de 1985. Pero no es más que un intento porque rige la ley y esa disposición está vigente.

Este alegato en mi criterio es necesario que exista, para cubrir el eventual caso de nuevos y fundamentales argumentos debidamente probados. Si bien es cierto que se viene usando para repetir razones ya dadas y que en nada varían el cuadro ya planteado por los argumentos ya hechos, cabe la posibilidad de que sobrevengan documentos u otras pruebas esenciales para la resolución final.

Por ello nos parece conveniente que exista; además, de que nos parece un mal proceder el querer eliminarlo (infructuosamente) por medio del decreto citado.

En este caso el reglamento pretende (sin éxito legal) anular o derogar lo que manda la ley.

En esta otra situación, el reglamento amplía o extiende —ilegalmente— lo establecido por ley.

Efectivamente, el artículo 94 del Reglamento Contratación Administrativa obliga a los *oferentes* a presentar con la oferta (y, como parte de ella) la declaración jurada de que el cotizante se encuentra al día en las obligaciones relativas al régimen de *impuestos directos* a que se refiere al artículo 6 de la ley N° 3173 del 12 de agosto de 1963.⁽¹⁸⁾

Artículo 6º—El Gobierno, las instituciones autónomas, semi-autónomas y corporaciones municipales, no podrán celebrar contratos originados en licitaciones públicas con aquellas personas y empresas que no hayan

(17) Resoluciones 81-83 y 84-83.

(18) cf. Gaceta N° 185 del 18 de Agosto de 1963.

hecho las declaraciones para los impuestos de la Renta y Territorial o que habiéndolo hecho estén en mora en su pago por más de un año a partir de la fecha en que debieron cancelarlos. Para efectos de probar lo anterior, bastará con mostrar recibo de la Tributación Directa o constancia de esa Oficina, en que se indique haber presentado las mencionadas declaraciones o efectuado el pago, según sea el caso.

La ley manda que los adjudicatarios (aquellos que celebran contratos originados en licitaciones públicas), no los oferentes (participantes o concursantes) son los que tienen esa obligación descrita en ese numeral 6.

El artículo 94 RCA, por su parte habla de rendir una *declaración jurada* de encontrarse al día en el pago de los impuestos del supra citado artículo 6 de la Ley N° 3173/63.

La ley está por encima del reglamento (RCA), por tal razón debe prevalecer el artículo indicado, en el sentido de presentar el recibo de la Tributación Directa o constancia de esta oficina, en que pruebe haber presentado las mencionadas declaraciones o efectuado el pago.

El cartel en lo conducente de la CCSS manda, acorde con la legislación respectiva esta obligación para los oferentes:

Toda persona física o jurídica que desee participar en la presente licitación a nombre propio debe acompañar con la oferta una certificación original o fotocopia autenticada extendida por el Departamento de Gestión de Cobros Administrativos de la C.C.S.S., en la que conste que se encuentra al día en el pago de las cuotas obrero patronales o bien que existe su respectivo arreglo de pago debidamente aceptado. En ningún caso se aceptarán recibos cancelados como sustitutos de esta certificación, la misma tendrá validez por 30 días naturales a partir de la fecha que fue extendida. Todo lo anterior de acuerdo con lo que establece el artículo 15 de la Ley 6811, artículo 74 de la Ley Constitutiva de la C.C.S.S. Ley 6914 publicada en La Gaceta del 21-12-1983.

El incumplimiento de este precepto legal será razón suficiente para descalificar toda propuesta que se presente al margen del mismo.⁽¹⁹⁾

De acuerdo con ello se trata de una excepción, hecha por ley, a la norma 6ª ya comentada de la Ley N° 3173/63, ya que vale para el adjudicatario y no para los proponentes, salvo lo dispuesto para la C.C.S.S.

Por lo que respecta la CCSS, ésta logró mediante Ley N° 6811 de 1982 y reforma a la Ley Constitutiva de este ente⁽²⁰⁾ ley N° 17 del 22-10-

(18) cf. cartel publicado (condiciones generales) en La Gaceta N° 76 del 25 de abril de 1979; con modificaciones hechas por Gaceta N° 197 del 22 de octubre de 1979, aprobada por la Contraloría (Co) mediante oficio número 89/1979.

(20) cf. Alcance N° 27 a La Gaceta N° 176 del 13 de setiembre de 1982, artículos 15 (norma presupuestaria de 1982).

194), que los oferentes queden obligados a estar al día en el pago de las cuotas patronales a esa institución descentralizada.⁽²¹⁾

24).—RESOLUCION CONTRALORA:

La resolución de la Contraloría agota la vía administrativa,⁽²²⁾ pudiéndose —luego— acudir a la vía contencioso-administrativa.⁽²³⁾

Sin embargo, estos juicios duran muchos años, siendo estéril esta vía, como lo es la norma constitucional de la "justicia pronta y cumplida".⁽²⁴⁾

Se hace necesaria una reforma que permita un juicio sumario (efectivamente) para que —en efecto— exista un control jurisdiccional de lo resuelto por la Contraloría, que en práctica es la única y última instancia en esta materia, lo cual *no* es nada saludable ni conveniente.

La resolución de la Contraloría puede ser en dos sentidos:

a).—*Confirmando* la adjudicación, con lo cual ésta queda firme y sin recurso administrativo alguno.

b).—*Anulando* la selección, procediendo la administración a escoger otra oferta elegible, para lo cual se abre un nuevo plazo de adjudicación de 30 días hábiles.⁽²⁵⁾

25).—PLAZO DE LA CONTRALORIA:

La Contraloría, mediante su Departamento de Licitaciones, tiene un plazo de 45 días hábiles para resolver la apelación.

Ese plazo se cuenta a partir del momento en que las audiencias iniciales debieron quedar evacuadas.

Recordemos que por lo general ese plazo es de 5 días hábiles.

Existe una sola prórroga, por un período igual (45 días hábiles) para emitir esa resolución.

Como se observa el plazo total es de 90 días hábiles para resolver.

(21) cf. Ley N° 6914 del 25-10-83; se vetó y luego se reselló. Vid. Gaceta N° 236 del 14-XII-83, ley resellada, modificación a la ley N° 17/1943.

(22) cf. artículo 102, inciso f) LAFR.

(23) cf. artículo 49 de la Carta Magna.

(24) cf. artículo 41 ídem.

(25) cf. art. 157 RCA.

El artículo 153, al respecto expresa:

Artículo 153.—La Contraloría General emitirá su fallo confirmando o anulando, total o parcialmente, sin que para ello sea preciso que examine todas las articulaciones de las partes cuando una sola o varias de éstas sean decisivas para dictarlo; será suscrito por el Contralor o Subcontralor Generales y cuando éstos lo dispusieren, conjunta o exclusivamente por el Director del Departamento encargado del trámite. Para emitirlo, la Contraloría General dispondrá de un plazo de cuarenta y cinco días hábiles contados a partir del momento en que las audiencias iniciales debieron haber quedado evacuadas y podrá prorrogarse mediante resolución por una sola vez, por igual término, en caso de negocios complejos que así lo justifiquen.

26).—ANULACION DE OFICIO:

La Contraloría puede de oficio anular total o parcialmente una adjudicación.⁽²⁶⁾

Igualmente puede hacer uso de sanciones laborales y penales por los cauces legales a los agentes públicos (empleados y funcionarios).⁽²⁷⁾ También hay sanciones contra los particulares.⁽²⁸⁾

Si puede de oficio anular una adjudicación o una licitación —*ni toto*—, con más razón (*a fortiori*) a instancia de parte legitimada para ello (apelante) o por vía de denuncia (acción popular).

El artículo 115 de la Ley Administración Financiera de la República manda:

Artículo 115.—La Contraloría General de la República vigilará el cumplimiento de las disposiciones de la presente ley. Deberá hacer las advertencias que estime pertinentes y ejercer, directamente o por medio de la Procuraduría General de la República, las acciones que proceden en contra de quienes la infrinjan o en cualquier forma atenten contra los intereses económicos del Estado, tanto para su punición como para el resarcimiento de los daños y perjuicios irrogados.

Sin perjuicio de lo anterior, respecto de los empleados o funcionarios del Estado responsables de infracción a esta ley o de perjudicar los intereses económicos de la Administración a la cual sirven, la Contraloría General de la República, requerirá a los superiores jerárquicos para ello autorizados, la aplicación de las sanciones administrativas que corres-

(26) cf. arts. 115 y 116 LAFR, 258 a 278; y 288-289 de RCA.

(27) cf. artículos 273 a 278, régimen de sanciones (RCA).

(28) cf. artículos 258 a 272; y, 278 (RCA).

ponden, lo cual estarán obligados a cumplir dentro de los plazos que al efecto señale el órgano contralor.

El desacato al requerimiento de la Contraloría General de la República involucra al funcionario superior en la falta cometida.

Por su parte, el artículo 116 de la Ley Administración Financiera de la República indica:

Artículo 116.—Quien maliciosamente obstaculice o perjudique el normal desarrollo de los procedimientos conducentes a la celebración del contrato administrativo, o la ejecución de éste, será sujeto pasible de advertencia o de exclusión temporal, conforme al procedimiento que establece el reglamento, sin perjuicio de las penalidades contractuales y de las responsabilidades civiles o penales que procedan. Cuando con motivo del conocimiento de apelaciones la Contraloría General de la República considere que se está en alguno de los casos previstos en este artículo, en la misma resolución que resuelva sobre el fondo del asunto deberá declarar la sanción correspondiente.

En lo que atañe al Reglamento Contratación Administrativa el artículo 288 manda:

Artículo 288.—Los contratos administrativos que no se ajusten a los requisitos, condiciones o procedimientos esenciales que establecen la ley y el presente Reglamento, son absolutamente nulos. Son asimismo absolutamente nulos los contratos o actos administrativos en que haya participado en forma directa un funcionario inhabilitado según lo dispuesto por el Título X de este decreto. Estas nulidades son declaraciones de oficio en vía administrativa tanto por la Administración interesada, como por la Contraloría General.

Y, el artículo 289 (RCA) expresa:

Artículo 289.—Independientemente de los procedimientos establecidos en este Reglamento la Contraloría podrá denegar autorizaciones o ratificación de actuaciones administrativas que a su juicio resulten altamente lesivas al interés público.

27).—SANCIONES A PARTICULARES.

A su vez el régimen de sanciones para los particulares es el siguiente:

Artículo 258.—Sin perjuicio de las penalidades establecidas en el procedimiento de contratación, ni de las responsabilidades de orden penal o civil en que incurran los oferentes, adjudicatarios, contratistas, o terceros relacionados directa o indirectamente con procedimientos de contratación

administrativa, la Administración o la Contraloría General podrán aplicar las sanciones de apercibimiento y de suspensión para contratar de acuerdo con las disposiciones que siguen.

Artículo 259.—Se aplicará el apercibimiento:

- A quien incurriere en incorrecciones que afecten el normal desarrollo de los procedimientos administrativos seguidos para la contratación, siempre que no constituyan hechos dolosos o de evidente e inexcusable negligencia;
- A quien reiteradamente sin causa justificada deje sin efecto su propuesta;
- A quien sin causa justificada renuncie la adjudicación en él recaída o bien no rinda en tiempo la garantía de cumplimiento; y
- A quien ofreciere dádivas, comisiones o regalías a funcionarios públicos en relación con obligaciones suyas atinentes a la contratación administrativa.

Artículo 260.—Se aplicará suspensión de uno a cinco años, de conformidad con las circunstancias concurrentes, en los siguientes casos:

- A quien apercibido conforme con el artículo anterior, incurra dentro de los dos años siguientes en nueva infracción de las que el mismo contempla;
- A quien presente maliciosamente recurso de apelación sin fundamento o basado en hechos falsos, con el solo objeto de entorpecer los procedimientos o de perjudicar al adjudicatario;
- A quienes incurran en colusión;
- A quien actúe con evidente o inexcusable negligencia en perjuicio de los intereses administrativos;
- A quien proceda con dolo a fin de obtener beneficios o causar perjuicios a la Administración o a quienes con ella contratan, bien sea mediante afirmaciones falsas o encubrimiento de circunstancias que interese conocer a la Administración, o mediante el empleo de cualquier artificio, astucia o maquinación;
- A quien incumpla el contrato entregando inferior calidad, diferente cosa o diseño, o menor cantidad o medida, siempre que el incumplimiento fuere de importancia y no hubiere podido pasar inadvertido al contratista de haber adoptado las precauciones indispensables;
- A quien reincidiere en el incumplimiento del plazo de ejecución de contratos;
- A quien al contratar con la Administración especule en perjuicio de esta; e

- i) A quien entregue dádivas, reconozca comisiones o regalías a funcionarios públicos en relación con obligaciones suyas atinentes a la contratación administrativa.

Artículo 261.—No podrán aplicarse las sanciones a que se refieren los artículos anteriores después de seis meses de conocidos o comprobados los hechos correspondientes.

Artículo 262.—Para tomar el acuerdo respectivo, de propia iniciativa o por denuncia, la Contraloría General o la Administración interesada, según corresponda, darán audiencia el o a los presuntos infractores, por el término de ocho días hábiles para que formulen los descargos o aclaraciones que estimen pertinentes. Si como consecuencia de ello hubiere necesidad de obtener alguna prueba, producida esta, se dará nueva audiencia a los interesados por el término de cinco días hábiles, con lo que se tendrá por concluido el procedimiento para dictar la resolución definitiva.

Artículo 263.—El apercibimiento será notificado personalmente a quienes alcance, tanto como a la Contraloría General y no tendrá otro recurso que el de revocatoria, el cual deberá interponerse ante la Administración que lo dictó, dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes, debiendo ser resuelto en un plazo de cinco días hábiles.

Artículo 264.—La suspensión se notificará mediante publicación en el Diario Oficial de la parte resolutive o de un resumen de la misma, indicando el nombre de la Administración correspondiente y el de las empresas o personas sancionadas y en consecuencia inhibidas para contratar con la misma, así como el tiempo de tal suspensión.

Artículo 265.—La resolución de la Administración contratante que acuerde la suspensión será apelable ante la Contraloría General, dentro de los cinco días siguientes a su publicación en el Diario Oficial. La Contraloría General ordenará la presentación del expediente respectivo y cualquier tipo de diligencias que estime necesaria para formarse juicio sobre el particular antes de dictar la resolución definitiva.

Artículo 266.—La suspensión acordada conforme con el presente Reglamento por la Administración, una vez firme, inhibe a la persona o personas sancionadas para participar directa o indirectamente en contrataciones administrativas con aquella durante el tiempo de la misma.

Artículo 267.—Cuando la Contraloría General con motivo del trámite de apelaciones considere que se está en alguno de los casos previstos que den lugar a imponer una sanción de apercibimiento o de suspensión, podrá sustanciarla y resolverla en el mismo expediente.

Artículo 268.—Las sanciones acordadas alcanzan a la persona o firma respectiva, tanto como individualmente a su presidente, gerente,

subgerente y directores y solo tendrán efecto en relación con actos posteriores a la fecha de la firmeza de la resolución correspondiente. En casos graves la resolución de la Contraloría General puede extender sus efectos inhibitorios respecto a la contratación con todos los entes públicos.

Artículo 269.—La resolución que dicte la Contraloría General, por iniciativa propia, o en alzada, agota la vía administrativa.

Artículo 270.—La Contraloría General llevará un registro de las sanciones que imponga, así como de las suspensiones y apercibimientos dictados por otros entes.

Artículo 271.—Cada Administración llevará un registro de las sanciones que dicte, lo mismo que de las que imponga la Contraloría General y que le atañen.

Artículo 272.—Independientemente de las penas y responsabilidades que, conforme con la Ley y con el presente Reglamento alcanzan a los particulares, a quien se hubiere obligado con un ente público sin que se hayan seguido los procedimientos o extendido las autorizaciones correspondientes, no podrá serle reconocida compensación pecuniaria alguna, salvo en casos muy calificados, en que proceda con arreglo a principios generales de Derecho, respecto a suministros, obras, servicios u otros objetos, efectivamente ejecutados y de buena fe, con evidente provecho para la Administración, mas en tal caso el pago no comprenderá el lucro; si este fuere de difícil determinación, se rebajará a título del mismo un 10% del monto de la operación.

28).—SANCIONES A AGENTES PUBLICOS

En lo que se refiere a las sanciones a los agentes públicos (empleados y funcionarios), los artículos del RCA son éstos:

Artículo 273.—La Contraloría General procederá a formular las advertencias que estime pertinentes o a gestionar la suspensión o destitución del servidor público que incurra en irregularidades atinentes a la contratación administrativa, o que mediante dolo o inexcusable negligencia haya causado daño a la Administración o a las personas que contratan o suelen contratar con esta, o puesto en peligro los intereses públicos. Los superiores jerárquicos quedan en la obligación de aplicar las sanciones administrativas así demandadas por el Organismo Contralor, bajo pena de quedar involucrados en la falta, con las consecuencias legales correspondientes.

Artículo 274.—La participación del servidor público inhibido conforme con lo dispuesto en el Título X del presente Reglamento en proce-

dimientos de contratación o en contratos administrativos o la aceptación de dádivas o beneficios prohibidos conforme con lo dispuesto por los artículos 259, inciso d) y 260, inciso i), le hace pasible, sin perjuicio de las responsabilidades legales que le alcancen, de las sanciones a que se refiere el artículo precedente.

Artículo 275.—El servidor público que tenga como atribución o por encargo la custodia, recepción, manejo o pago de dineros, valores o bienes públicos, será responsable de cualquier pérdida, abuso, menoscabo, empleo o pago contrario a las normas legales, a las disposiciones impartidas o a los principios de buen gobierno. Las irregularidades graves que se comprueben al respecto, acarrearán la destitución del servidor involucrado sin perjuicio de lo dispuesto en el capítulo siguiente.

Artículo 276.—Los funcionarios que, en relación con los procedimientos de contratación administrativa, omitan expedir certificaciones, constancias, dictámenes o informes, o realizar cualquier tipo de diligencia, en los casos en que el presente Reglamento o las autoridades competentes lo requieran, o los emitan extemporáneamente falsos o erróneos, por malicia o por inexcusable descuido, se hacen acreedores a las sanciones administrativas que les alcancen conforme con la ley y a las reglamentaciones internas, por disposición directa de sus superiores o a solicitud de la Contraloría General, con iguales consecuencias que las indicadas en el artículo 273 y sin perjuicio de otras posibles responsabilidades.

Artículo 277.—Cuando los funcionarios incurso en violación legal sean miembros de los Supremos Poderes del Estado, o de nombramiento del Consejo de Gobierno, la Contraloría General pondrá el hecho en conocimiento de la Asamblea Legislativa para lo que tenga a bien disponer.

CAPITULO TERCERO

De la Acción Jurídica

Artículo 278.—La Contraloría General promoverá las acciones legales que procedan conforme con la ley, haciendo las respectivas denuncias directamente ante el Ministerio Público, o a través de la Procuraduría General de la República, por los abusos en que incurran funcionarios o particulares, relativos a la contratación administrativa o a sus procedimientos, o en cuanto a los intereses económicos de los entes públicos, para su punición y para el resarcimiento de los daños o perjuicios irrogados, independientemente de las sanciones administrativas acordadas con ajuste a las disposiciones del presente Título.

29).—NOTIFICACION DE LA RESOLUCION ADMINISTRATIVA

La Contraloría, una vez que elabora la resolución, la debe comunicar a los interesados (es decir a la administración, apelantes; y adjudicatario o ex-seleccionado).

La notificación de esa resolución sirve: para

A.—que las partes interesadas tomen conocimiento de esa decisión.

B.—Si la decisión contralora fue de *anular* la adjudicación, el ente administrativo puede readjudicar otra oferta elegible y cumplidora con el cartel o, bien puede declarar desierto el concurso.

El artículo 54 (RCA) se refiere así a la notificación:

Artículo 154.—Lo resuelto por la Contraloría General será notificado directamente a los interesados que al efecto hubieren señalado casa u oficina en el Cantón Central de San José. En los demás casos, se notificará preferentemente mediante correo certificado o, mediante publicación de la parte dispositiva, a través del Diario Oficial cuando hubiere dificultad en precisar la dirección de la persona interesada.

Al declarar desierto el concurso, la administración puede (si quiere) promover otra licitación.

El artículo 157 (RCA) lo indica así:

Artículo 157.—Notificado que fuere el fallo de la Contraloría General que anula el acto de adjudicación, la Administración interesada cuenta con un plazo adicional de treinta días hábiles para disponer la readjudicación del negocio.

También esa notificación indica:

C) que empieza a correr el plazo de 3 días hábiles para que quede firme y definitiva la resolución Contralora. Esos días empiezan a contarse a partir del día siguiente hábil en que se le notificó a la última parte.

D) Asimismo, dentro de esos citados 3 días, el legitimado para ello puede presentar el recurso contencioso administrativo impugnando la resolución de la Contraloría.⁽²⁹⁾

(29) Ley N° 3667 del 6 de setiembre de 1968 (jurisdicción contencioso administrativo; artículos 89 y 90, entre otros); art. 49 de la Carta Magna.

30).—RESOLUCION FIRME Y DEFINITIVA

El numeral 155 del RCA manda que contra lo resuelto por el ente contralor no cabe recurso administrativo alguno, ya que la resolución de ese ente es firme y definitiva, no existiendo, obviamente, —por absurdo— una revocatoria de una sentencia que resuelve una apelación.

El numeral citado lo dice así:

Artículo 155.—En contra de lo resuelto por la Contraloría General no cabe recurso administrativo alguno.

31).—ACLARACIONES Y ADICIONES

Si cabe solicitar aclaración y/o adición de algún(os) aspecto(s) de una resolución. Pero, por esa vía no se puede pretender que la Contraloría revoque.

Este expediente es poco usado.

Ahora bien, cabe la posibilidad de que la aclaración puede ser esencial (si lo amerita) y entonces —ante el error de la Contraloría— la resolución varía de sentido.

Por el momento no conozco una resolución en donde esa posibilidad sea una realidad.

El artículo 156 lo dice así:

Artículo 156.—Las aclaraciones o las adiciones pertinentes sobre aspectos fundamentales de la parte resolutive del fallo, que se demanden dentro del término de tres días, serán resueltas en los ocho días siguientes.

32).—READJUDICACION Y APELACION

Si la Contraloría anula la adjudicación, el ente administrativo puede readjudicar una oferta elegible, es decir, que cumpla con el cartel. Cuando se de esta situación puede apelar contra este nuevo acto de selección aquel oferente que apeló contra la primera adjudicación con éxito. O sea, el que *no* impugnó el primer acto de selección *no* puede apelar esta readjudicación. Claro está que al impugnante exitoso del cartel (cuya administración no quiso modificar el pliego de bases), también se le aplica este criterio.

(30) Nicoleyson, *cit*, págs. 82 a 94. Puntos 14 y 20 *supra*.

33).—VICIOS QUE IMPLICAN EL RECHAZO AD PORTAS DEL RECURSO

Entre los vicios que implican el rechazo de plano de la apelación están los siguientes:

A).—*Falta de firma o de autenticación.*

Cuando el recurso no lo firma el apelante o cuando se presenta sin la autenticación respectiva.⁽³¹⁾

B).—*Falta de fundamentación.*

Cuando el recurso carece de razones que lo fundamenten. Se presenta así un recurso sin bases. Así lo alegado carece de valor jurídico por ser insustancial.⁽³²⁾

La apelación procede si el monto que se adjudicó responde a la ubicación como licitación pública.

Por ejemplo, una licitación para adquirir equipo y material de oficina puede ser pública y apelable; *pero*, si el renglón que se cotizó y se apela tiene un monto adjudicado menor a lo requerido para ser un concurso público (v.gr. 5 máquinas de escribir, para la CCSS), entonces ya no es apelable.

Recordemos que en esta clase de concursos (equipo y material de oficina) cada renglón —*item*— es una licitación independiente, que se publica como una licitación para efectos de economía procedimental, rapidez y seguridad ("ganar tiempo").

D).—*Recurso extemporáneo; o, precoz.*

Cuando el recurso es *extemporáneo*, se rechaza. Es decir, se presentó después de los 3 días hábiles de publicado el acto de adjudicación en La Gaceta.⁽³³⁾ Si se presenta antes de ese plazo, es precoz y no se admite.

E).—*Falta de legitimación.*

Cuando el que apele carece de legitimación para hacerlo se rechaza el recurso de impugnación.⁽³⁴⁾

Es decir, ese particular carece de su interés legítimo, cierto y directo para impugnar el acto de selección del contratista público.

(31) cf. artículo 138 RCA.

(32) cf. artículo 143 RCA.

(33) cf. artículo 102, inciso f), párrafo 2º; y, 138 RCA.

(34) cf. artículo 136 RCA, *a contrario sensu*.

34).—VICIOS GRAVES DECLARABLES DE OFICIO (35)

La Contraloría (por las razones dadas *supra*) puede declarar de oficio la nulidad de una adjudicación, o todo el procedimiento, licitatorio, como también el rechazo de plano de una apelación que en criterio de la Contraloría tenga vicios graves que impliquen nulidad absoluta.

Entre esas situaciones están las siguientes:

a).—Vencimiento de la vigencia de la propuesta (oferta), en cualquiera de sus partes esenciales (v.gr. la caución o garantía de participación) en lo que respecta a la plica del apelante como la del adjudicatario.⁽³⁶⁾

b).—Irregularidades graves que la administración comete cuando estudia las ofertas o se realizan durante el proceso de selección del adjudicatario.

A MODO DE CONCLUSIONES

A.—La apelación ante la Contraloría es un recurso administrativo jerárquico impropio.

B.—Se trata de un juicio administrativo sumario.

C.—La resolución administrativa de la Contraloría agota la vía administrativa.

D.—Plantear un juicio contencioso administrativo carece de sentido por cuanto es un proceso lento (puede durar 8 a 10 años). Por ello estos juicios prácticamente no se presentan ante el Poder Judicial.

E.—Se hace necesario, eso sí, un recurso sumario ante el Poder Judicial, que permita una revisión judicial de lo resuelto por la Contraloría, ya que en este momento esa revisión no existe.

(35) cf. Nicoleson, cit., págs. 98 a 107.

(36) cf. artículo 84 RCA.

BIBLIOGRAFIA BASICA

Agregamos esta investigación a los trabajos que ya hemos elaborado sobre la temática de la contratación administrativa:

1. *La licitación pública en Costa Rica* (San José: Universidad de Costa Rica, 1975, tesis de doctorado, agotado).
2. *Contribución al estudio del contratista público* (San José: Revista de Ciencias Jurídicas, N° 25, 1975, agotado; y, Madrid: Revista de Administración Pública N° 71, 1973: agotado).
3. *El concurso de antecedentes* (San José: Revista de Ciencias Jurídicas N° 40, 1980: agotado).
4. *La contratación administrativa* (San José: Revista de Ciencias Jurídicas, N° 48 1982).
5. *Reformas al Reglamento de la Contratación Administrativa* (San José: Revista de Ciencias Jurídicas N° 52, 1985).
6. *La Oferta en el Contrato Administrativo* (San José: Revista de Ciencias Jurídicas N° 53, 1985).
7. *Las garantías en la licitación pública* (San José: Revista de Ciencias Jurídicas N° 54, 1985).
8. *El cartel del concurso* (San José: Revista de Ciencias Jurídicas N° 55, 1986).
9. *La adjudicación del contrato público* (San José: Revista de Ciencias Jurídicas N° 56, 1986).
10. *La contratación administrativa directa* (San José: inédito, 1985).

Carteles o pliegos de condiciones (lista no exhaustiva).

- * Instituto Costarricense de Electricidad (ICE)
- * Banco Popular
- * Caja Costarricense de Seguro Social (CCSS)
- * CODESA
- * Proveeduría Nacional

Revista de la Contraloría General de la República (San José, Costa Rica, Imprenta Nacional).

Revista de Ciencias Jurídicas (San José, Costa Rica, Imprenta LIL).

Revista Judicial (San José, Costa Rica, Imprenta Judicial).

INDICE

	<i>Pág.</i>
Presentación	9
De la fantasía curricular. <i>Dr. Enrique P. Haba</i>	11
De la libertad sindical de los funcionarios públicos. <i>Dr. Bernardo Van Der Lat Echeverría</i>	49
Los Estados y las empresas públicas en su condición de socios en el comercio internacional. <i>Dr. Bernardo M. Cremades</i>	73
El papel de interlocutores sociales en la concertación social. <i>Lic. Oscar Bejarano</i>	93
Sugerencias para las bases de trabajo para la revisión del derecho privado costarricense. <i>Dr. Víctor Pérez</i>	105
El recurso de apelación en la licitación pública. <i>Dr. Jorge Enrique Romero Pérez</i>	129