

Director y Editor
Dr. Jorge Enrique Romero Pérez

UNIVERSIDAD DE COSTA RICA
FACULTAD DE DERECHO

COLEGIO DE ABOGADOS

REVISTA
DE
CIENCIAS JURIDICAS

54



SAN JOSE, COSTA RICA
SETIEMBRE — DICIEMBRE

1985



UNIVERSIDAD DE COSTA RICA
FACULTAD DE DERECHO

COLEGIO DE ABOGADOS

REVISTA

DE

Ciencias Jurídicas



54



REVISTA DE CIENCIAS JURÍDICAS



**JUNTA DIRECTIVA DEL
COLEGIO DE ABOGADOS**

1986

Presidente:

Lic. Ricardo Vargas Hidalgo

Vice-Presidente:

Lic. Hernán Vega Miranda

Secretario:

Dr. Enrique Castillo Barrantes

Prosecretario:

Lic. Eric Thompson Piñeres

Tesorero:

Lic. Mario Quintana Musmanni

Fiscal:

Dr. Daniel González Alvarez

Vocal 1º:

Licda. Ifigenia Bustamante Guerrero

Vocal 2º:

Lic. Gerardo Morales Valverde

Vocal 3º:

Lic. Jorge Valverde Soley

Vocal 4º:

Lic. Benjamín Odio Chan

Vocal 5º:

Dr. Raúl Marín Zamora

**AUTORIDADES
UNIVERSITARIAS**

Director Consejo Universitario:
Dra. María Eugenia Bozzoli

Rector:
Dr. Fernando Durán

Vice-Rectora de Docencia:
Licda. Jiannina Del Vecchio

Vice-Rector de Investigación:
Dr. Gabriel Macaya

Vice-Rectora de Acción Social:
Licda. Mireya Hernández

Vice-Rectora de Vida Estudiantil:
Licda. Rosa Isabel Blanco

Vice-Rector de Administración:
Dr. Alvaro Montoya Chaves

Decano Facultad de Derecho:
Lic. Luis Fernando Solano

Vice-Decana Facultad de Derecho:
Lic. Egennergy Venegas Villegas

Director Instituto de Investigaciones Jurídicas:
Dr. Diego Baudrit Carrillo

Dirección Instituto de Estudios de Posgrado:
Dr. Luis Estrada Navas

Coordinador de la Comisión Editorial:
Ing. Mario Murillo Rodríguez

P R E S E N T A C I O N

Esta revista presenta varios trabajos de investigación en diversas áreas del Derecho, como son: criminología, medio ambiente, teoría general; convenios internacionales de trabajo y, el problema de la territorialidad en el ámbito de la ley laboral.

Además, un análisis del contrato, acto jurídico. Y, los avales en el contrato público.

El Director y Editor.

PRESTADO
LIBRERIA

EL PROCESO DE CRIMINALIZACION Y SU INCIDENCIA EN COSTA RICA

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



La criminalización es un fenómeno social que se produce en el seno de una sociedad, a través de la acción de los órganos del Poder Judicial, cuando estos, en virtud de sus facultades, declaran que una conducta es delictiva, es decir, que merece ser castigada con una pena. Este proceso de criminalización no es arbitrario, sino que se fundamenta en el interés social de mantener el orden y la moralidad pública.

Además, la criminalización es un acto de soberanía que corresponde al Poder Judicial, y no puede ser ejercido por otros órganos del Estado. Por lo tanto, el proceso de criminalización es un acto de alta importancia jurídica que afecta a toda la sociedad.

En consecuencia, el proceso de criminalización es un fenómeno social que se produce en el seno de una sociedad, a través de la acción de los órganos del Poder Judicial, cuando estos, en virtud de sus facultades, declaran que una conducta es delictiva, es decir, que merece ser castigada con una pena.

Este proceso de criminalización no es arbitrario, sino que se fundamenta en el interés social de mantener el orden y la moralidad pública. Además, la criminalización es un acto de soberanía que corresponde al Poder Judicial, y no puede ser ejercido por otros órganos del Estado.

Por lo tanto, el proceso de criminalización es un acto de alta importancia jurídica que afecta a toda la sociedad. En consecuencia, el proceso de criminalización es un fenómeno social que se produce en el seno de una sociedad, a través de la acción de los órganos del Poder Judicial, cuando estos, en virtud de sus facultades, declaran que una conducta es delictiva, es decir, que merece ser castigada con una pena.

Este proceso de criminalización no es arbitrario, sino que se fundamenta en el interés social de mantener el orden y la moralidad pública. Además, la criminalización es un acto de soberanía que corresponde al Poder Judicial, y no puede ser ejercido por otros órganos del Estado.

Por lo tanto, el proceso de criminalización es un acto de alta importancia jurídica que afecta a toda la sociedad. En consecuencia, el proceso de criminalización es un fenómeno social que se produce en el seno de una sociedad, a través de la acción de los órganos del Poder Judicial, cuando estos, en virtud de sus facultades, declaran que una conducta es delictiva, es decir, que merece ser castigada con una pena.

SUMARIO:

Introducción General.

CAPITULO PRIMERO: La criminalización como proceso.

Sección I: Concepto.

Sección II: Límites.

CAPITULO SEGUNDO: Efecto social en la criminalización.

Sección I: Concepto.

Sección II: Intervención institucional.

Conclusión.

Bibliografía.

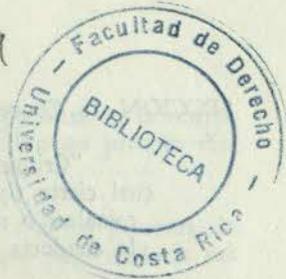
CONVENCION

340
R

Nº 54
(Set-Dic/1985)

C#12

REV 156009



INTRODUCCION GENERAL

El delito es una circunstancia que sucede constantemente en nuestras sociedades. Por ello es interesante tratar de determinar cómo se llega a dar el nombre de delito o crimen a ciertas conductas y poder establecer cuáles son los criterios que usan las sociedades para regular la criminalidad. ¿Es el crimen una creación social necesaria o es una creación ficticia? ¿Se trata de un aspecto circunstancial que tiene sus orígenes espontáneamente o por el contrario es el crimen consecuencia de un determinado proceso? (Capítulo Primero).

Por otra parte va a ser necesario interrogarse en este estudio cuál es la incidencia que tiene la sociedad dentro de la conducta delictiva que se produce, tratando de establecer si se produce a nivel social algún tipo de reacción que influya o no en el comportamiento criminal (Capítulo Segundo).

Independiente de la ideología que se tenga con respecto al crimen este análisis pretende ser crítico partiendo de la realidad propia de la sociedad costarricense.

CAPITULO PRIMERO

LA CRIMINALIZACION COMO PROCESO

Toda sociedad tiene un orden jurídico que es creado de manera diversa y también produce diversos enfoques de acuerdo al punto de vista.

Podría sentarse que se le puede considerar como parte de consenso o una especie de contrato social. Otra posición puede partir del hecho de que la sociedad y el orden jurídico son parte de un engranaje de clase que aprovecha su posición para dirigir a los destinatarios o sujetos pasivos del poder.

Dentro de esta génesis del origen del ordenamiento jurídico adquiere singular importancia el fenómeno criminal que se produce a nivel social. ¿Es el crimen algo inerte o es producto de un proceso, de una estructura en movimiento producto de la misma sociedad? Es el crimen un fenómeno normal como lo establece la posición de Durkheim⁽¹⁾. Veamos entonces cómo llegan las personas a adquirir el status de delincuente por medio de:

(1) DURKHIEM (Emilio), *La sociología y las reglas del método sociológico*, Santiago de Chile, Editorial Cultura.

SECCION I: Concepto.

"Criminalización puede ser concebida como el proceso por el cual cierto tipo de conducta es incluida en una lista de actos criminales; o sea, el proceso por el cual surge una ley que describe la conducta que se considera pasible de pena".⁽²⁾

De acuerdo a esta posición, la criminalización sería entonces parte integrante del complejo de relaciones que se presentan en una sociedad y que como producto de la interacción de los individuos surgen conductas prohibidas. Dichos comportamientos son regulados por una ley o una norma jurídica que contiene una amenaza para los infractores. Es en el momento en que se produce la violación a la norma que surgiría de acuerdo a esta teoría el proceso de criminalización.

El proceso de criminalización crea figuras a respetar y la infracción va a ser considerada como un delito.

Hay otras posiciones que consideran la criminalización como un proceso creado por la fuerza y que se mantiene por esa idea de coerción.⁽³⁾ Estamos aquí en aquella tesis que plantea los términos entre la posición ventajosa de una clase dominante con un evidente control, dirección o dominio sobre una clase dirigida o dominada. Dicha tesis viene en última instancia a establecer el proceso de criminalización como una creación antojadiza y premeditada de la clase en el poder para someter a control la desviación de las clases subalternas. Ello vendría a ser consecuencia de una especie de selección y creación de tipos penales para proteger los intereses de unos pocos y en detrimento y como opresión de la gran mayoría.

Estas posiciones muy arraigadas en la actualidad nos mencionan el proceso de criminalización como elaboración de grupos poderosos, los cuales establecen delitos que el más poderoso prohíbe ejecutar y cuya realización conmina con penas.⁽⁴⁾

De acuerdo a tal tesis, la criminalización vendría a ser algo impuesto por el poder político y económico, lo cual serviría para que de una determinada manera, cierto grupo de personas de la sociedad utilizaran la creación de normas jurídicas para tutelar sus propios intereses, porque ello conlleva la creación de una élite que tiene acceso a la elaboración de la ley y además influencias para conseguir que estos intereses de sector sean

(2) GICOVATE POSTALOFF (Miriam), *Los procesos de decriminalización*, Universidad Central de Venezuela, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Caracas, 1982, p. 38.

(3) QUINNEY (Richard), *Una teoría crítica del derecho penal*. Citado por Lola Aníyar de Castro en la obra *Criminología de la Reacción Social*.

(4) CABO DEL ROSAL (Manuel) y BACIGALUPO (Enrique), *Desarrollo histórico de la Criminología en España*. Revista Cuadernos de Política Criminal, N° 11, Madrid, 1980, p. 35; citando a DORADO MONTERO.

canalizados legalmente. De ser plasmado el interés específico en la norma el proceso de criminalización sería desde esta perspectiva un proceso discriminador puesto que estaría en función de unos pocos.

"aquellos que tienen el poder de acceder a los procesos de elaboración de normas y que están capacitados para traducir sus intereses en política social".⁽⁵⁾

El proceso de criminalización creemos que no debe plantearse fundamentalmente como un aspecto producto de la relación política de cada sociedad, sin negar la importancia que ello implica. La criminalización debe ser planteada como aquel elemento integrante de la realidad de cada país por medio del cual los sujetos que desarrollan su actividad dentro del sistema de justicia penal utilizan su posición para definir quién debe ser considerado como criminal. Dentro de tales sujetos debe incluirse tanto policías como jueces y fiscales. Pero la criminalización puede ser enfocada desde varias perspectivas, o sea, que hay diversas clases de criminalización.

A.—Clases de criminalización.

Se debe partir del supuesto de que la criminalización se da a través de la norma penal. Entonces teniendo claro este aspecto, hay que señalar que la criminalización puede ser real o creada.

1. Criminalización real.

Sería aquel proceso por medio del cual una persona que ha cometido un hecho delictuoso, es primero objeto de un proceso penal y luego, como producto de la investigación se determina una verdad real que conlleva la responsabilidad del imputado.

Este sujeto ha sido declarado culpable entonces por medio de los cánones legales y siguiendo el camino prescrito por la legislación procesal.

2. Criminalización creada.

La criminalización creada o imaginada obedece a un proceso complejo en el cual participan los diversos agentes del sistema penal en una especie de complicidad represiva. Primero se da el caso del policía que en base a su poder pasa una denuncia sea por robo, hurto o resistencia (que es lo más común) a los tribunales de justicia. En base a esta creación en la mente del policía, se inicia un proceso en el cual, se imaginan pruebas e incluso se presentan elementos o material probatorio para sustentar

(5) SCHUR (Edwin), *La tendencia a la decriminalización: algunas observaciones sociológicas*, Capítulo criminológico 1, Facultad de Derecho, Universidad de Zúlic, Maracaibo, Venezuela, 1973.

esta denuncia creada o establecida únicamente en la mente de los policías. Este tipo de actuación primaria pareciera más que todo un abuso de autoridad que una actuación delictiva de parte del encartado.

"Las diferencias de poder entre las autoridades y la oposición también influyen en la criminalización. Pareciera que las autoridades son todopoderosas... a veces se da la victimización de inocentes que aparece como una forma de uso deliberado de terrorismo oficial como técnica de control social."⁽⁶⁾

A partir de la denuncia se establece el correspondiente procedimiento penal en donde va a intervenir según el caso, un agente fiscal o un juez de instrucción a cargo de la investigación. Dichos órganos van a formar parte de este proceso de criminalización cuando dejándose llevar por lo inquisitivo dictan una serie de resoluciones graduales y concatenadas que conllevan al final la condena de un inocente.

Habiendo determinado las clases de criminalización va a ser necesario detectar sus causas.

B.—Causas de la criminalización.

Las causas de la criminalización las podemos establecer como aquellas que provienen del legislador, las cuales denominaremos legislativas y aquellas que provienen de la misma sociedad.

1. Causas legislativas.

Hay una creencia en el legislador en el sentido de que los males de la sociedad se solucionan creando normas jurídicas y específicamente en el campo de la política criminal se ha considerado en Costa Rica, como en muchos países, que el problema de la delincuencia se resuelve creando normas penales.

"La criminalización puede ser utilizada por el legislador como una solución aparente a un problema social".⁽⁷⁾

La creación de nuevas normas penales conlleva a una verdadera inflación del sistema, pero no hay que pensar que esto sólo atañe al código penal, pues también dicha inflación abarcaría la legislación penal especial.⁽⁸⁾

(6) ANIYAR DE CASTRO (Lola), *Criminología de la Reacción Social*.

(7) GICOVATE POSTALOFF (M.), *Op. Cit.*, p. 43.

(8) MUÑOZ POPE (Carlos E.), *La inflación del derecho penal y administrativo*. Reunión preparatoria al IX Congreso Internacional de Criminología, Panamá, 25-27 de agosto de 1982.

Hay además de esta falsa creencia de solución por medio de criminalización, una cierta ignorancia al pensar que la delincuencia se elimina creando comportamientos punibles. Tampoco nunca ha existido por lo menos en Costa Rica, la voluntad política necesaria para que por medio de acciones concretas se planifique en materia de política criminal de una manera coherente y ordenada.

El miedo también juega un papel relevante, porque se tiene la mentalidad "pueblerina" de que si no se crean más leyes represivas, la delincuencia va a aumentar en forma desmedida.

Por ello, si se cuenta con un poder legislativo que establece leyes en materia criminal sin tener claro el problema de la criminalización estamos ante un grave problema de base. Lo que se debe tener muy en cuenta al respecto es que al código penal sólo deben ir aquellas conductas que implican "crimen" desde un punto de vista puro y no otras que perfectamente deberían dejar el universo penal.

"Por esta misma razón, es de propugnarse que exista proporcionalidad entre la gravedad del hecho punible y la reacción estatal, proporcionalidad que a nivel legislativo ha de tomar en cuenta el valor del bien jurídico tutelado".⁽⁹⁾

2. Causas sociales.

Las causas sociales de la criminalización se refieren al hecho del desajuste social que se da en nuestras sociedades. Una sociedad en donde existen desigualdades sociales, aparentemente disimuladas, como es el caso de Costa Rica va poco a poco empujando a ciertos grupos a una especie de "ghetto", en donde los individuos pareciera que no tienen otra salida que el delito para llevar el sustento a sus hogares. Con ello no se justifica el hecho de que por ser pobre se tenga que ser delincuente, porque todo ello es producto de un proceso complejo en el cual, la sociedad crea grupos de marginados dentro de su seno, sea en forma consciente o inconsciente y de esa forma ella misma propicia la criminalidad. Desde este punto de vista hay que dejar muy en claro que es en la misma sociedad en donde surge el proceso de criminalización como uno de los problemas más agudos y de más difícil solución.

Una vez establecido el marco teórico va a ser necesario interrogarse sobre cuáles son los límites de la criminalización.

(9) DE LA BARREDA SOLORZANO (Luis), *Evolución penal e inflación punitiva*, Reunión preparatoria al IX Congreso Internacional de Criminología, Panamá, 25-27 agosto, 1982.

SECCION II: *Límites.*

Para poder establecer los límites del proceso de criminalización hay que recurrir al grado de permisibilidad con respecto a la conducta delictiva y ver de qué forma "la sofisticación" de ciertas personas influye en dicho proceso.

A.—*La permisibilidad.*

"Ciertos sociólogos estiman que la sociedad no selecciona siempre perfectamente los actos que ella incrimina. A los ojos de unos ella retiene mucho, pero para otros no retiene lo suficiente".⁽¹⁰⁾

El proceso de criminalización adquiere diferentes matices según ciertas conductas sociales sean consentidas o no por medio de los agentes del sistema penal.

"La criminalización se mueve en amplio ámbito de lo permisible y lo no permisible".⁽¹¹⁾

De esa forma la permisibilidad debe ser definida tomando en cuenta aquello es tolerado, aceptado o sufrido por carencia de medir⁽¹²⁾ o tolerancia como producto de la corrupción administrativa.

1. *Tolerancia por falta de medios.*

Se habla de criminalidad permitida por tolerancia en razón de la ausencia de medios, cuando los órganos represivos de un determinado país, no cuenta con los elementos suficientes, tanto desde el punto de vista humano, como desde el punto de vista económico para hacerle frente a la criminalidad de un determinado país.

En ese sentido, esta situación trae como consecuencia una posición menos activa o menos presente de los agentes policiales dentro del esquema de vigilancia de la ciudad. A menor grado de medios materiales, como por ejemplo automóviles, hay menor posibilidad de hacer redadas y menor posibilidad de detectar el crimen. Todo ello hace que aumente la llamada cifra negra de la criminalidad. Asumiendo el criterio expresado es definitivo que la tolerancia criminal por ausencia de medios adecuados es un aspecto importante como límite dentro del proceso de criminalización.

(10) MERLE (R) y VITU (André), *Traté de droit criminal*, Editions Cujas, Tomo I, París, 1978, p. 37.

(11) LOPEZ REY (Manuel), *Criminalidad y abuso de poder*, p. 126.

(12) *Ibid.*, p. 120.

2. *Tolerancia por corrupción.*

La tolerancia por corrupción también tiene por consecuencia establecer un valladar al proceso de criminalización, porque en este caso tampoco se llega a establecer quiénes son los criminales de determinados actos ilícitos, ya que esta actuación es bloqueada por medio del pago a ciertas autoridades para que no se denuncie su actividad.

El problema de la corrupción a nivel policial, lógicamente está muy relacionado con el salario poco motivador que se establece en Costa Rica para los organismos represivos.

B.—*La sofisticación.*

"La criminalidad sería el producto de un conflicto legal entre las autoridades y quien cometa un acto ilegal".⁽¹³⁾

Este concepto estipula que el proceso de criminalización estaría influenciado por una especie de lucha entre las autoridades y los demás sujetos.

Veamos entonces cómo dependiendo del grado de sofisticación de los individuos, la sociedad realiza una especie de juego con el status social de cada uno.

1. *Selección de individuos.*

"El impacto que la policía ejerce sobre los índices de criminalidad es el más importante, por ser ella quien se encuentra en la primera línea de contacto con la población".⁽¹⁴⁾

La selección de individuos que van a ser llevados al sistema penal se produce en muchos casos porque los sujetos de cierto nivel son encontrados deambulando por las calles o en ciertos lugares de placeres propios de las clases bajas. Lógicamente en estos casos, estamos en presencia de individuos que tienen un bajo nivel cultural, es decir, no se trata de personas sofisticadas. Ello trae como consecuencia que sean más fácilmente objeto de persecución policial, de sospechas y de maltrato, tanto físico como moral.

El conflicto es entonces más probable mientras menor sea el grado de sofisticación.⁽¹⁵⁾ Todo esto hace que los barrios bajos sean mayormente vigilados y es precisamente de ellos, de donde los establecimientos penitenciarios establecen la mayor parte de su clientela.

(13) TURK (Austin), *Criminality and Legal Order*, Rand Mc. Nally Sociology Series, 1969, U. S. A.

(14) ANIYAR DE CASTRO (Lola), *Op. Cit.*

(15) *Ibidem.*

Cuando el individuo es menos sofisticado entonces, ello produce un aumento en las posibilidades de que se encuentre de alguna u otra manera fuera de la ley, además y como complemento, la menor sofisticación implica un aumento en el grado de visibilidad de sus conductas dentro de la sociedad.

2. *Uso del status.*

A mayor grado de sofisticación de los individuos, menos posibilidad de entrar en contacto con el sistema de justicia penal. Esto está estrechamente relacionado con el concepto de poder.

"La sofisticación implica que los sujetos están en mejor capacidad para evitar la guerra abierta, disminuyendo la visibilidad de la conducta ilegal, haciendo uso de un conocimiento de las leyes".⁽¹⁶⁾

Se disminuye la visibilidad de la conducta ilegal porque la sofisticación implica un determinado status, el cual sirve a la persona para ocultar conductas ilegales y además, realizar actos de manera tal que dan la impresión externa de estar dentro del margen de lo permitido.

Se utiliza el conocimiento de las leyes porque la persona sofisticada tiene en primer lugar un determinado grado de cultura que le permite tener un fácil acceso a la ley y también una cierta noción sobre ella. En segundo lugar, el poder atrae, por ende, los mejores abogados tanto para plantear todo dentro de la escala legal, así como para defender cualquier problema que se pudiera producir.

Por último es acertado indicar que la sofisticación atrae un cierto aire de respetabilidad hacia las personas que forman parte de estos grupos.

CAPITULO SEGUNDO

EFFECTO SOCIAL EN LA CRIMINALIZACION

SECCION I: *Concepto.*

Se habla de efectos sociales en el proceso de criminalización en el momento mismo en que la sociedad misma reacciona frente a cierto tipo de comportamientos que se consideran desviados⁽¹⁷⁾ y así de acuerdo a ciertas

(16) ANIYAR DE CASTRO (Lola), *Op. Cit.*

(17) GADEA NIETO (Daniel), *Un doble enfoque de la criminología*, Revista de Ciencias Jurídicas N° 46, Enero-Abril 1982, p. 78.

pautas establecidas en base al interés social se crean modelos de conductas a seguir y el que no los sigue se aparta de la norma. De tal manera se establece todo un marco de referencia en el cual se da la separación y el establecimiento de categorías.

A.—*Separación social.*

La sociedad establece su criterio de separación como una verdadera reacción social de acuerdo a la visibilidad que ciertos grupos o individuos le pueden generar.

1. *Individual.*

Se habla de separación individual cuando la sociedad establece expectativas de tipo individual que deben ser cumplidas por cada uno de sus miembros.

Se le dice al individuo desde pequeño que tiene que estudiar, llegar a ser profesional, formar una familia, ser como todos...

Hay ciertos individuos que no logran cristalizar estos afanes a nivel personal o sencillamente no siguen los lineamientos trazados. Dicho sujeto es entonces poco a poco separado del grupo, se le señala con el dedo... se le marca... Este individuo va a ser luego objeto de sospecha, pues se considera que es un "extraviado" (out-sider). Al negársele toda posibilidad de triunfo, puede fácilmente ser empujado por el camino de la criminalización.

2. *Grupal.*

Se habla de separación grupal para aquellos núcleos de la sociedad que con razón o sin ella son objeto de sospecha de conductas desviadas, sea por su edad (jóvenes), orígenes (inmigrantes), condición (pobreza) o localización (vivienda).

"Estos procesos adquieren relevancia criminológica ya que sin ser fruto de mentiras creadas intencionalmente, ni de puros errores de percepción, juegan con la ideología dominante conformando falsas representaciones de la realidad, producto de prejuicios, intereses de clase o bien impulsos de protección psicológica, que pueden llegar a ser tan o más dañinos que el delito mismo".⁽¹⁸⁾

La sociedad, entonces, separa grupos y los considera como peligro en potencia y como consecuencia de lo anterior se establece un verdadero

(18) NAVARRO SOLANO (Sonia), *Estigmación, conducta desviada y victimización en una zona marginada*, Ilanud, 1983, p. 11.

seguimiento de dichos núcleos. Estos grupos serán entonces objeto de una constante presión social que incluso llega al punto del desprecio y provoca una imagen desvalorizada. Esta imagen va adentrándose lenta, pero eficazmente, a un grado tal que termina por convencer a tales grupos que ellos son núcleos despreciados de la sociedad. Así, el grupo se solidariza y ve luego con malos ojos que se le quiere imponer de parte de la "otra" sociedad. Se trata, pues, de una sociedad dentro de otra, pero separada por un muro difícil de socavar.

B.—Categorías sociales.

Las categorías son dispuestas por la reacción como medio de distinción social y como medio de la creación de roles.

1. Como medio de distinción.

La sociedad basada en el aspecto ya indicado de sofisticación tiene una necesidad que es inherente al hombre mismo de establecer niveles de comparación. De acuerdo a esta idea se hace necesario que desde una perspectiva social se distinga entre lo bueno y lo malo.

Lo bueno estaría compuesto por aquellas personas que respeten las normas sociales (en apariencia) y lo malo, por aquellos individuos que de una u otra forma han acogido el camino de la desviación.

Esta distinción dentro del seno social sirve de válvula de escape, porque ello permite tener siempre a quien señalar y a quien echarle la culpa de las desgracias sociales. Además, la distinción permite que se de una especie de reforzamiento en los lazos sociales, pues con ello se crea una solidaridad entre todos aquellos que se reconfortan unos con otros al saberse del lado de los buenos; el efecto contrario lógicamente produce una perspectiva negativa que fácilmente lleva a un camino de desviación.

2. Como medio de creación de roles.

La reacción social cuando crea una categoría, además de la distinción que establece, otorga roles o papeles a los seres despreciables de la sociedad. Así como se otorga el rol de abogado, doctor o ingeniero, así también se concede el papel de desviado. Este papel hace que la persona tenga que adaptarse a esta situación impuesta, adaptación que la mayor parte de las veces resulta angustiosa y difícil.

Este rol es un círculo vicioso en la medida en que la asignación hecha al adulto, se transfiere a sus herederos, sea por la misma imposición social, sea por la copia infantil del modelo paterno.

SECCION II: *Intervención institucional.*

La reacción social necesita de entes especializados para poder establecer en definitiva el proceso de criminalización. Esto se practica primero desde el punto de vista policial y luego a nivel jurisdiccional.

A.—A nivel policial.

En este nivel vamos a analizar tanto la actuación de la policía administrativa, como la de la policía judicial.

1. *Policía administrativa.*

La incidencia de la policía administrativa es bastante importante dentro del proceso de criminalización porque este cuerpo represivo es el que tiene el primer contacto con el posible infractor y es además quien selecciona a los candidatos de la clientela del sistema penal.

El problema que presenta la policía administrativa se da en cuanto al grado de detenciones que se practican periódicamente, en donde muchas veces entran una serie de consideraciones de tipo subjetivo y se establecen partes por una serie de circunstancias arbitrarias: detenciones por actos contra la autoridad, contra el orden público, etc., constituyendo en la Ciudadela León XIII más del 50% del total de detenciones.⁽¹⁹⁾

Toda esta actitud es sumamente peligrosa porque la policía se dedica muchas veces a acosar a cierto tipo de personas, a detenerlos, a hostilizarlos y a enviarlos para que se les abra proceso.

2. *Policía judicial.*

La policía judicial es supuestamente un órgano represivo mejor preparado y desde ese punto de vista, más técnico que la policía administrativa.

La policía judicial puede participar del proceso de criminalización cuando en una investigación se procede de formas poco dudosas para el esclarecimiento de los hechos. Una primera actitud totalmente inconveniente está dada cuando se establece una especie de persecución de todos los individuos que se encuentran registrados en los tarjeteros activos del Organismo de Investigación Judicial. Dichos "fichados" son objeto de

(19) GALLEGOS GUTIERREZ (Margarita), *Planificación y prevención social en la Ciudadela León XIII*, Tesis de grado, Facultad de Derecho, Julio 1985, p. 58.

una presión constante, pues de acuerdo al tipo de delito que se investiga, así también será la selección del candidato a imputado en un proceso penal.

De este tipo de actuaciones, una de las más deplorables sería aquella en la cual se inventa algún tipo de operativo e incluso se llega a consignar en un acta cosas que en la realidad no se dieron.

B.—*A nivel judicial.*

La criminalización a nivel judicial sería aquella por medio de la cual se asigna la etiqueta de delincuente a una persona, siempre por medio de un proceso. Lo que nos interesa resaltar aquí sería cómo ciertos jueces por incapacidad o por represión participan del proceso de criminalización, tanto en la instrucción como en la fase de decisión final.

1. *Función instructora.*

En la fase de instrucción, el juez realiza una investigación para determinar si los hechos acusados por la representación del Ministerio Público tienen el mérito suficiente para ir al juicio oral y público. El problema que se presenta en esta etapa es la falta, a veces, de análisis de ciertos jueces instructores, pues se consideran satisfechos con lo establecido en el requerimiento acusatorio, sin cuestionar en realidad, por ejemplo, si se debe dictar una falta de mérito, en vez de un procesamiento. Al final de esta etapa, puede dar la impresión que en realidad tal pase no tuvo como objetivo la búsqueda de la verdad real sino más bien la búsqueda de un sujeto a toda costa acusable. En esa medida, el instructor contribuye, pues, al proceso de criminalización, ya que mantiene al sujeto dentro del proceso y hasta lo mantiene a veces en prisión.

2. *Función de decisión final.*

El problema que se presenta en la fase final se refiere a la situación que se presenta el día del juicio penal oral y público. Aquí se corre el problema de la criminalización y creemos que está más que todo en la mente del tribunal. Cuántas veces en un debate la frontera entre la absolución y la condena no es más que un hilo y cuántas veces en tales situaciones se escoge por la condena del sujeto, cuando tal vez debió resolverse con un criterio favorable al reo.

A este nivel son también deplorables las actitudes de ciertos jueces superiores que se "duermen" durante el debate y ponen poca atención a las observaciones y conclusiones del defensor.

Se trata entonces en esta fase, como en otras, de un problema de actitud hacia el procesado que cuando es poco cuidadosa o estigmatizada, ayuda a crear mayor número de criminalidad.

CONCLUSION

Podemos afirmar después de este análisis que la criminalización es un proceso complejo, producto de las situaciones que se originan dentro del seno mismo de la sociedad. Como hemos visto, la misma comunidad, sea por intereses sociales, de grupo o económicos establece todo un proceso para seleccionar cuál va a ser la clientela del sistema de justicia penal. Lógicamente, el proceso no afecta a todos por igual y en ese sentido el proceso de criminalización es elitista o por lo menos permite a ciertos sujetos, contrarrestar o escapar a un enfrentamiento directo con la ley.

Pareciera ser que el proceso de criminalización es una actitud consciente e inconsciente, según sea el ángulo en que se le mire, por medio de la cual la sociedad crea la criminalización casi que por reflejo o como una necesidad latente en el ser humano.

En realidad el proceso de criminalización creemos que se puede resumir en un problema de actitud de la gente que reacciona a cierto tipo de comportamientos, reacción que en estos casos está falseada y cargada de estigmatización.



BIBLIOGRAFIA

- ANIYAR DE CASTRO (Lola), *Criminología de la Reacción Social*.
- CABO DEL ROSAL (Manuel) y BACIGALUPO (Enrique), *Desarrollo histórico de la Criminología en España*, Revista Cuadernos de Política Criminal, N° 11, Madrid, 1980.
- DE LA BARREDA SOLORZANO (Luis), *Evolución penal e inflación punitiva*, Reunión preparatoria al IX Congreso Internacional de Criminología, Panamá, 25-27 de agosto, 1982.
- DURKHEIM (Emilio), *La sociología y las reglas del método sociológico*, Santiago de Chile, Editorial Cultura.
- GADEA NIETO (Daniel), *Un doble enfoque de la criminología*, Revista de Ciencias Jurídicas, N° 46, Enero-Abril, 1982.
- GALLEGOS GUTIERREZ (Margarita), *Planificación y prevención social en la Ciudadela León XIII*, Tesis de grado, Facultad de Derecho, Julio, 1985.
- GICOVATE PORTALOFF (Miriam), *Los procesos de decriminalización*, Universidad Central de Venezuela, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Caracas, 1982.
- LOPEZ REY (Manuel), *Criminalidad y abuso de poder*.
- MERLE (R.) y VITU (André), *Traité de droit criminel*, Editions Cujas, Tomo I, París, 1978.
- MUÑOZ POPE (Carlos E.), *La inflación del derecho penal y administrativo*, Reunión preparatoria al IX Congreso Internacional de Criminología, Panamá, 25-27 de agosto, 1982.
- NAVARRO SOLANO (Sonia), *Estigmatización, conducta desviada y victimización en zona marginada*, Ilanud, 1983.
- QUINNEY (Richard), *Una teoría crítica del derecho penal*.
- SCHUR (Edwin), *La tendencia a la decriminalización: algunas observaciones sociológicas*, Capítulo criminológico N° 1, Universidad del Zulia, Facultad de Derecho, Maracaibo, Venezuela, 1973.

POLITICA, DERECHO Y MEDIO AMBIENTE

Dr. Rafael González Ballar

Profesor de Derecho Administrativo
Universidad de Costa Rica



SUMARIO:

Esquema del Análisis

Introducción.

I parte: Políticas bien definidas.

II parte: Una verdadera política y Derecho sobre el medio ambiente.

Conclusión.



ESQUEMA DEL ANALISIS.—

Una introducción breve al tema. Una primera parte referente a la situación de la política, del derecho y del medio ambiente en Costa Rica, analizando esencialmente lo que consideramos son errores cometidos en los aspectos relacionados con la política, su relación con el derecho y el medio ambiente. Una segunda parte donde hacemos una propuesta sobre lo que realmente sería el punto prioritario por el cual debe comenzar cualquier intento por mejorar y realizar la protección del medio ambiente en forma óptima.

INTRODUCCION.—

Si quisiéramos hablar de la política seguida por el Estado costarricense en materia del medio ambiente, es nuestro criterio que en nuestro país nunca la ha habido.

Si se adoptara un punto de vista un poco menos tajante, tendríamos que admitir que necesariamente la política seguida por el Estado costarricense ha consistido única y exclusivamente en dos situaciones básicas:

- 1) Se ha dedicado a dictar una gran cantidad de leyes y decretos que vinieran a regular algún aspecto de nuestros recursos naturales o de la protección del medio ambiente en lo que respecta a la lucha contra la contaminación.
- 2) Tendríamos que decir que la política también ha sido la de crear oficinas, servicios, direcciones generales, en fin, órganos, con los cuales se ha creído siempre en la posibilidad de resolver alguna situación que pueda estar causando problemas en el país en lo que respecta a la protección del medio ambiente.

La mayoría de estas leyes y decretos y de estas oficinas que se han creado, han obedecido en unos momentos a un problema inmediato con el cual se ha enfrentado el Estado. Algunas de estas leyes y decretos se originaron acogiendo las conclusiones, por ejemplo, del Primer Congreso Nacional sobre la Conservación de los Recursos Naturales Renovables en abril del 74, del Simposio Internacional sobre la Ecología de la Conservación del Desarrollo en el Istmo Centroamericano en febrero del 75; del Seminario sobre Desarrollo Industrial y el Medio Ambiente de octubre del 75. Por otro lado, tenemos también en el año 76 las ideas derivadas del Simposio "La Costa Rica del año 2000", cele-

brado durante los días 11, 15, 16, 17 y 18 de noviembre en nuestro país. Todos estos análisis, siempre han generado una idea, que de una u otra forma ha sido acogida por nuestro legislador, y de la cual se derivó algún proyecto de ley. Pero, en la mayoría de los casos, todos los trabajos de investigación y las recomendaciones hechas por los más grandes investigadores dedicados a los problemas ambientales, se han olvidado ya que, simplemente, quedaron sobre el papel.

Iª PARTE.—

En lo que respecta a la presente investigación nos interesa resaltar sobre todo, lo que precisamente dijo en el Simposio "La Costa Rica del año 2000", el Ing. Jorge Manuel Dengo Obregón en lo concerniente a un hecho que ya se veía, estaba ocurriendo en Costa Rica por aquellos años. Decía él, que la mayor parte de nuestra legislación es dispersa y de tipo pasivo. No obedece a una *política directriz* que vincule y oriente la explotación de los recursos hacia los procesos de desarrollo económico y que defina los beneficios sociales esperables de poner en valor la riqueza potencial del país. Agregaba él, también, que no existía ni se había perfeccionado un sistema de información técnica adecuado que controle debidamente la documentación que se estaba levantando tanto en entidades públicas como privadas.

Por otro lado, asimismo, admitía que en muchos casos todos los organismos encargados de administrar los recursos no tenían elemento de juicio para guiar sus decisiones desde un punto de vista de estrategia nacional, lo cual generalmente no se conoce. Se limitan a cumplir aplicando las leyes al pie de la letra en un sentido procedimental y burocrático sin la visión dinámica y eficaz de una programación coherente que corresponda a objetivos y prioridades nacionales, y no es necesariamente culpa de ellos sino a falta de acciones sistemáticas y articuladas en la conducción política del país.

Se agregó en aquel entonces que el hecho es que el país no tiene objetivos claros ni políticas (volvemos a subrayar políticas) ni programas para administrar su activo físico, su patrimonio material. Costa Rica debe prepararse a recibir el impacto sobre sus recursos de toda clase de presiones e iniciativas externas e internas.

Y es que hace casi 10 años, en ese Simposio que fue tan importante para el país, concluyó diciendo el Ing. Dengo: "En resumen, debemos estar preparados ante las presiones de los años venideros. Saber con qué contamos y cuál es su alcance potencial, entender de qué se trata al definir el empleo y explotación de las riquezas del país para poder conducir inteligentemente las relaciones comerciales con los países que demanden nuestros recursos o participen en su aprovechamiento".(1)

(1) SIMPOSIO "La Costa Rica del año 2000", Ministerio de Cultura, Juventud y Deportes, OFIPLAN, Imprenta Nacional, San José, 1976, p. 530.

Las interrogantes que tantas veces se han planteado en los simposios y conferencias mencionadas, y sobre todo aquellas interrogantes que se plantea el Ing. Dengo en el simposio "La Costa Rica del año 2000", todavía hoy en Costa Rica tienen vigencia.

Todas estas recomendaciones han quedado sobre el papel. Costa Rica ha seguido siendo un país donde la política dictada, si se puede llamar política, es la de crear leyes y decretos con los cuales, se cree, puede protegerse algún elemento de la naturaleza o combatir la contaminación. Se han creado organismos, diferentes servicios, etc., con los cuales en muchas ocasiones la lucha que ellos dan consiguen algunos puntos específicos en defensa del medio ambiente, pero esto no basta.

Para dar solamente algunos ejemplos, cuando tomamos los planes de gobierno, el Plan Nacional de Desarrollo para 1978-1982, encontramos que, dos años después de las recomendaciones hechas en el simposio "La Costa Rica del año 2000", las únicas situaciones ubicables en estos planes son indicaciones que no tienen ningún sentido real de posibilidad de ejecución en Costa Rica, y que en la mayoría de los casos se han quedado sólo sobre el papel y le dedican únicamente en estos programas algunas páginas, y a veces ni páginas sino párrafos. En este Plan Nacional de Desarrollo se dice: "El abuso que se comete con nuestros recursos naturales amenaza con minar las bases mismas del futuro de la economía nacional. Esto demanda la creación de una nueva actitud, de una nueva cultura frente a la explotación de los recursos naturales de Costa Rica. Es urgente formar conciencia acerca de la necesidad de velar en forma solidaria por la conservación de nuestros bosques, nuestras aguas, nuestra fauna y en fin de todos los dones con que nos ha favorecido la naturaleza".(2)

Luego pasamos a otras páginas donde se habla asimismo de la necesidad de seguir formando esa conciencia, o la necesidad de seguir configurando planes, y dice: "El aprovechamiento racional de los recursos naturales, lo cual implica en una primera etapa conocerlos adecuadamente".(3)

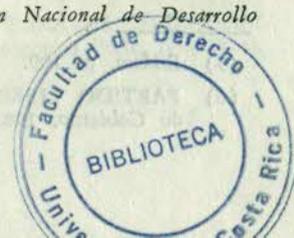
Se afirma además: "Se empezarán proyectos para investigar, identificar o cuantificar los recursos naturales: agua, bosques, minerales, etc. Se procurará aumentar sustancialmente los recursos financieros destinados a esta actividad aumentando la contribución de los beneficiarios directos de la investigación".(4)

Se repite: "Utilización racional de los recursos naturales. La racionalidad en la explotación de los recursos naturales depende básicamente

(2) PARTIDO UNIDAD SOCIAL CRISTIANA, *Plan Nacional de Desarrollo 1978-1982*, p. 13.

(3) *Ibidem*, p. 83.

(4) *Ibidem*, p. 97.



del conocimiento que se tenga acerca de su disponibilidad. Resulta, por lo tanto, fundamental reforzar e iniciar programas tendientes a explotar sistemáticamente los recursos naturales, elaborando inventarios detallados que complementen los estudios actualmente disponibles. Hacia ese fin deberán movilizarse parte de los esfuerzos de las universidades, el Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Tecnológicas (CONICIT) y la cooperación técnica internacional.

Será fundamental regular la utilización de los recursos naturales conservando los no renovables y asegurando la reproducción de los demás para lo cual es necesario adecuar la legislación y crear mecanismos que permitan su aplicación efectiva, en especial debe crearse cuanto antes el Instituto de los Recursos Naturales".⁽⁵⁾

En el programa de gobierno "Volvamos a la tierra" del año 1982-1986, volvemos a encontrar en algunas de sus páginas una mención un poco más detallada, eso sí, que en el anterior plan de gobierno, acerca de la protección de los recursos naturales. Así, se dice lo siguiente:

Recursos naturales.—

Es evidente la necesidad de que el país tenga políticas bien definidas que guíen el desarrollo sin deteriorar el medio y los recursos naturales. Nuestras riquezas no han sido objeto aún de una investigación sistemática que permita ponerlas al servicio de nuestros programas de desarrollo. En el próximo gobierno de Liberación Nacional se orientarán los proyectos de investigación que sean necesarios para estudiar los recursos marinos, minerales, forestales, aguas, suelos y otros.

Ordenación de bosques y ganadería.—

Es necesario que el país inicie de inmediato un programa de ordenación de bosques, con el fin de suplir los requerimientos futuros de madera sin menoscabo de las cuencas hidrográficas y otras áreas naturales de protección absoluta.

Cabe meditar en el hecho de que actualmente se deforestan 60.000 Ha. por año, sin la debida reposición, y que el país sólo conserva un 30% del bosque virgen. Asimismo, los empresarios ganaderos deben comenzar a pensar en términos de kilos del producto por hectárea y no en cabezas por hectárea. Es decir, la ganadería debe mejorar su eficiencia con métodos de uso intensivo y alejarse de las prácticas actuales de ganadería extensiva, de bajos retornos económicos a corto y largo plazo, tanto para el individuo como para la sociedad".⁽⁶⁾

(5) *Ibidem*, p. 109.

(6) PARTIDO LIBERACION NACIONAL, *Volvamos a la Tierra*, Programa de Gobierno, 1982-1986, pp. 28-30.

En igual sentido pueden consultarse otros en el mismo Programa de Gobierno.⁽⁷⁾

Por otro lado, la gran cantidad de leyes que se pueden citar dictadas desde el año 76 en que se celebró el simposio, han tratado de venir a llenar, como habíamos dicho antes, el vacío o la necesidad de regulación en algún aspecto. Pero cabe siempre la interrogante, este grupo de leyes que vamos a citar, ¿habrán cumplido a cabalidad con lo que perseguían? Se dieron toda una gran cantidad de decretos, también, y algunos de ellos, ¿habrán cumplido con lo que originalmente se pensó podrían lograr? (Ver anexo).

Por otro lado, en la Conferencia de Estocolmo sobre el Medio Ambiente en junio del 72, se derivaron una serie de principios básicos que conocemos desde 1973, principios de los cuales pudimos haber aprendido, por ejemplo el N° 13: "De la necesidad (se dijo en aquel entonces) de lograr una más racional ordenación de los recursos y mejorar así las condiciones ambientales, los Estados deberían adoptar un enfoque integrado y coordinado de la planificación de su desarrollo de modo que quede asegurada la compatibilidad del desarrollo con la necesidad de proteger y mejorar el medio humano en beneficio de su población".⁽⁸⁾

El principio 21 resalta, en nuestro criterio, la idea de necesidad de tener una política ambiental y dice así:

"De conformidad con la Carta de las Naciones Unidas y con los principios del derecho internacional, los Estados tienen el derecho soberano de explotar sus propios recursos en aplicación de su propia *política ambiental y la obligación* de asegurar que las actividades que se lleven a cabo dentro de su jurisdicción o bajo su control no perjudiquen al medio de otros Estados, o de zonas situadas fuera de toda jurisdicción nacional".⁽⁹⁾

Si todos estos principios, reuniones, recomendaciones, leyes, directrices ya estaban en el aire en nuestro país, ¿qué ha pasado? ¿Por qué entonces necesariamente llegamos siempre a lo mismo, siempre perdiendo gran cantidad de bosques, sumiéndose en problemas con el agua, extinción de especies, contaminación en San José por el humo de los automóviles y camiones.

Aún más, el Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente, en la sesión N° 74 de 24 de mayo de 1977, el Consejo de Administración recuerda las decisiones del 2 de mayo de 1975 y del 14 de abril de 1976, y pide a los gobiernos y a las organizaciones interna-

(7) *Ibidem*, pp. 86-89.

(8) PROGRAMA DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL MEDIO AMBIENTE, *Compendio de las Bases Legislativas*, Pergamon Press, New York, 1978, p. 11.

(9) *Idem*.

cionales que atiendan a las propuestas del grupo de expertos que dicho programa de las Naciones Unidas estaba proponiendo en lo que respecta a la fijación de trabajos para directrices para la utilización racional de los recursos naturales y que necesariamente comuniquen los resultados pertinentes al Consejo de Administración por conducto del Director Ejecutivo.

Toda esta información era conocida y debía y ha sido conocida por los gobiernos que se pudieran haber considerado responsables de la utilización de los recursos naturales, o al menos con la intención de una elaboración de una política ambiental para el país.

La última consideración en esta sesión era que las directrices sobre criterios ambientales racionales estarán destinadas a ser utilizadas por los gobiernos en la promoción de programas nacionales de desarrollo.

Posterior a esto han venido un sinnúmero de recomendaciones y un sinnúmero de directrices enviadas y conocidas desde hace años por nuestro gobierno en lo que respecta al medio ambiente. Uno de ellos es ni más ni menos que "La Estrategia Mundial para la Conservación de los Recursos Naturales". Estrategia mundial que será precisamente el punto de partida con el cual arrancaremos para exponer o que para nosotros debería comenzar por ser el punto básico dentro del cual debe englobarse una política ambiental.

II PARTE. UNA VERDADERA POLITICA Y DERECHO SOBRE EL MEDIO AMBIENTE.—

Si indagamos un poco en aquellos tratadistas que han pretendido escribir sobre la política ambiental, su definición y su ejecución, nos vamos a encontrar que en realidad ninguno de ellos se ha atrevido específicamente a dar una definición de lo que debe ser una política ambiental. El autor Guillermo Cano habla esencialmente del derecho argentino y poniendo algunos ejemplos derivados del Código de los Recursos Naturales Colombiano. Este autor, bien que trata de definir la política, no nos da una definición de lo que él considera ésta es, sino que parte del hecho de que las políticas deben combinar el desarrollo con la conservación y por ello admite que las mismas han sido denominadas de ecodesarrollo o ecogenerancia.

Para explicar la política ambiental parte más bien de enumerar cuáles son los postulados de esas políticas de ecogenerancia o ecodesarrollo que él llama. Primero que nada nos habla de la necesidad de disponer de información básica suficiente. En este sentido se está refiriendo a estudios realizados en el país acerca de cómo está la situación de algún recurso natural. Se refiere también a toda la información que existe ya en el campo del derecho internacional para que la misma sirva para formar las políticas. Habla de que necesariamente un postulado de la política tiene que ser la planificación a largo plazo del manejo del ambiente, y

cita el autor que algunos sugieren que por lo menos debe ser a 50 años plazo.⁽¹⁰⁾

Si analizamos los postulados que se dan de las políticas; si vemos los principios de los que parte el autor citado, nos damos cuenta de que el mismo nunca llega a definir lo que es el desarrollo y qué es lo que debería ser la conservación, o en sus últimas consecuencias, cómo es que específicamente se debería realizar esto.

Esta tarea, si bien es cierto no es fácil, debemos nosotros, y es nuestro propósito, tratar de poner un grano de arena y tratar de explicar cómo concebimos nosotros que debería empezar a formalizarse una política ambiental y en esto hablemos mejor de una verdadera política ambiental y cómo la ligamos al derecho.

Primer Postulado.—

Creemos que es preciso introducir la idea de que el país necesita su desarrollo, pero aparejado a la necesidad de la conservación de los mismos recursos naturales que van a servir al mismo. Y esto sobre todo es muy importante en nuestro país, subdesarrollado agrícola. Por lo tanto, nosotros vamos a tratar de explicar qué es una política ambiental y cómo desde ese punto de vista se debería tratar de implementar y de ejecutar para que realmente podamos hablar de que tenemos una política ambiental.

Debemos partir de un criterio de desarrollo que nos permita equilibrar la necesidad del desarrollo del país con la conservación de sus recursos naturales. En ese sentido el desarrollo lo podríamos definir como la modificación de la biosfera y la aplicación de los recursos humanos, financieros, vivos e inanimados en aras de la satisfacción de las necesidades humanas y para mejorar la calidad de la vida del hombre.⁽¹¹⁾

Por otro lado, vamos a definir la conservación como la gestión de la utilización de la biosfera por el ser humano de tal suerte que produzca el mayor y sostenido beneficio para las generaciones actuales, pero que mantenga su potencialidad para satisfacer las necesidades y las disposiciones de las generaciones futuras.

Eso explica que cualquier política ambiental tiene que partir de un equilibrio entre estos dos conceptos que acabamos de hablar, por lo tanto, para que el desarrollo de una política ambiental vaya a ritmo, ese desarrollo tiene que ser sostenido y en consecuencia esto implica la necesidad de tomar en cuenta además de los factores económicos necesarios en todo concepto de desarrollo, los de índole social y ecológico.⁽¹²⁾

(10) CANO, (Guillermo), *Derecho, Política y Administración Ambientales*, Depalma, Buenos Aires, 1978, p. 241.

(11) ESTRATEGIA MUNDIAL PARA LA CONSERVACION DE LOS RECURSOS NATURALES, p. 1.

(12) Idem.

Teniendo en cuenta los criterios de desarrollo y de conservación, y estando claros de cuál es el criterio de desarrollo que se necesita para armonizar las políticas del país con la conservación de sus recursos, ¿qué debe hacerse para implementar esas políticas?

Segundo postulado.—

Un gobierno lo que debe hacer, en primer lugar, es formar comisiones de estudio sobre cada uno de los recursos naturales, por ejemplo de los recursos naturales no renovables, fauna, flora, bosques, contaminación ambiental, etc. Comisiones con científicos y técnicos, que analizan la situación actual en cada uno de estos elementos de la naturaleza o de la contaminación.

Estando integradas las comisiones, cada una podrá estudiar cuáles son los problemas básicos que existen en lo que respecta al elemento o a la situación del medio ambiente que están analizando. El grupo deberá empezar por recopilar todos los estudios que se han elaborado a nivel mundial por organismos de la O.N.U., asimismo por nuestros científicos aquí en Costa Rica.⁽¹³⁾

Las comisiones deben trabajar interdisciplinariamente y con mucha mayor razón podrán ellas decir qué es lo que se necesita en cada una de esas situaciones. Todo ello para que estas directrices tengan un fundamento real y cierto, y pasen precisamente a ser lo que va a constituir, a formar el trasfondo de una política ambiental para el país. Por otro lado, donde no existan estudios específicos, se deberán preocupar por su realización.

Entonces, al analizar cada uno de estos elementos de la naturaleza, y los problemas que hay de contaminación, necesariamente la política tendrá que elaborarse tomando en cuenta, en nuestro criterio, los siguientes objetivos básicos de conservación:

a) Primero que nada tienen que partir de la importancia que debe tener el mantenimiento de los procesos ecológicos esenciales.⁽¹⁴⁾

(13) Por lo cual estos simposios, estas reuniones son muy importantes por los aportes que dan, y cuando se haya hecho un análisis precisamente de estos, podrán empezar estos grupos a discutir cuáles son los grandes lineamientos, las grandes directrices dentro de cada uno de los recursos o aspectos de protección escogidos dentro de la comisión específica.

(14) "Los procesos ecológicos esenciales son aquellos que son gobernados, apoyados o intensamente arbitrados por los ecosistemas y que son indispensables para la producción de alimentos, la salud y otros aspectos de la supervivencia humana y del desarrollo sostenido". (ESTRATEGIA MUNDIAL PARA LA CONSERVACION DE LOS RECURSOS NATURALES, p. 4).

- b) Como segundo objetivo primordial que deberá tenerse en mente está el de la preservación de la diversidad genética.⁽¹⁵⁾
- c) Como tercer objetivo está el respetar la utilización sostenida de las especies y de los ecosistemas, lo cual necesariamente nos lleva a la idea del aprovechamiento sostenido.⁽¹⁶⁾

Posteriormente a que tengamos formulada una política ambiental derivada del análisis de todos estos recursos naturales y los problemas que presenta, corresponde tratar de ver cuál sería el papel de la legislación, del derecho.

Un nuevo criterio sobre el derecho como apoyo para la política.—

Es nuestra opinión que en materia de recursos naturales y de lucha contra la contaminación, la política debe existir primero que la legislación, y, en nuestro país esto ha sido a la inversa.

En algunas ocasiones hemos afirmado que la Naturaleza tiene razones (propias leyes) que el hombre (política y legislación) a veces desconocen. De ahí que cuando tengamos esa política elaborada científica-

(15) "La preservación de la diversidad genética es ante todo un seguro y una inversión necesarios para mantener y mejorar la producción agrícola, forestal y pesquera, para mantener en pie las opciones futuras, para protegerse contra los cambios ambientales perniciosos, y para disponer de materia prima para numerosas innovaciones científicas e industriales, pero dicha preservación es igualmente un principio moral". (LA ESTRATEGIA MUNDIAL PARA LA CONSERVACION DE LOS RECURSOS NATURALES, p. 6).

(16) "La necesidad de asegurar la utilización sostenida de una especie o de un ecosistema varía según el grado de dependencia de una sociedad en relación con el recurso en cuestión. Para una sociedad de subsistencia, es esencial la utilización sostenida de la mayor parte de sus recursos, e incluso de todos. Así también ocurre en una sociedad (en desarrollo o desarrollada) con una economía de "monocultivo" o "poco diversificada", y que depende en gran medida de un recurso vivo determinado (por ejemplo las comunidades pesqueras en Canadá Oriental). Mientras mayor sea la diversidad y la flexibilidad de la economía, menor será la necesidad de utilizar ciertos recursos de manera sostenida —pero asimismo, menor será el pretexto de no hacerlo. La utilización sostenida será igualmente menester para el planeamiento y la gestión racional de las industrias que dependen de los recursos en cuestión (por ejemplo, la madera, la pesca). La utilización sostenida puede compararse con el gasto de los intereses mientras se conserva el capital. Una sociedad que obra porque toda utilización de los recursos vivos sea sostenida, se asegura el beneficio casi eterno de los mismos. Desafortunadamente, el uso de la fauna, tanto acuática como terrestre, de las plantas silvestres, de los bosques y de los pastos, generalmente no es sostenido". (LA ESTRATEGIA MUNDIAL PARA LA CONSERVACION DE LOS RECURSOS NATURALES, p. 8).

mente y por los especialistas, entonces nosotros tendremos que buscar dentro de nuestra misma legislación cuáles son las normas que nos van a permitir aplicar esas políticas. Y si alguna se de nuestra legislación actual puede servir, se utilizará, pero si del todo no llena el requisito habrá que buscar nueva legislación y vendrá entonces la necesidad, ahora sí, de tener un ordenamiento jurídico específico, pero partiendo de la política que se haya formado primero. La norma jurídica deberá variar su concepción clásica de regla-sanción. Necesitamos de un derecho de previsión. Los daños a la Naturaleza o a los recursos naturales ocurren a veces una sola vez en la vida. Una multa o una sanción no es criterio para pagar la destrucción de algo que nunca volverá, o de la salud de un pueblo, o de una errónea escogencia de un criterio de desarrollo. A través del derecho tendremos que buscar una forma de organización u organización administrativa que sea aquella que venga precisamente a implementar, a coordinar, a relacionar la aplicación de la política y ejecución de la legislación para lograr una óptima protección de la naturaleza y del medio ambiente. Necesariamente todo esto tiene que ir implementado con una capacitación de personal y una investigación constante para renovar la política que se ha elaborado. En otras palabras, los mismos científicos que elaboran la política capacitarán a otros nuevos científicos, que partirán de esos estudios y los mejorarán para precisamente ir cambiando, adaptando la política ambiental, asimismo como la legislación. Y es donde, entonces, la investigación se hace necesaria como un supuesto constante de mejoría de la política.

Por último, el derecho será punto de apoyo para la ejecución de esta política ambiental, logrando una educación ambiental, tendiente a la participación que venga desde los primeros grados escolares, para que el ser humano comprenda que el medio ambiente y los recursos naturales deben empezar a protegerse precisamente desde que se es niño, hasta se puede tener muchas veces en sus manos el destino del país, y, en los cuales es necesario que él participe junto con todas las instituciones administrativas y privadas que son las que se sirven de esos mismos recursos naturales.

La adopción de una política ambiental prevista como esta que se plantea, puede necesariamente plantear problemas. Por el hecho mismo de esa política, la acción que se va a emprender a través de la misma, requiere precisamente de una previsión anterior a que lo exija el mismo deterioro del medio ambiente. Por lo tanto, los costos del planeamiento de la investigación y de la acción preventiva a veces producen retardos y modificaciones de otros proyectos de desarrollo. Sin embargo, lo que debe quedar muy claro es que las ventajas rebasan considerablemente estos inconvenientes que se están señalando. Entonces, las políticas preventivas van a permitir evitar los costos elevados y repetitivos de los errores ambientales. Estos errores pueden, muchas veces, hacer fracasar el desarrollo mismo y ocasionar el despilfarro de recursos y limita la propia capacidad de desarrollo.

Cualquiera que haya participado en proyectos de planificación en un país, sabe que necesariamente las políticas de previsión suponen siempre una intervención destinada a, llamémosla, anterior o en las frases más precoces de toda decisión y que pudiera afectar, por ejemplo, el ambiente en nuestro caso, y no a una intervención en el momento en que se presenta el problema.

Los planes elaborados por las comisiones interdisciplinarias de científicos, necesariamente deberán ser a corto, mediano y largo plazo y formarán parte del concepto de planificación al cual se deben integrar las políticas sobre el medio ambiente que se han elaborado, pero lo más importante es que esa planificación sobre los recursos naturales necesariamente tiene que integrarse dentro de la planificación total del país, pero con miras a conservar el factor de protección de los recursos naturales o el factor del medio ambiente. Tendrá que ser un fin en sí mismo para el proceso de planificación y no sólo como un medio o como un factor más, que tenemos que tomar en cuenta.

Un país que necesita de sus recursos naturales, un país que vive de los recursos naturales esencialmente, es un país que está obligado, aprendiendo de lo que ha sucedido en muchos de los países desarrollados, a que es preciso que todo el proceso de planificación y de desarrollo en sí del país, tome en cuenta este hecho del medio ambiente, es decir, de la protección de los recursos naturales como un fin en sí mismo y no como una simple protección más de todo el proceso de la planificación.

CONCLUSION.—

El medio ambiente que hoy tratamos de regular debe ser encuadrado dentro de los mismos viejos esquemas de regulación de cualquier bien jurídico. Estamos ante un bien jurídico que necesita regularse, pero el cual posee en la mayoría de los casos leyes propias muy especiales que el hombre debe respetar.

Es necesario tomar conciencia de que debe imperar la política preventiva, la planificación, en fin, estamos obligados a la previsión más que a la sanción. Nuestro país no ha tenido ni tiene una política ambiental. Para un bien jurídico tan especial en que se juega el desarrollo del país y la sobrevivencia de la especie humana tenemos que empezar a buscar soluciones serias y a corto plazo.

ALGUNAS REFLEXIONES DOCTRINARIAS EN TORNO AL PROBLEMA DE LA IRRETROACTIVIDAD DE LAS LEYES

Carlos A. Manavella C.

Profesor en el Collegium Academicum
(U.A.C.A.), Director de la Carrera
de Derecho. Costa Rica. Abogado.



SUMARIO; I. Introducción; II. Metodología; III. La retroactividad como ficción. Presente y pasado jurídico; IV. Conflictos de las leyes en el tiempo. Planteamiento del problema; V. El problema en la doctrina: 1. Teoría de los derechos adquiridos; a) La formulación clásica. Blondeau, Merlin. b) Tesis de Baudry-Lacantinerie y Houques Fourcade sobre derechos adquiridos. c) El criterio de derechos adquiridos en Aubry et Rau. d) La doctrina italiana sobre derechos adquiridos. Gabba. e) El aporte de Savigny a la teoría de los derechos adquiridos. f) Crítica a la teoría de los derechos adquiridos. 2. Teoría de los hechos cumplidos. a) La doctrina italiana sobre hechos cumplidos. Ferrara. Coviello. b) Crítica a la teoría de los hechos cumplidos. 3. Teoría de las situaciones jurídicas. a) La tesis de Roubier y Planiol. b) La crítica de García Maynez a la tesis de Roubier. c) La tesis de Bonnecase; VI. Las excepciones al principio; VII. Algunas reflexiones en torno al problema doctrinario.

I. INTRODUCCION.—

"Los "buenos tiempos pasados" — todos los tiempos cuando se han ido parecen buenos— se han ido".
Lord Byron (La Edad de Bronce. 1823)

"Nos movemos rápidamente hacia la era del producto temporal, hecho por métodos temporales para servir a necesidades temporales".

Alfin Toffler (El shock del futuro. 1965)

"La gente muestra una tendencia permanente a proteger lo que tiene, a justificar lo que desea tener, y su tendencia es a ver bien las ideas que sirven a tal propósito. Las ideas pueden ser superiores a los intereses creados, pero también son a menudo hijas de los mismos".
John Kenneth Galbraith. (La época de la inestabilidad. 1977)

"Según Merlín, no existe problema más complejo en la ciencia del derecho que el de la no retroactividad de las leyes. Todos los juristas del siglo XIX, en particular los civilistas, han repetido como *leitmotiv*, la fórmula de Merlín. A pesar de todo, el principio de no retroactividad de las leyes no deja de imponerse con la fuerza de una *verdad axiomática*, aportando a la omnipotencia de la ley un límite derivado de la naturaleza misma de las cosas".⁽¹⁾

"La no aplicación retroactiva de la ley es un principio jurídico que se liga a dos órdenes diversos de ideas, aunque relacionadas éstas entre sí. Por una parte, tratar de impedir que el individuo que bajo leyes favorables a su clase incorporó grandes cantidades de bienes a su patrimonio, sea posteriormente despojado de ello mediante una nueva ley, aún cuando sea manifiesto que el bien colectivo demanda una redistribución de la riqueza. Por la otra, procurar la *preservación de la legislación tradicional*, restando eficacia jurídica a los nuevos preceptos que vengán a modificarla. Su trasfondo no puede ser, por ello, más *liberal-individualista*".⁽²⁾

(1) MONNECASE, Julien, *Introduction générale à l'étude du droit*, París, 1926, 5ª ed. pág. 201.

(2) NOVOA MONREAL, Eduardo, *El derecho como obstáculo al cambio social*, Ed. Siglo XXI, 2ª ed. México. 1977, pág. 152.



La simple lectura de las dos citas anteriores invitan al jurista moderno, preocupado por el desarrollo real de los institutos jurídicos a una serie de reflexiones, sobre el tema en cuestión.

¿Se trata de una *verdad axiomática* que aporta a la omnipotencia de la ley un *límite derivado de la naturaleza misma de las cosas*? O, ¿se trata de un principio *liberal-individualista* que trata de proteger bienes incorporados al patrimonio de una persona y, por ello, de un instrumento por el cual se procura la *preservación de la legislación tradicional*, restando eficacia a las nuevas normas?

¿Estamos en presencia de un principio "natural", implícito en la "naturaleza misma" de la ciencia jurídica, como verdad axiomática, que no puede evitarse de ser formulada en los ordenamientos positivos; que se presenta como necesario requerimiento de un orden de justicia?

¿O estamos ante un principio histórico, producto de determinadas concepciones, desarrolladas al calor de reconocidas circunstancias de tiempo y espacio, y, por lo tanto, producto de determinados intereses socio-políticos y económicos —por ende ideológicos— debido a los cuales podemos prescindir en función de una renovación de los esquemas conceptuales y de los proyectos de organización societaria?

En fin; ¿nos hallamos frente a una conquista jurídica que debe mantenerse como un sostén indispensable en la defensa de la dignidad humana, o frente a una institución cuya función conservatista constituye un obstáculo insalvable para el desarrollo de un nuevo orden social y que, por lo tanto, debe eludirse como condición necesaria al respeto de la misma dignidad humana amenazada?

Carbonnier señalaba con agudeza que tras el problema subyacen cuestiones de orden político y social.

"Cada época pretende ser dueña de su destino. Los legisladores que se consideran llamados a cumplir una misión renovadora están naturalmente inclinados a liberarse de las restricciones resultantes de leyes pasadas que dieron garantías a ciertos derechos. En el fondo es la permanente tensión entre las tendencias que buscan la seguridad, el orden y la permanencia, y aquellas otras que vislumbran el progreso tras la innovación y el cambio. Son, en definitiva, problemas de historia y evolución".⁽³⁾

Trataremos de demostrar que estas dos *posiciones*, como decían los juristas romanos, se encuentran en permanente lucha tanto en el plano doctrinario como en el plano legislativo, siendo, en última instancia, tal como lo demuestra el análisis de la legislación comparada, un problema de política jurídica y, en consecuencia, un problema de política general que, en muchos casos, excede el marco puramente jurídico para constituirse en una seria elección de futuros modelos de organización social.

(3) CARBONNIER, Jean, *Droit Civil*, Paris, 1955-1959. Tomo I, pág. 92.

Trataremos también de demostrar que dichas posturas antagónicas, en algunas oportunidades, ceden en sus pretensiones originarias para dar lugar a soluciones mixtas que tratan de conciliar la aparentemente irreductible confrontación entre intereses individuales y sociales, quizás como un reflejo directo de una sociedad en transición donde las soluciones tradicionales tenidas como válidas ceden rápidamente ante el firme avance de una nueva toma de conciencia sobre las necesidades de la transformación social.

Y, por último, trataremos de demostrar que tras la discusión acerca del contenido, naturaleza, alcance y validez del principio de no retroactividad de las leyes se oculta, aunque no demasiado, un enfrentamiento de intereses que dan lugar a ideologías jurídicas distintas que, a su vez, permiten identificar a sus protagonistas.

Todo ello con el objeto de hacer nuestras las palabras de Tigar y Levy:

"...entendemos que la misión propia de la jurisprudencia consiste en explicar el mecanismo de cambio fundamental de las reglas legales que, respaldadas por el poder del Estado, gobiernan nuestras vidas".⁽⁴⁾

II. METODOLOGIA.

En realidad si se pretendiera desarrollar integralmente las respuestas a las interrogantes de la parte introductoria, habría que entrar en el análisis de cuatro cuestiones o aspectos de la problemática.

- a) una dedicada al estudio de las principales tesis doctrinarias, con la finalidad de demostrar la confrontación de ideas en el plano del discurso teórico;
- b) una segunda referida al análisis de la legislación comparada y el derecho nacional con el objeto de señalar las influencias de los diferentes sistemas de pensamiento en el plano legal;
- c) una tercera, consagrada al estudio jurisprudencial con el propósito de tratar de descubrir la orientación tomada por los intérpretes; y,
- d) una cuarta parte donde, a modo de conclusión, se haga un aporte crítico respecto al problema de los conflictos de leyes en el tiempo y su incidencia frente al cambio social.

En este trabajo —resulta importante aclararlo— sólo abarcaremos el primero de ellos, dejando para labores posteriores los otros puntos. De tal modo que sólo trataremos aquí la problemática en el plano doctrinario.

(4) TIGAR, Michael E., LEVY, Madelaine R., *El derecho y el ascenso del capitalismo*, Ed. Siglo XXI, 1ª ed. México. 1978. pág. 11.

III. LA RETROACTIVIDAD COMO FICCION. PASADO Y FUTURO JURIDICO.—

Resulta evidente que ni desde el punto de vista físico, ni metafísico, existe poder alguno capaz de obrar sobre el pasado de las cosas, o de los acontecimientos, siendo por lo tanto imposible la *retroactividad*⁽⁵⁾ en sentido estricto. Así ya lo enseñaba Aristóteles cuando decía: "Dios está privado solamente de una cosa y es hacer que lo hecho no lo haya sido".

Pero puede suceder que un acontecimiento nuevo, que sobreviene a un hecho pasado, modifique el curso de los efectos de los hechos preteritos; por eso es que puede hablarse, en forma ficticia, de retroactividad, en la medida que el nuevo suceso intercede en las consecuencias emergentes de las *causas* del pasado.

De allí, que sólo puede hablarse de retroactividad teniendo siempre en cuenta que nos referimos a una creación meramente conceptual, a la que se arriba mediante una construcción absolutamente ideal y ficticia.

La ley, para referirnos sólo al modo principal de producción normativa, al igual que todas las *causas*, está destinada a desarrollar su ámbito de acción en el porvenir y jamás en el pasado que, como hecho consumado, no puede alterarse.

Además, resulta obvio, que, por el contrario, nadie puede regirse por un mandato que todavía no existe; de allí que resulta una verdadera acrobacia jurídica definir a la retroactividad como:

"la traslación de la vigencia de una norma jurídica creada en un determinado momento histórico, a un momento anterior al de su creación".⁽⁶⁾

Por eso aquí también, como en las demás *causas*, la retroactividad legal es aparente e ilusoria, pues exige, como diría Bonnecase, concebir la idea de un *pasado virtual*, diferente del pasado real.

"Quien dice pasado, en la acepción material del término, alude a todos los acontecimientos anteriores a uno fijado como base y constitutivo de la noción de presente, y quien dice futuro, en igual sentido, se refiere a todos los susceptibles de producirse a partir del hecho tomado como punto de partida; pero la cuestión no es tan sencilla cuando se trata de precisar el pasado y el futuro desde el punto de vista jurídico. En cuanto se relaciona con el or-

(5) Retroactividad, hace alusión a la calidad de retroactivo. Retroactivo del latín: *retro - actum*, supino de *retroagere*: hacer retroceder - dicese de lo que obra, actúa o tiene fuerza sobre el pasado.

(6) SMITH, Juan Carlos. *Retroactividad e irretroactividad de las normas jurídicas*. Enciclopedia Jurídica Omeba, Buenos Aires. 1977. Tomo XXIV. pág. 1.000.

den sucesivo de los hechos, la realidad legal no corresponde exactamente con la material; pues toda situación jurídica lleva en sí *virtualmente*, desde su nacimiento, una porción del porvenir sometida racionalmente a la ley del pasado..."⁽⁷⁾

Por esta razón, lo primero que debe hacerse al emprender un estudio sobre la retroactividad de las leyes es, como nos enseñaba Nogueira,⁽⁸⁾ definir en qué consiste ese pasado jurídico virtual del que hablaba Bonnecase, que no es otra cosa que parte del futuro en cuanto sometido a los mandatos anteriores del legislador.

La ley sólo ordena para el porvenir, pero en ese futuro es necesario distinguir dos clases de hechos: unos, relativamente nuevos, en cuanto no tienen ataduras de causalidad con el pasado y, otros, que el obedecer a una norma pre-existente, coexisten con la vigencia de la nueva; estos últimos son los que verdaderamente plantean los problemas teóricos y técnicos al jurista y al legislador.

IV. CONFLICTO DE LEYES EN EL TIEMPO. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.

Hemos dicho que las normas están destinadas a regir para el futuro, lo que supone, obviamente, una vigencia determinada o indeterminada, como diría Kelsen;⁽⁹⁾ pero puede suceder que estando en vigor dicho precepto y, por ende, desarrollándose las consecuencias jurídicas que supone la ocurrencia de la hipótesis normativa correspondiente, surja una nueva disposición que venga a afectar a la primera, lo que plantea un grave interrogante.

¿Qué sucede entonces con las consecuencias jurídicas que correspondían a la antigua hipótesis al encontrarse con que la segunda norma dispone efectos jurídicos distintos para un mismo supuesto de hecho? ¿Los hechos jurídicos realizados bajo el imperio de la vieja ley, caen o no bajo el imperio de la nueva y en qué medida?

Evidentemente que estamos en presencia de un conflicto de leyes en función del tiempo.

"Se denomina conflicto de leyes en el tiempo, a los conflictos nacidos de la aptitud de las leyes sucesivas para regir una situación jurídica determinada".⁽¹⁰⁾

(7) BONNECASE, Julien. *Supplément au Traité de Baudry - Lacantinerie*. Paris 1924-1935. Tomo II. pág. 13 y sig.

(8) NOGUERA, Rodrigo. *Retroactividad de las leyes*. Ed. Temis. Bogotá 1979. pág. 3.

(9) KELSEN, Hans. *El contrato y el tratado*. México 1943. pág. 53.

(10) RIPERT, Georges, BOULANGER, Jean. *Tratado de Derecho Civil*. Según el Tratado de Planiol. Ed. La Ley. Buenos Aires 1979. Tomo I. pág. 216.

No obstante, a este problema se le conoce tradicionalmente como el problema de la no-retroactividad de las leyes; expresión engañosa, ya que no señala el problema sino una determinada solución técnica al mismo y que además presenta la deficiencia de desvincular los conflictos de leyes en el tiempo de los conflictos de leyes en el espacio.

Como lo han señalado algunos autores,⁽¹¹⁾ los conflictos de leyes en el espacio suponen la concurrencia de leyes que coexisten pero que emanan de soberanías diferentes; mientras que los conflictos de leyes en el tiempo suponen la sucesión de normas dentro de un mismo estado soberano.

V. PRIMERA PARTE: EL PROBLEMA EN LA DOCTRINA.—

Hoy sabemos que la retroactividad o irretroactividad de la ley es un modo técnico de resolver los conflictos de leyes en el tiempo y, por lo tanto, su zona de tratamiento está dentro de los problemas generales de las reglas de aplicación —parte de la técnica jurídica— o de la técnica de formulación legislativa —parte de la técnica de producción normativa— según como se la considere, lo que significa su participación como un tema más de la Teoría General del Derecho. Pero no siempre lo fue así, ya que durante mucho tiempo fue un tema desarrollado dentro de los esquemas de la filosofía jurídica.

Sin lugar a duda que el origen de los razonamientos sobre el tema se originan, aunque deficientemente, en el Derecho Romano.⁽¹²⁾

En efecto, si se analizan la Ley de las XII Tablas y las leyes comiciales de la época republicana no encontraremos nada de singular interés. Sólo hacia el fin de la República, conocemos un discurso de Cicerón contra Verres, donde condena enérgicamente la aplicación de leyes retroactivas.⁽¹³⁾ Ya en épocas del Bajo Imperio sabemos de una Constitución dictada por Teodocio II y Valentiniano III, del año 400 dC., donde se contiene la afirmación de que dicha ley no tiene efectos sobre el pasado. A su vez, en el Corpus Iuris Civilis encontramos una serie de disposiciones, en la que se prohíbe la aplicación de una ley nueva a hechos ya

(11) BARTIN. *Principes de droit international privé*. Tomo I. pág. 15; BATTIFOL. *Conflicts des lois dans le temps. Etudes Ripert*. Tomo I. pág. 292; GAYALDA. *Les conflicts dans le temps en droit international privé*. París 1955. Cit. Ripert-Boulanger, op. cit. pág. 217.

(12) Se discute, sobre todo entre los historiadores, qué concepto apareció primero, si el de retroactividad o el de irretroactividad, siendo, en forma generalizada, aceptado de que en la mayoría de los textos antiguos que se conocen, prevalece la aplicación retroactiva de las normas.

(13) "Leges et constitutiones futuris certum est dare formam negotiis, non ad facta praeterita revocari" (Cicerón. De Legibus. 7).

producidos.⁽¹⁴⁾ De cualquier manera, estos datos no autorizan a sostener que los romanos conocían estas soluciones como una regla de aplicación generalizada.

Es sin duda en la Edad Media donde se desenvuelven en el ámbito del derecho consuetudinario, pero sobre todo en el Derecho Canónico, las ideas de que la irretroactividad de la ley es un precepto de derecho divino y que la retroactividad es de derecho humano; ideas que pasan a los pensadores iusnaturalistas que entendían que la irretroactividad es un principio de derecho natural mientras que la retroactividad es un producto humano.⁽¹⁵⁾

Para esta concepción medioeval el dogma de la irretroactividad es considerado como uno de los llamados principios generales del derecho, un *prins* que todo ordenamiento jurídico, que se precie de serlo, debe respetar.

Resulta necesario comprender que cuando comienza el proceso legislativo europeo estas ideas, aunque mitigadas por el racionalismo humanista, no eran del todo ajenas a los responsables de las primeras codificaciones.

Así Portalis sostenía que la retroactividad es *contraria a la razón* y un *elemental principio de seguridad*.

"La ley natural no está señalada ni por el lugar ni por el tiempo, porque está vigente en todos los países y en todos los siglos; pero las leyes positivas, que son obra de los hombres, no existen sino cuando se las promulga y no pueden tener efecto sino cuando existen... la promulgación de leyes retroactivas significa, a la vez, una injusticia y un desorden en cuanto afecta los derechos establecidos por leyes anteriores".⁽¹⁶⁾

También otro autor de la época, Benjamín Constant, señalaba que la ley retroactiva significaba el mayor atentado que puede cometer el legislador contra la sociedad, toda vez que representa la negación del pacto social y la nulidad de las condiciones fijadas a los individuos para que estos presten obediencia a las leyes.⁽¹⁷⁾

(14) C. 1.14.7.

(15) Para el estudio en detalle del principio de retroactividad en la Edad Media, recomendamos la obra de Paul Roubier cit. en (19), es como para el análisis de otros antecedentes históricos de la cuestión.

(16) PORTALIS. Exposición de motivos al primer título del Código Civil de Francia. Cit. por Fenet. Recueil complet des travaux préparatoires. París 1828. Tomo VI. pág. 338.

(17) CONSTANT, Benjamín. Cit. por Smith. op. cit. pág. 1.000.

Así, en este ambiente intelectual, la solución legislativa tradicional no podía ser otra que la de consagrar en forma lapidaria el principio de que la ley no debe aplicarse retroactivamente.

"La ley sólo dispone para el futuro y no tendrá jamás efectos retroactivos".⁽¹⁸⁾

Partiendo de la idea expuesta acerca de la imposibilidad fáctica de la ley de disponer para el pasado, la solución tradicional consiste, en realidad, en prohibir la acción de la nueva ley sobre los efectos en desarrollo producidos por el antiguo orden normativo.

Pero si este principio absoluto hubiera permanecido inalterado, no existiría problema doctrinario ni legislativo alguno, pero resulta que, a poco de afirmado, la doctrina europea comenzó a cuestionarse sobre la conveniencia de mantener su carácter absoluto o considerarlo simplemente como un principio que admite excepciones, ya que se advertía que ciertas urgencias sociales exigen a veces conceder que las nuevas leyes puedan ser más adecuadas que las viejas y que, por lo tanto, es menester darles prioridad incluso en relación con acontecimientos pasados.

Así el tratamiento doctrinario del siglo XIX parece abandonar la explicación filosófica nacida en la Edad Media para dar paso a una consideración eminentemente práctica sobre la conveniencia o no de su aceptación.

Por eso cuando ciertas razones de política jurídica prevalecen, la retroactividad aparece como un arma o recurso técnico que permite, fundada en razones de interés general, variar el curso de los efectos producidos por la ley anterior.

Comenzamos así a observar la lucha entre dos tendencias: una, tendiente a reforzar el principio de que la ley no debe ser retroactiva y, otra, que a través de la vía de la excepción, se esfuerza por abrir brecha que puede, eventualmente, terminar con el principio mismo, tal como lo habíamos señalado en su oportunidad.

Poco después de consagrado el principio, tanto la doctrina como la legislación, tratando de precisar su contenido y alcance, comenzaron a considerar una serie de excepciones que limaron las aristas del dogma deimonónico.

En consecuencia con lo expuesto, la presencia del principio y de sus excepciones, plantea, como nos enseña García Maynez, dos cuestiones capitales en materia de conflicto de leyes en el tiempo, a saber: primera: ¿qué debe entenderse cuando se dice que la ley no debe aplicarse retroactivamente? (principio); segunda: ¿en qué casos una ley debe aplicarse retroactivamente? (excepciones).

(18) Art. 2. C. C. francés.

Y tal como nos observa el maestro mexicano estas cuestiones, muy frecuentemente, son mezcladas; de allí que

"las dificultades que se presentan en esta materia obedecen en gran número de casos a la confusión de tales problemas"⁽¹⁹⁾

Por eso tratando de no incurrir en los mismos errores analizamos en esta primera parte las distintas soluciones que, en el plano teórico, se han dado en estos dos últimos siglos, buscando determinar el verdadero sentido del principio; pero como vemos, ya en la elaboración doctrinaria del mismo, aparecen las posibilidades de la aplicación retroactiva.

De tal manera que, sin confundirlos, debemos examinar la íntima relación que el principio y sus excepciones guardan en el plano teórico.

Así veremos, que recorriendo el horizonte doctrinario, encontraremos distintas teorías que buscan preguntarse qué es lo que debe entenderse por aplicación retroactiva de una ley, cuándo sucede, cuándo no y cuándo una ley puede aplicarse retroactivamente.

1. Teoría de los derechos adquiridos.—

Para la doctrina tradicional una ley es retroactiva cuando afecta los derechos adquiridos regularmente bajo la vigencia de una ley anterior.

Esta tesis, aceptada en términos generales por todos los partidarios de la Escuela de la Exégesis —Chabot, Meyer, Mailher de Chassat— encuentra su primera formulación con *Blondeau* y es desarrollada en forma brillante por quien será definitivamente su principal expositor: *Merlin*, quien la impondrá intelectualmente en la jurisprudencia francesa originaria.

a) La formulación clásica. *Blondeau-Merlin*.—

Resulta muy probable que la expresión —derechos adquiridos— provenga de los glosadores medievales que hacían una distinción entre *derecho firmemente adquirido (jus quoesitum firmum)* y el *derecho simplemente eventual (jus existens in spe)*. Pero, como sostiene Roubier,⁽²⁰⁾ no parece que la teoría se halla continuado elaborando sobre las mismas bases propuestas en el medioevo, ya que es recién después de la promulgación del *Code* cuando se desplegó el esfuerzo doctrinario; aunque no se puede negar la sentida influencia del *mos italicus* sobre los conflictos de leyes en el tiempo y en el espacio que sirvió de base a la doctrina del siglo XIX.

Blondeau⁽²¹⁾ clasificaba los derechos civiles dividiéndolos en *derechos efectivos* y *derechos de adquirir*, subdistinguiendo dentro de esta úl-

(19) GARCIA MAYNEZ, Eduardo. *Introducción al estudio del Derecho*. E. Porrúa. México 1953. pág. 389.

(20) ROUBIER, Paul. *Les conflicts de lois dans le temps en droit international privé*. Revista de Droit International Privé. París 1931. T. I, pág. 95.

(21) BLONDEAU. *Essays sur quelques points de législation ou de jurisprudence*. París 1826. págs. 67 y sigts.

tima categoría las *meras expectativas* de las *facultades propiamente dichas*, marcando tres etapas claramente diferenciadas en el desarrollo progresivo de los derechos subjetivos.

Estas distinciones suponen diferencias de grado, en cuanto los derechos de adquirir —meras expectativas o facultades— se observan carentes de algún requisito externo que les permitiría lograr la perfección, plenitud e integralidad de los derechos adquiridos y, correlativamente, la protección ante el avance de los dispositivos de una nueva ley.

Seguendo esta línea de pensamiento Merlin⁽²²⁾ afirma que una ley es retroactiva cuando destruye o restringe un derecho adquirido bajo la vigencia de una ley anterior y no lo es cuando sólo afecta una *facultad legal* o una simple *esperanza o expectativa*.

La ley nueva, según su opinión, no puede alterar un derecho adquirido aunque puede dejar sin efecto la esperanza concedida por una ley anterior.

De tal manera que la comprensión de esta teoría radica en la captación del significado exacto de los conceptos de *derecho adquirido*, *facultad legal* y *esperanza o expectativa de derecho*.

El propio Merlin se encargó de definir al derecho adquirido como "aquel que ha entrado en nuestro dominio" (*patrimonio*) concepto que se opone al de expectativa a la cual define como "la esperanza de gozar el derecho cuando aparezca".

"Derechos adquiridos, son los que han entrado en nuestro patrimonio, que hacen parte de él y que no pueden sernos arrebatados por aquel de quien los tenemos".⁽²³⁾

De allí que, siguiendo este criterio,

"el hombre que goza de un derecho subjetivo reconocido por la ley, no puede ser privado de él por una ley nueva; si no, la confianza en la protección social se desvanecería, el orden público se vería amenazado. El legislador debe, pues respetar los derechos adquiridos de los particulares, y en caso de duda, cuando no lo diga expresamente hay que admitir que lo ha querido".⁽²⁴⁾

Como ejemplos de derechos adquiridos Merlin hace referencia al caso de los derechos derivados de la celebración de un contrato, lo que aprovecha para explicar el concepto de *facultades legales*, sosteniendo que a veces la ley no crea derechos en favor de alguien sino que sencillamente concede determinadas facultades, que sólo se convierten en derechos adquiridos al ser ejercitadas.

(22) MERLIN. *Repertoire universel et raisonné de jurisprudence*. 5ª ed. 1827-1828. Voz: Effet retroactif. III. 1. 3.

(23) MERLIN. op. cit.

(24) CAPITANT, Henry. *Introduction à L'étude du droit civil. Notions générales*. 3ª Ed. París 1912. pág. 54.

"Con las facultades otorgadas por la ley sucede lo mismo que con las concedidas por los individuos. Mientras no asuman la forma de derechos contractuales, son siempre y esencialmente revocables".⁽²⁵⁾

Es decir, en otras palabras, que las facultades legales son aquellas que otorgadas por la norma de derecho objetivo, la ley, no han sido ejercidas y que por lo tanto pueden ser afectadas por la nueva disposición.

Inmediatamente Merlin explica qué entiende por expectativa:

"Lo que decimos de la simple facultad no actualizada, ¿es aplicable a la expectativa, es decir, a la esperanza que se tiene, atendiendo a un hecho del pasado o a un estado actual de cosas, de gozar de un derecho cuando este nazca? En otros términos, ¿constituye tal esperanza un derecho adquirido? Esto depende, sea de la naturaleza del hecho, sea del estado de cosa de que aquélla deriva. La esperanza puede derivar de la voluntad más o menos contingente del hombre, o de una ley que en todo tiempo puede ser derogada por su autor. O bien, derivada de un testamento cuyo autor ha fallecido o, por último, de un contrato".⁽²⁶⁾

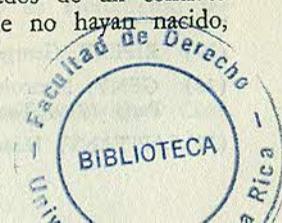
El autor ilustra sus conceptos ejemplificando en torno a lo que sucede con los testamentos y los contratos.

En el primer caso, mientras la persona que ha hecho su testamento de acuerdo con una ley permanece con vida, sus beneficiarios, herederos o legatarios, sólo tienen una simple expectativa fundada en un acto revocable y, por lo tanto, una nueva ley puede desvanecer las esperanzas basadas en la anterior. Pero si el testador ya ha muerto, y la institución o legado son puros y simples, es evidente de que estamos frente a un derecho adquirido, que no puede ser alcanzado por la nueva ley. Aún en el caso de que el testador haya sido instituido condicionalmente, con la muerte de él, el instituido ya tiene a su favor el derecho adquirido de testar, aunque, en última instancia, dependa el cumplimiento de la condición y por lo tanto, tampoco en esta oportunidad, la ley posterior podría neutralizar la voluntad testamentaria.

Respecto de los contratos, mientras estos no se celebren, los futuros contratantes sólo gozan de simples expectativas alentadas por la ley vigente; pero a partir de su celebración esas expectativas, en virtud del acto que las convierte de provisionales en firmes, se transforman en derechos ciertos y determinados, en derechos adquiridos, en cuyo caso ya no podrán ser afectados por un precepto novedoso. Dicha solución también debe mantenerse en el caso de derechos derivados de un contrato bajo condición suspensiva que, aunque eventualmente no hayan nacido,

(25) MERLIN. op. cit.

(26) MERLIN. op. cit.



no dependen de la revocación del acto jurídico sino de la realización del acontecimiento futuro e incierto y que, por lo tanto, tampoco pueden ser alcanzados por el nuevo mandato.

La tesis, original de Blondeau, desarrollada por Merlin, constituyó una primera pauta o un primer criterio para encarar el problema de la retroactividad, al menos desde el punto de vista doctrinario. De esta manera numerosos autores sostuvieron esta tesis, que aparentemente había resuelto la cuestión, pero que mostró que sólo brindaba una solución formal, sobre todo cuando se debía definir cuáles eran los caracteres esenciales y determinados de la noción de *derechos adquiridos*.

Es que, en sí mismo, el concepto de derecho adquirido es claro, pero el sentido que le dan los distintos autores lo hacen impreciso.

“Las sentencias repiten a porfía que la ley nueva no puede afectar los derechos adquiridos; pero cuando se intenta extraer del conjunto de sentencias un concepto general de derecho adquirido, se comprueba que es el derecho que no puede ser alterado por la ley nueva, a menos que sea simplemente el derecho de invocar la ley antigua”.⁽²⁷⁾

Entramos así en un círculo vicioso: una ley no puede ser aplicada retroactivamente cuando afecta los derechos adquiridos; los derechos adquiridos son aquellos que no pueden ser alterados por la nueva ley. Como decía Geny⁽²⁸⁾ la solución se alcanza más por un sentimiento intuitivo que por vía de razonamiento riguroso.

Por ello, en última instancia, como observaza Capitant⁽²⁹⁾ la teoría tradicional de los derechos adquiridos más que resolver el problema de cuando una ley es o no retroactiva, desplaza el problema a determinar en cada caso concreto cuando se está en presencia de un derecho adquirido o de una simple facultad o expectativa.

b) Tesis de Baudry - Lacantinerie y Houques Fourcade sobre derechos adquiridos.

El criterio de los derechos adquiridos fue desarrollado posteriormente, con ciertas particularidades, por Baudry-Lacantinerie y Houques Fourcade, mediante la distinción entre *facultades legales* y *facultades ejercitadas*, entre *facultad legal* y *ejercicio*, ideas que parecen estar implícitas en los conceptos de Blondeau y Merlin.

La facultad legal concedida por el derecho objetivo pero no ejercitada (facultad legal) es sólo una simple expectativa que se convierte en derecho adquirido en virtud de su ejercicio (facultad ejercitada).

(27) RIPERT, Georges; BOULANGER, Jean. op. cit. Tomo I. pág. 221.

(28) GENY, Francois. *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*. París 1919. Tomo II. pág. 163.

(29) CAPITANT, Henry. op. cit. pág. 57.

“Bajo el nombre de derechos la ley nos reconoce aptitudes, nos abre facultades, las cuales nos deja generalmente libres de usar o no. Mientras nosotros no hayamos utilizado una de estas aptitudes, tenemos un derecho, si se quiere, solamente en el sentido de que somos aptos para adquirirlos, según ciertos modos determinados. Pero este derecho no lo adquirimos sino cuando recurrimos a esos modos, porque nuestra aptitud, en el hecho, se ha manifestado por el acto necesario para su utilización. El ejercicio de la facultad legal, que en cierto modo se ha materializado en ese acto, traducido exteriormente por él, es constitutivo del derecho adquirido. Y este nos pertenece a partir de entonces, al punto de que la nueva ley no puede despojarnos del mismo sin pecar de retroactiva. No hay dificultad alguna en comprenderlo, pues la ley se destruiría a sí misma al aniquilar la obra que ha permitido en el pasado, y ello con gran perjuicio de su autoridad personal y, en seguida, de los intereses de aquellos a quienes rige ya que entonces nada estable habría en la vida social”.⁽³⁰⁾

De tal manera que según estos autores, cuando una nueva ley destruye o restringe una facultad no ejercida durante la vigencia de la anterior no puede hablarse de retroactividad; en cambio las facultades legales ejercitadas bajo la vigencia de la primera ley no pueden ser alcanzadas por los dispositivos de la nueva, pues ya estamos en presencia de derechos adquiridos.

A tal fin se refieren, ejemplificativamente, al derecho de propiedad. Así el sujeto que ha entrado en la propiedad de una cosa tiene una serie de facultades, (*ius utendi, ius fruendi, ius abutendi*, etc.) pero dichas facultades no se transforman en derechos adquiridos sino recién en la oportunidad en que su titular las ejercita, por lo tanto si esto no sucede, una nueva ley podría afectar dichas facultades sin incurrir en aplicación retroactiva.

Esta tesis resulta, a *prima facie*, cautivante por su sencillez y claridad, pero, a poco que se la profundice y se la someta a experimentación frente a algunas hipótesis prácticas, observaremos su debilidad que la ha hecho proclive a ser rechazada de plano tanto por la doctrina como por la jurisprudencia.

Desde un aspecto puramente teórico, la doctrina expuesta, deforma la tesis clásica sobre derechos adquiridos en la medida que hace depender la existencia de ellos, de su ejercicio. Resulta inadmisibles, desde todo punto de vista, considerar que los derechos subjetivos —como atribución de efectos normativos— dependan de una cuestión de hecho, como es su ejercicio. Los derechos existen de por sí, por la mera circunstancia de estar consignados en las reglas de derecho objetivo, y su ejercitación no puede, de ninguna manera, condicionar su presencia.

(30) BAUDRY-LACANTINERIE, G. *Traité théorique et pratique de Droit Civil*. 3^o ed. París 1907. Tomo I. N^o 133.

Desde un ángulo práctico en algunas circunstancias de hecho la aplicación de estos postulados resulta altamente conflictiva, tal como sucede en materia contractual, testamentaria o de derechos creditarios, sólo por mencionar algunos.

Cuando estamos en presencia de contratos instantáneos, los derechos generados por el acto jurídico se ejercitan de inmediato; pensemos en la compra-venta al contado. Pero, aún en este caso, subsisten sin ser ejercitados de inmediato, una serie de derechos derivados de un eventual incumplimiento o de otros sucesos; siguiendo con el ejemplo de la compraventa de contado, supongamos que el comprador se encontrare frente a vicios redhibitorios y quisiera hacer valer sus facultades bajo la vigencia de la nueva ley. Si aplicamos estrictamente la tesis tratada, tendríamos que sostener, en el ejemplo citado, que el ejercicio de facultades señaladas se sujetarán, en cuanto a su ejercicio, al nuevo régimen legal.

No obstante, es en los contratos de tracto sucesivo donde la aplicación de este criterio es aún más incoherente. Pensemos en un contrato cuyos derechos se ejercitan parcialmente en forma periódica. Si una nueva norma viniera, en un momento determinado, a suprimir o modificar las facultades originarias derivadas del acuerdo de voluntades, podría suceder que las facultades todavía no ejercitadas se rijan por una nueva ley, mientras que las ya ejercitadas no sean afectadas por considerarlas adquiridas, lo que resulta, a todas luces, un absurdo lógico.

Otro tanto sucede con los contratos sujetos a condición o término suspensivo donde, de aplicar esta doctrina, ocurriría que las facultades legales derivadas de los mismos, que no han sido ejercitadas por hallarse pendiente la condición o término, pudieran llegar a ser afectadas por una nueva ley sin que por ello su aplicación sea considerada retroactiva.

Como nos dice Rojina Villegas:

“no es posible aceptar que un derecho personal constituido, entre tanto no se ejercite, no es derecho adquirido y, por consiguiente, que pueda sufrir las modificaciones que imponga la nueva ley. Ni a propósito de los contratos, ni respecto a las demás fuentes de las obligaciones, puede considerarse que el derecho de crédito, entre tanto no se ejercite, pueda ser modificado en su alcance, consecuencias y extensión por un cambio en el ordenamiento jurídico”.⁽³¹⁾

c) *El criterio de derechos adquiridos en Aubry et Rau.*

Aubry et Rau introducen nuevas modalidades a la teoría clásica de los derechos adquiridos. Para los expositores, los derechos que hacen por hechos voluntarios de los hombres, realizados bajo la vigencia de una determinada ley, no pueden ser afectados por una nueva sin adolecer del vicio de retroactividad. En cambio, en el caso de derechos derivados

(31) ROJINA VILLEGAS, Rafael. *Introducción al estudio del Derecho*. Ed. Porrúa. México 1967. pág. 382.

inmediatamente de una ley, éstos son susceptibles de ser modificados por un nuevo precepto legal.

“...La nueva ley se aplica también a las situaciones establecidas o a las relaciones jurídicas formadas con anterioridad a su promulgación... pero ese principio es inaplicable, ya que entraña violación al de irretroactividad de la ley “cuando su aplicación suponga lesión de los derechos adquiridos individualmente por los particulares, en lo que respecta a su estado o patrimonio”.⁽³²⁾

En resumen, una ley es retroactiva cuando afecta los derechos derivados de un acto voluntario celebrado bajo la vigencia de una ley anterior, pues los considera derechos ya adquiridos; pero no lo es cuando sólo afecta derechos derivados directamente de una ley, pues allí no hay derechos adquiridos.

Roubier⁽³³⁾ critica duramente esta opinión, sosteniendo la contradicción que significa admitir, por un lado, la teoría de los derechos adquiridos y aceptar, por otro, que las facultades legales pueden ser afectadas por una nueva ley, sin que esta sea retroactiva, no obstante ser derechos adquiridos conforme a los criterios esbozados en la exposición clásica.

d) *La doctrina italiana sobre derechos adquiridos. Gabba.*

“Uno de los más autorizados sostenedores de la teoría de los derechos adquiridos fue, entre nosotros, *Carlos Francisco Gabba*”.⁽³⁴⁾ Según la concepción de este escritor, la ley tendría por lo general eficacia cronológicamente ilimitada, y por lo tanto, también retroactiva. La ley encontraría solamente un límite en los derechos adquiridos, que deben considerarse como intangibles. De tal modo la base de la teoría consiste en la determinación del concepto de derecho adquirido. La noción que da Gabba es la siguiente: “los derechos adquiridos son la consecuencia de un hecho idóneo para producirlo bajo el imperio de la ley, en que el hecho fue realizado, y que si bien no se hicieron valer bajo el imperio de esa ley, sin embargo, entraron en ese tiempo a formar parte del patrimonio de la persona”.⁽³⁵⁾

Como se observa, para Gabba, los derechos adquiridos son aquellos que entraron en el patrimonio de un sujeto, conteniendo, implícitamente, una crítica a la teoría de Baudry-Lacantinerie y Houques Fourcade.

(32) AUBRY ET RAU. *Cours de Droit civil Français. D'après La méthode De Zachariae*. 6ª ed. París 1936. Librairie Marchal et Billard.

(33) ROUBIER, Paul. op. cit. pág. 303.

(34) PUGLIATTI, Salvatore. *Introducción al estudio del derecho civil*. Trad. de Vázquez Mercado. México 1943. págs. 85 y sigs.

(35) GABBA, Carlos F. *Teoría della retroattività della lege*. 3ª ed. 1981.

A esta tesis se le han formulado dos severas objeciones. La primera, que circunscribe y limita el problema a los derechos patrimoniales, cuando, en realidad, la cuestión de la retroactividad es un problema de aplicación general de la ley a todo tipo de relaciones. La segunda, consiste en desarrollar una idea errónea, ya que la razón fundamental de la irretroactividad no es proteger derechos subjetivos, sino objetivamente, relaciones jurídicas, tal como veremos más adelante.

e) *El aporte de Savigny a la teoría de los derechos adquiridos.*

Savigny⁽³⁶⁾ participando de la teoría tradicional sobre derechos adquiridos, sostiene que las reglas expuestas para resolver el problema de la retroactividad por Merlin, deben aplicarse pero estableciendo una diferencia entre lo que él denominaba *reglas relativas a la adquisición o extinción de derechos y reglas relativas a la existencia de derechos*.

Para el jurista alemán hay "reglas que conciernen al vínculo que refiere un derecho a un individuo, o la transformación de una institución de derecho abstracto en una relación de derecho concreto" (reglas relativas a la adquisición o extinción de derechos); estas reglas no deben ser retroactivas. Y nos ilustra con el siguiente ejemplo: "la ley que decide que la tradición es o no necesaria para la transmisión de la propiedad; la ley que decide que una donación inter-vivos debe realizarse bajo ciertas formalidades o sin determinadas formalidades", no podría tener efecto retroactivo.

En cambio existen otras reglas "que tienen por objeto el reconocimiento de una institución en general o su reconocimiento bajo tal o cual forma antes de que haya o surja la cuestión de su aplicación a un individuo, o sea de la creación de una relación jurídica concreta".

La teoría del entonces joven profesor de Marburgo se asienta sobre la agrupación de las leyes en dos grandes categorías. Por un lado, aquellas que se refieren a la adquisición de derechos; de otro, aquellas que atañen a la existencia o inexistencia de una institución jurídica. A las primeras se les debe aplicar el principio de la no-retroactividad, en la medida que la nueva ley no debe afectar el hecho pasado ni sus consecuencias. A las últimas, en cambio, puede dárseles efectos retroactivos, pues con la abolición de una institución jurídica al mismo tiempo que se permite la creación de nuevas relaciones jurídicas se posibilita la destrucción de las relaciones constituidas al amparo de la ley derogada, ya que —como dice Savigny— "cuando se suprimen instituciones generales, por ejemplo: la esclavitud, no se suprimen sólo para el futuro".

A nuestro juicio, la tesis del jurista de la escuela histórica, no obstante permanecer dentro de los límites de la teoría de los derechos adquiridos, significa una evolución importante de la misma, ya que al ad-

(36) SAVIGNY, Federico Carlos. *Traité de droit romain*. Trad. Guénoux. Tomo VIII. pág. 368.

mitir que el legislador no puede consentir que perduren relaciones jurídicas que un momento se estiman contrarias al orden público o al nuevo ordenamiento jurídico, da un notable paso adelante frente a la consideración tradicional del problema.

f) *Crítica a la teoría de los derechos adquiridos.*

La teoría de los derechos adquiridos que en un momento alcanzó gran difusión doctrinaria y legislativa, ha sido objeto de muchas objeciones. En primer lugar, se la ha impugnado por la dificultad de fijar el concepto de derechos adquiridos y su diferencia de las simples expectativas, como se desprende del análisis de las doctrinas aquí expuestas.

En segundo lugar, el concepto de derecho adquirido no soluciona el problema de la irretroactividad. La expresión hace referencia a los derechos subjetivos que se han incorporado a nuestro patrimonio o forman parte de nuestra personalidad, ya sea por haber ejercido la facultad o por haber realizado el hecho necesario para obtenerlo. Pero al identificar irretroactividad y derechos adquiridos los trata como conceptos equivalentes cuando no lo son.

En efecto puede, en muchas oportunidades, suceder que el efecto retroactivo de la ley afecte derechos adquiridos; pero también puede ocurrir que exista retroactividad sin lesionar ningún derecho adquirido o, viceversa, que la lesión se produzca sin que la ley tenga efecto retroactivo. Como ejemplo de retroactividad sin lesión de derechos adquiridos, podemos citar el hecho de que una nueva ley modifique los requisitos formales necesarios para la validez de un testamento, ya que el realizado bajo la antigua ley pierde eficacia antes de la muerte del testador, si se perjudican derechos adquiridos. Como ejemplo de lesión que se produzca sin que la ley tenga efecto retroactivo, tenemos el caso de una ley que rebajara el precio de los alquileres, ya que sin obrar retroactivamente, sólo para el futuro, afecta derechos adquiridos.

Por último, en lo que a nuestro juicio constituye la crítica de fondo, la función de la irretroactividad no es la de proteger derechos subjetivos, sino objetivas relaciones jurídicas o hechos ya realizados, que no siempre implican protección a toda facultad.

2. *Teoría de los hechos jurídicos cumplidos.*—

Como reacción contra las teorías clásicas que centraban la atención en la consideración de los derechos adquiridos, en el siglo pasado, aparecen una serie de doctrinas expuestas originalmente por algunos juristas alemanes y austríacos, que luego serán aceptadas por escritores italianos y franceses, según los cuales "lo que importa indagar, según ellos, no es si un derecho ha sido adquirido (ius quaesitum) sino si un hecho ha sido cumplido (factum paraeteritum)".⁽³⁷⁾

(37) CASTAN TOBEÑAS, José. *Derecho Civil Español, Común y Foral*. Ed. Reus S. A. Madrid 1978. Tomo I. pág. 593.

Esta corriente se inicia a mediados del siglo XIX, con Von Scheurl⁽³⁸⁾ quien la difundió entre otros autores de Europa continental, abandonando la idea de buscar el meollo de la cuestión en la idea de derechos adquiridos para pasar a centrar el punto de interés en los hechos jurídicos.

Estas teorías comparten la idea de que la ley nueva no puede regular los hechos ya realizados bajo la ley precedente, pero sus seguidores no están de acuerdo respecto a si la ley novedosa afecta o no las consecuencias ulteriores de esos hechos.

a) *La doctrina italiana de los hechos cumplidos. Ferrara. Coviello.*—

La formulación más rigurosa de esta tendencia la encontramos, en la doctrina italiana, en *Francesco Ferrara*. Según el autor, la regla fundamental que rige en materia de conflicto de las leyes en el tiempo es: *tempus regit actum*.

“Todo hecho jurídico sea suceso casual o acto jurídico, está regulado tanto en sus condiciones de forma como de sustancia, cuanto en todos sus efectos —pasados, presentes, futuros— por la ley vigente en el tiempo en que el hecho fue jurídicamente realizado, salvo que la nueva ley no quiera en mayor o en menor medida, excluir la eficacia del antiguo ordenamiento jurídico”.⁽³⁹⁾

La regla indicada supone dos aspectos; por un lado, los derechos que bajo el imperio de una primera ley han producido efectos jurídicos, y conserva su potencialidad para producir otros, bajo el imperio de la nueva ley: *id quo iure gestum est revocari non potest*; por otro, los hechos que bajo el régimen de una ley anterior han nacido privados de efectos jurídicos, no pueden producirlos bajo la posterior, aún en el caso de que ésta última lo permitiera: *quod initio vitiosum vel est, tractu temporis convalescere non potest*.

Según Pugliatti,⁽⁴⁰⁾ las condiciones para la aplicación de la regla expuesta por Ferrara son: primero, que exista un hecho jurídico, es decir, un acontecimiento natural o humano que, en razón de la atribución objetiva, pueda producir efectos jurídicos; segundo, el hecho debe ser consumado, explicándonos que en algunos casos la determinación de si un hecho está consumado o no resulta un problema poco simple.

Así, nos aclara el maestro italiano, debe notarse que existen distintos tipos de hechos jurídicos: los simples o complejos, según que resulten de uno o varios componentes de hecho que deben darse en forma con-

(38) VON SCHEURL. *Beiträg zur bearbeitung de Romischen Rechts Erlangen*. 1853.

(39) FERRARA, Francesco. *Trattato di Diritto Civile*. Ed. Athenaeum. Roma. Vol. I. (único).

(40) Pugliatti. op. cit.

junta para comenzar a producir las consecuencias; los principales o accesorios, según se trata de hechos autónomos y autosuficientes o que dependen de otros cuya suerte siguen; instantáneos o diuturnos, según se realicen en un sólo momento o que se prolonguen en el tiempo.

En el caso de los hechos simples e instantáneos saber en qué momento están consumados no es problema alguno. En cuanto a los hechos complejos y diuturnos, estos no se han consumado hasta la reunión del último elemento para su perfeccionamiento.

“En cuanto a los hechos principales y accesorios, es preciso observar que, como hechos, tiene su autonomía; y el carácter de accesoriedad mira sólo a constituir su ligamen, en virtud del cual lo accesorio sigue la suerte jurídica del principal, sin disminuir la autonomía de este último, en sí mismo considerado. De tal manera que si el hecho principal se realiza bajo la ley abrogada y el accesorio bajo la nueva ley, estarán respectivamente regulados por la ley del tiempo en que tuvieron existencia”.⁽⁴¹⁾

El principio de irretroactividad, según Ferrara, implica que la ley emergente no incida sobre los efectos ya producidos, ni sobre los que se están produciendo en el momento de su entrada en vigencia, ni sobre aquellas que se desarrollarán después. De esta manera deben distinguirse tres tipos de efectos: *agotados, pendientes y futuros*. Efectos *agotados* son aquellos ya realizados acabadamente bajo la preceptuación de la primera ley; efectos *pendientes*, son aquellos que están desenvolviendo al momento de aparecer la nueva ley; efectos *futuros* son aquellos que todavía no han surgido, pero que, en potencia, esperan actualizarse cuando se den determinadas situaciones.

El primero, así entendido, trata de proteger no sólo los efectos producidos sino los que se están desarrollando y los que se desarrollarán.

Una versión similar, con algunas variaciones, nos muestra *Coviello*. Para éste la retroactividad de la ley

“significa que el juez no puede aplicarla a hechos pasados o desconociendo las consecuencias ya realizadas o quitando eficacia o atribuyendo una diversa a las consecuencias nuevas sobre la única base de la apreciación del hecho pasado”.⁽⁴²⁾

De tal manera que, según Coviello, existen tres hipótesis en las cuales una ley es retroactiva: cuando se aplica a *hechos realizados* con anterioridad a su vigencia; cuando se aplica a las *consecuencias nuevas*

(41) Pugliatti. op. cit.

(42) COVIELLO, Nicolás. *Doctrina General de Derecho Civil*. México 1949 pág. 120.

—las que se realizan bajo el imperio de la ley nueva— *de un hecho anterior a su vigencia*; y cuando se atribuya *consecuencias distintas sobre la única base de la apreciación de hechos pasados*.

“En otras palabras, una ley será retroactiva cuando se aplique a un hecho realizado durante su vigencia, para cuyo examen de justificación o injustificación tenga que recurrirse al acto que le dio origen, el cual se supone tuvo verificativo bajo el imperio de la ley anterior. Por el contrario, una ley no será retroactiva cuando se aplique a un hecho realizado durante su vigencia, para cuya justificación o no justificación no se tenga que acudir al acto generador celebrado bajo el imperio de la norma abolida, sino que pueda ser analizado independientemente de su causa jurídica”.⁽⁴³⁾

Manejando estos criterios, Coviello desarrolla una serie de clasificaciones de diversos grupos de normas jurídicas, que no son de estricto interés para este trabajo, pero que sirven para ilustrar al curioso lector que quisiera penetrar profundamente en su doctrina.

b) *Crítica a la teoría de los hechos cumplidos.*

Contra la teoría de los hechos jurídicos cumplidos, se levanta la crítica, considerando que estas doctrinas muestran una marcada tendencia conservadora, ya que conllevan en sí misma una protección exagerada de la ley precedente tal como lo señala Marty y Raynaud.⁽⁴⁴⁾

Es que la fría aplicación de estas teorías suscitaría graves dificultades en su aplicación a los contratos de *tracto sucesivo* que, nacidos bajo el imperio de la vieja ley, siguen su ejecución bajo una nueva. Y si observamos los institutos contractuales de mayor significación social resultan ser de este tipo.

“La legislación obrera se aplica a todos los contratos en curso de ejecución; lo mismo ocurre con la copiosa legislación sobre locaciones urbanas y rurales. Y no se puede decir que éstos sean casos excepcionales, porque no cabe duda que los dos contratos sucesivos más importantes son precisamente el de trabajo y locación. De nada vale seguir sosteniendo que la nueva ley no debe aplicarse a los contratos en curso, cuando la realidad jurídica está indicando lo contrario”.⁽⁴⁵⁾

(43) BURGOA, Ignacio. *Las garantías individuales*. Ed. Porrúa. México 1979. pág. 525.

(44) MARTY y RAYNAUD. *Droit Civil*. Ed. Sirey París 1956. Tomo I. pág. 174.

(45) BORDA, Guillermo. *Tratado de Derecho Civil Argentino*. Ed. Abeledo Perrot. Buenos Aires. 3º ed. 1959. Tomo I. pág. 165.

Otros han entendido que bajo su apariencia de claridad, esta doctrina también es confusa sobre todo en relación a los *efectos pendientes* y a los *efectos futuros*, pues partiendo de la máxima *tempus regit factum*, se les puede dar extensiones distintas, en perjuicio de la nitidez en su diferenciación.⁽⁴⁶⁾

De tal manera que esta doctrina también fue en su oportunidad rechazada dando paso a nuevas y originales formulaciones.

3. *Teoría de las situaciones jurídicas.*—

Un tercer grupo de doctrinas trata de resolver el problema en cuestión acudiendo ya no a la noción de derechos adquiridos o de hechos cumplidos sino a la noción de *situaciones jurídicas*.

Sin lugar a duda que su expositor más brillante ha sido Roubier,⁽⁴⁷⁾ a quien le debemos la obra jurídica más importante sobre el tema, aunque ha contado con destacados adeptos como Ripert y Boulanger⁽⁴⁸⁾ y Mazeaud⁽⁴⁹⁾ —entre franceses— y Enneccerus⁽⁵⁰⁾ —entre los alemanes— quienes también han desarrollado estas ideas.⁽⁵¹⁾

Roubier toma la noción de situación jurídica para oponerla tanto a la de derechos adquiridos como a la de relación jurídica, ya que existen, en algunas oportunidades, afectación de situaciones fácticas que no pueden ser comprendidas en los conceptos anteriores.

a) *La tesis de Roubier y Planiol.*—

Según Roubier las leyes se dictan para regular *situaciones jurídicas* —entendidas éstas como el conjunto de derechos y obligaciones que un sujeto tiene en determinadas circunstancias— por ello el problema de la retroactividad sólo puede plantearse frente a esas situaciones de hecho y de derecho.

Pero como esas situaciones, generalmente, no se realizan en un solo instante, sino que tienen su lógico desenvolvimiento, es que, en su desarrollo, puedan verse afectadas por una variación del sistema normativo; pero no todo efecto producido por la nueva ley la califica a esta como retroactiva.

Para Roubier el núcleo doctrinario sobre conflictos de leyes en el tiempo está en lograr la distinción entre *efecto retroactivo* y *efecto inmediato* de la ley.

(46) DIEZ PICAZO, Luis y GULLON, Antonio. *Sistema de Derecho Civil*. Ed. Tecnos. Madrid 1978. Vol. I. pág. 139.

(47) ROUBIER. op. cit.

(48) RIPERT - BOULANGER. op. cit.

(49) MAZEAUD H. L. y J. *Lecons de Droit Civil*. París 1955/1960.

(50) ENNECERUS, Ludwig, NIPPERDEY, Hans. *Derecho Civil Parte General*. Trad. Castellana de Blas Pérez González y José Alguer. Barcelona. 1934.

(51) ROUBIER. op. cit.

La base fundamental de la teoría de los conflictos de leyes en el tiempo, es la distinción entre efecto retroactivo y efecto inmediato de la ley. El efecto retroactivo es la aplicación al pasado, el efecto inmediato es la aplicación al presente. Si la ley pretende aplicarse a hechos consumados (*facta praeterita*), es retroactiva; si pretende aplicarse a situaciones en curso (*facta pendencia*) es necesario establecer una separación entre las partes anteriores a la fecha del cambio de legislación, que no pueden ser afectadas sin que haya retroactividad, y las partes posteriores, para las que la ley nueva, si debe aplicarse, no tiene sino un efecto inmediato; en fin, a hechos futuros (*facta futura*) es claro que la ley nunca puede ser retroactiva.⁽⁵²⁾

Sin duda que el gran mérito de Roubier fue distinguir los efectos inmediatos y los efectos retroactivos, pues resulta evidente que se trata de cuestiones diversas que no pueden ser confundidas de ninguna manera.

Las disposiciones legales tienen efecto retroactivo cuando se aplican a hechos consumados bajo la vigencia de una ley anterior (*facta praeterita*); y cuando se aplican situaciones en curso si incide en los efectos realizados antes de la iniciación de la vigencia de la nueva ley (*facta pendencia*). Pero si la nueva ley sólo se aplica a las consecuencias aún no realizadas de un hecho jurídico ocurrido bajo el imperio de la antigua ley solo tiene efecto inmediato. Respecto a los hechos futuros (*facta futura*) resulta innecesario sostener que una ley nunca puede ser retroactiva.

Evidentemente que la duda no se plantea cuando la nueva ley se aplica a hechos consumados bajo la vigencia de una ley anterior, pues se trata de una aplicación a todas luces de retroactividad flagrante. Tampoco frente a los hechos futuros sobre los cuales la nueva ley actúa con su plena soberanía. El nudo de la cuestión se plantea respecto de las situaciones en curso, en donde se hace necesario distinguir los efectos realizados antes de la iniciación de vigencia de la segunda de los efectos no realizados al momento de ponerse en vigencia la misma.

La solución propuesta por Roubier es que la primera ley debe aplicarse a los efectos realizados hasta la entrada en vigencia de la nueva, en tanto que ésta debe regir los efectos posteriores.

"La antigua ley debe seguir aplicándose a las consecuencias jurídicas de un contrato celebrado bajo su imperio, aún cuando tales consecuencias estén en curso al entrar en vigencia una nueva norma".⁽⁵³⁾

También nos señala el maestro francés que cuando una ley emergente afecta no las consecuencias jurídicas de un hecho, sino las condiciones de constitución o extinción de una situación jurídica, estamos

(52) ROUBIER. op. cit. Tomo I. pág. 574.

(53) ROUBIER. op. cit. Tomo I. pág. 598.

frente a una aplicación retroactiva, ya que estamos dentro del concepto de *facta praeterita*. Pero si se trata de leyes que crean nuevas situaciones jurídicas y que, por lo tanto, no pueden atribuirse a hechos pretéritos, no se puede hablar de retroactividad.⁽⁵⁴⁾

La doctrina de Roubier coincide, en rasgos generales, con la de *Planiol* quien nos entrega el siguiente razonamiento para dilucidar el problema de la retroactividad:

"Las leyes son retroactivas cuando vuelven sobre el pasado, sea para apreciar las condiciones de legalidad de un acto, sea para modificar o suprimir los efectos ya realizados de un derecho. Fuera de estos casos no hay retroactividad y la ley puede modificar los efectos futuros de hechos o de actos incluso anteriores, sin ser retroactiva."⁽⁵⁵⁾

b) La crítica de García Maynez a la tesis de Roubier.

Sin dudar acerca del valor que la distinción entre efecto inmediato y efecto retroactivo de la ley formulado por Roubier tiene para la dilucidación del problema, García Maynez critica el concepto de retroactividad usado por el autor francés.

En efecto, Roubier considera que una ley es retroactiva cuando afecta consecuencias jurídicas realizadas totalmente bajo el mandato de una ley anterior o cuando se aplica a efectos producidos antes de entrar en vigencia la nueva ley. Si se trata, en cambio, de efectos no realizados antes de entrar en vigor la nueva disposición, la nueva ley puede aplicarse sin ser retroactiva. Pero la cuestión se plantea según el autor frente a la expresión efectos realizados.

Como sabemos, las consecuencias jurídicas de una norma sólo puede imputarse a determinados sujetos cuando se ha realizado fácticamente el supuesto o hipótesis normativas. Por eso las consecuencias se producen inmediatamente que sucede el hecho condicionante, aún cuando la realización efectiva de tales consecuencias se fundan de la realización de otros hechos.

"La circunstancia de que tales derechos y obligaciones sean respectivamente ejercitados y cumplidos inmediatamente o en fecha posterior, es independiente de la existencia de los mismos. De manera semejante, cuando el cumplimiento de un deber o el ejercicio de un derecho se hacen depender de la realización de otro hecho jurídico (la llegada del término, por ejemplo), las consecuencias son anteriores a los hechos del cumplimiento y el ejercicio. Lo que ocurre es que la realización efectiva de aquellos se encuentra diferida."⁽⁵⁶⁾

(54) PLANIOL. *Traité élémentaire de Droit Civil*. 3ª edición. Librairie Générale de Droit, París 1949. Tomo I. pág. 598.

(55) GARCIA MAYNEZ, Eduardo. op. cit. pág. 395.

(56) RIPERT - BOULANGER. op. cit.

De tal manera que, siguiendo el razonamiento de Roubier, se podría llegar a afirmar que las leyes pueden modificar, sin ser retroactivas, los efectos no realizados, y si por ello se entiende su realización efectiva, la ley podría llegar a afectar consecuencias jurídicas ya producidas. Esta es la objeción principal que a la citada doctrina realiza García Maynez.

También se le critica a Roubier una supuesta imprecisión en la noción de *situación jurídica* lo que impediría un manejo cómodo de la teoría por parte de los jueces; pero la crítica de fondo proviene de quienes consideran peligrosa su aceptación en la medida que resulta una tesis proclive a facilitar la aplicación de los cambios normativos.⁽⁵⁷⁾

c) *La tesis de Bonnecase.*

Bonnecase le introdujo a la teoría de las situaciones jurídicas, una variable. Para él una ley es retroactiva cuando modifica o extingue una *situación jurídica concreta*, pero no lo es cuando modifica o extingue una *situación jurídica abstracta* generada por una primera ley.

"Situación jurídica abstracta es la manera de ser eventual o teórica de cada uno en relación con una ley determinada...; la situación jurídica concreta es la manera de ser, derivada para cierta persona de un acto o de un hecho jurídico, que pone en juego, en su provecho o a su cargo, las reglas de una institución jurídica, e *ipso facto* le confiere las ventajas y obligaciones inherentes al funcionamiento de esa institución".⁽⁵⁸⁾

La transformación de situación jurídica abstracta en concreta depende de un hecho o acto jurídico. Y para determinar si un sujeto se halla respecto de la ley en una situación jurídica abstracta o concreta es suficiente con averiguar si se ha realizado o no el hecho jurídico descrito en la hipótesis normativa. Si se ha cumplido estaremos frente a una situación jurídica abstracta.

Según nuestro particular criterio la tesis esbozada por Bonnecase, no obstante sus impresiones terminológicas, es la más aceptable en la medida que sintetiza el verdadero sentido que en la doctrina ha querido dársele al principio en cuestión. Traduce de la manera más sencilla la idea de utilizar la ley dentro de ciertos límites concebidos como lógicos o racionales, pues lo que han querido decir los autores es algo muy sencillo: una ley es retroactiva cuando modifica o restringe las consecuencias o efectos jurídicos realizados bajo la vigencia de una ley anterior.

(57) BONNECASE, Julien. *Supplément*. op. cit. II. pág. 21.

(58) GARCIA MAYNEZ. op. cit. pág. 399.

VI. LAS EXCEPCIONES AL PRINCIPIO.

Inmediatamente establecido el principio de irretroactividad, se observó que su rigidez no podía sostenerse sin graves perjuicios de los sujetos de derecho ante determinadas situaciones; por eso, es que tanto en la jurisprudencia, en la doctrina y en la legislación comenzaron a aparecer excepciones que delimitaron considerablemente el principio, hasta llegar a convencer a ciertos autores de que "el verdadero problema no es la definición de la ley retroactiva, sino el de las excepciones al principio de irretroactividad".⁽⁵⁹⁾

— Que "el juez no puede atribuir un efecto retroactivo a las nuevas leyes salvo si el legislador ha manifestado claramente su voluntad en este sentido".⁽⁶⁰⁾

— Que las leyes confirmativas, cuando confieren un valor a actos jurídicos pasados, que se les negaba por la ley bajo cuyos efectos fueron concluidos, pueden ser aplicadas retroactivamente.⁽⁶¹⁾

— Que se admite tradicionalmente que una ley interpretativa tiene un efecto retroactivo⁽⁶²⁾; principio que, por otra parte, provenía ya del derecho romano.⁽⁶³⁾

— Que la ley penal que favorezca a un individuo, suprimiendo un delito o disminuyendo una pena, puede ser aplicada retroactivamente.⁽⁶⁴⁾

— Que la ley de orden público puede aplicarse retroactivamente⁽⁶⁵⁾, aclarándose que en algunos casos se considera que todas las leyes de derecho administrativo quedan comprendidas en la noción de

(59) Cámara Civil Francesa. 7 de junio de 1901; Dalloz (1845-1924); D. 1902. 1. 105.

(60) Ley del 21 de junio de 1843 oponiéndose a la anulación de los actos notariales celebrados en violación de las disposiciones de la ley del 25 ventoso del año XI.

(61) Cámara Civil Francesa. 26 de abril de 1939. Dalloz hebdomadario (1924-1940) D. M. 1939. 305; Corte Suprema República Argentina. 13 de setiembre de 1920. Fallos de Corte Suprema de Justicia Nacional. Tomo 132 pág. 251; BRENES CORDOBA Alberto. *Tratado de las Personas*. Editorial Costa Rica. pág. 29.

(62) Novela. 143: "Quan interpretationem non in futuris tantum modo casibus verum in proeteritis etiam valere sancimus, tanquam si nostra Lex ab initio cum interpretatione tali promulgata tuisset".

(63) Art. 4 Cod. Penal Francés; art. 24 Código Penal Español; art. 2 Código Penal Argentino.

(64) Cámara Civil Francesa, 22 de abril de 1929; D. M. 1929. 281.; art. 5. Código Civil Argentino; Semanario Judicial de la Federación Mexicana. Tomo XIV Quinta Epoca. pág. 691; BRENES CORDOBA. op. cit. pág. 29.

(65) SALVAT, Raymundo. *Derecho Civil Argentino*. Ed. T. E. A. 1964. Vol. I. pág. 302.

orden público⁽⁶⁶⁾, pues se entiende que frente al orden público no hay derechos adquiridos.

— Que las leyes procesales se aplican normalmente a los procedimientos en curso y tienen efecto retroactivo.⁽⁶⁷⁾

— Que las disposiciones que consideren como incompatibles a sus fines morales y sociales, las situaciones anteriormente constituidas son de efecto retroactivo.⁽⁶⁸⁾

— Que las disposiciones que tengan como objeto establecer un régimen general y uniforme pueden ser aplicadas retroactivamente.⁽⁶⁹⁾

— Que las disposiciones complementarias, dictadas para el mejor desarrollo o cumplimiento de una disposición anterior deben ser aplicadas retroactivamente.⁽⁷⁰⁾

— Que las leyes que atañan a la organización judicial y a la competencia por ser de "orden público" pueden ser aplicadas retroactivamente.⁽⁷¹⁾

— Que las leyes que rigen el Estado y capacidad de las personas por ser también normas de intereses jurídicos pueden ser aplicadas retroactivamente.⁽⁷²⁾

Estas y otras excepciones particulares fueron apareciendo a la vez que aumentando el problema planteado. Ya no sólo consistía en establecer que debía de entenderse por irretroactividad, sino cuando podía dejarse de lado para dar paso a la retroactividad.

VII. ALGUNAS REFLEXIONES EN TORNO AL PROBLEMA DOCTRINARIO.

Como hemos observado, en realidad, ninguna teoría permite resolver todos los posibles casos de conflictos de la ley en el tiempo. Toda solución dogmática y apriorística del derecho transitorio conduce al fracaso.

(66) CASTAN TOBEÑAS, op. cit. Tomo I pág. 598; DIEZ PICAZO-GULLON, op. cit. Vol. I. pág. 143.

(67) CASTAN TOBEÑAS, op. cit. Tomo I pág. 598.

(68) CASTAN TOBEÑAS, op. cit. Tomo I pág. 598; DIEZ PICAZO-GULLON, op. cit. Vol. I. pág. 143.

(69) DIEZ PICAZO - GULLON, op. cit. Vol. I. pág. 143.

(70) BRENES CORDOBA, op. cit. pág. 31.

(71) BRENES CORDOBA, op. cit. pág. 31.

(72) Durante la Revolución Francesa se produjeron notables excesos, entre el que sobresale el famoso decreto del 17 de nivoso de año II, inspirado por Héroult de Séchelles, por el cual la Convención hizo aplicable a todas las sucesiones abiertas después del 14 de julio de 1789, las nuevas leyes sucesorias.

Resulta evidente que la teoría clásica de los derechos adquiridos se elaboró sobre el riguroso principio de la legislación napoleónica poniendo el acento sobre el principio de irretroactividad, aunque posteriormente el principio no pudo sostenerse comenzando un juego doctrinario que necesariamente debía ser impreciso.

Es que las enfáticas afirmaciones del Código Napoleón sobre irretroactividad, respondieron a circunstanciales razones históricas, teniendo como objetivo acabar con los excesos cometidos por el derecho anterior, lo que los llevó a exagerar su contenido, —que luego tuvo que ser atemperado por la actividad jurisprudencial.⁽⁷³⁾

Por eso no debe admirarnos que los redactores del *Code* se hayan preocupado más en condenar la aplicación retroactiva de una ley que en solucionar el problema de los conflictos normativos en el tiempo.

"En efecto, siendo la teoría un producto del individualismo liberal del siglo XIX, refleja lógicamente las señas de un pronunciado conservatismo jurídico que ha frenado el progreso o la evolución queridos por el legislador. Para determinarse si una situación jurídica constituye "un derecho adquirido" se procede a un juicio de valor sobre la oportunidad de la ley nueva, en lugar de un análisis técnico sobre su aplicación, y se procura que no se toquen ciertas prerrogativas que se consideran primordiales para los sujetos".⁽⁷⁴⁾

Tanto en su formulación clásica (Blondeau, Merlin) como en sus variantes (Baudry Lacantinerie y Houques Fourcade, Aubry et Rau) la teoría de los derechos adquiridos conserva su pronunciado acento conservatista, posición que, sin abandonar el marco teórico, Savigny puso en duda al admitir que el legislador no puede consentir que perduren relaciones jurídicas que en un momento se consideran desactualizadas, dando un notable avance en el tratamiento del problema.

En cuanto a la teoría de los hechos jurídicos cumplidos, esta lleva el papel conservador del principio a su máxima expresión, puesto que su aplicación supondría un grave obstáculo para el desarrollo de la legislación social que, como han sostenido numerosos autores, en su mayoría son actos de tracto sucesivo.

Sin duda, como ya hemos expuesto, es la teoría de las situaciones jurídicas, sobre todo en la formulación de Bonnetcase, la que sobresale no sólo por su precisión técnica sino también por su carácter progresista, en el sentido de que es la doctrina más proclive a admitir efectos más amplios a las leyes nuevas.

(73) BAUDRIT CARRILLO, Diego. *Apuntes de Derecho Transitorio*. Revista de Ciencias Jurídicas. San José, Costa Rica 1939. N° 38. pág. 16.

(74) Sobre la función de certeza y seguridad, al mismo tiempo que la función de cambio progresivo, ver. RECASENS SICHES, Luis. *Introducción al Derecho*. Ed. Porrúa, México. 4° ed. 1977. págs. 112 y sig.

El recorrido de estas doctrinas junto a otras observaciones nos permite sacar ciertas conclusiones.

En principio, el dogma de la irretroactividad no siempre existió ni fue admitido como tal. Como hemos oportunamente observado, en la antigüedad, según lo admiten la mayoría de los historiadores del derecho, el principio era el de la retroactividad, con algunas excepciones que consagraban en casos concretos que tales o cuales leyes no debían aplicarse retroactivamente. El postulado nació en la concepción iusnaturalista medieval como una ideal ficticia por medio de la cual se tomaba una determinada posición frente al problema del conflicto de la eficacia de las leyes en el tiempo. En realidad se trata de una posición apriorística de pretendido fundamento racional en el cual es necesario creer como se cree en la existencia de otros llamados principios generales del derecho.

Se trata entonces de un principio axiológico de marcada raigambre filosófica iusnaturalista. De un principio histórico, nacido frente a la necesidad de solucionar problemas pertenecientes a una época caracterizada por su inmovilismo social y normativo, la Edad Media, que es curiosamente rescatado por los pensadores revolucionarios para frenar los excesos cometidos al suplantar el antiguo orden. Se trata, por ende, de un principio con marcados contornos ideológicos, cuya característica fundamental se basa en el temor y desconfianza a la labor legislativa y a su indefectible poder renovador y a su irrenunciable función evolutiva.

El esfuerzo doctrinario no ha sido otra cosa que un frustrado intento de justificación técnica de una solución tendiente a restarle eficacia a las nuevas leyes. Pero como corresponde a un dogma basado en una ficción, las doctrinas que sobre él se construyen deben sufrir del mal intrínseco de la imprecisión frente a los problemas que plantea la experiencia jurídica en su triple dimensión conflictiva, práctica y ejecutiva.

Por eso, notamos un acentuado paralelismo entre imprecisión técnica y función conservativa. A mayor tendencia de conservación mayor imprecisión técnica (teoría de los derechos adquiridos —excepción hecha de Savigny— teoría de los hechos cumplidos); a mayor tendencia evolutiva mayor acercamiento a la precisión doctrinaria del problema (teoría de las situaciones jurídicas, en especial: Bonnetcase). Pues, es lógico, a mayor alejamiento de la realidad, a mayor ficción, menos posibilidad técnica de aplicación precisa del principio; a mayor acercamiento a la realidad mayor posibilidad de coincidencia con esa misma realidad.

Se trata, en última instancia de un enfrentamiento entre dos concepciones de la función del derecho en la sociedad, de una pugna entre quienes buscan el orden y la permanencia y entre quienes vislumbran el progreso social y jurídico a través de medios legislativos. Se trata, en

fin, de la vieja confrontación entre seguridad, por un lado, y justicia, por el otro.⁽⁷⁵⁾

Esa es la razón fundamental por la cual el principio de irretroactividad aún en sus formulaciones evolutivas debe abrirse para dar asinjeramiento con una realidad que exige soluciones innovadoras.

Si entendemos que, en términos generales, toda ley nueva es mejor que la anterior, en la medida que por ser producto de las experiencias históricas de los pueblos se suponen mejor fundamentadas para resolver los problemas nuevos, observamos el carácter conservador del principio.

Ese carácter conservador se sublima cuando los ordenamientos positivos los elevan a la jerarquía de garantías constitucionales⁽⁷⁶⁾ coartándole al legislador toda posibilidad de modificación sustancial del ordenamiento jurídico.

De cualquier manera en el estado actual de la ciencia jurídica tanto la legislación, como la doctrina y, en especial, la jurisprudencia han tenido que ceder mediante el reconocimiento de excepciones a una realidad dramática en donde nuevas fuerzas sociales le exigen a los hombres de derecho una nueva conciencia crítica y comprensiva de su responsabilidad como agentes del cambio social.

Dicha misión se encarna particularmente en el legislador quien tiene en sus manos un magnífico instrumento para la transformación evolutiva de las sociedades. Pero si él encuentra obstáculos normativos para tal tarea, el riesgo de la conservación puede conducir a un serio error histórico que abra paso a otros medios más drásticos y menos queridos de modificación de las estructuras económicas, sociales y políticas.

"Existe una convicción muy difundida de que los sistemas jurídicos actuales están perdiendo el contacto con las necesidades *fundamentales* de la sociedad moderna. No es necesario hoy día ser socialista para sentir que los sistemas vigentes de derecho positivo, nacidos bajo el influjo de concepciones feudales y de teorías basadas en la libertad de contratación, tendrán que ser reformadas a fondo para servir a las exigencias de la democracia ascendente".⁽⁷⁷⁾

Hemos tratado de demostrar en esta parte del trabajo la confrontación de las ideas en el plano doctrinario, donde se va operando una transformación en las posturas rígidas para dar paso a una solución transaccional que refleje más fielmente el proceso de evolución en marcha.

(75) "Dentro de tales garantías de seguridad, una de las más importantes de ellas lo es, sin duda alguna, el principio de irretroactividad de la ley" HER- NANDEZ VALLE, Rubén. "Las libertades públicas en Costa Rica". Ed. Juricentro. San José, Costa Rica 1980. pág. 178.

(76) VINOGRADOFF, Paul. Introducción al Derecho. Ed. F. C. E. México 1957. pág. 174.

LOS CONVENIOS ADOPTADOS POR LA ORGANIZACION
INTERNACIONAL DEL TRABAJO. ANALISIS
DEL PROCEDIMIENTO DE SUMISION
EN COSTA RICA

Dr. Bernardo Van Der Laet Echeverria

Profesor de la Facultad de Derecho
de la Universidad de Costa Rica.
Presidente de la Asociación Costarricense
de Derecho de Trabajo y la Seguridad Social.



SUMARIO:

- 1.—Introducción.
- 2.—Limitaciones y alcances del estudio.
- 3.—Obligaciones de los miembros de la OIT respecto de los convenios adoptados.
- 4.—Cumplimiento de la obligación de sumisión; ¿es válida la sumisión que haga un diputado?
- 5.—La sumisión de los convenios adoptados por la OIT a la Asamblea Legislativa de Costa Rica.
- 6.—Depósito ante la Organización Internacional del Trabajo (O.I.T.).
- 7.—Motivos por los cuales no fueron ratificados convenios que fueron sometidos a la Asamblea Legislativa.
- 8.—Conclusiones.

1. *Introducción*

La actividad normativa de la Organización Internacional del Trabajo, impresionante en su calidad y volumen, —es la fuente principal del Derecho Internacional del Trabajo⁽¹⁾—, ha sido desde la fundación de ésta, “un medio privilegiado de promoción de la justicia social”⁽²⁾ y “el objetivo principal que impulsó la creación de la Organización Internacional del Trabajo”⁽³⁾. Ha constituido una de las labores fundamentales que ha realizado la O.I.T. Y, sin duda, sin perjuicio de las otras que efectúa, siempre seguirá siendo ese medio privilegiado y el objetivo principal señalado por el Director General Blanchard. Reconocer los extraordinarios logros obtenidos hasta ahora no implica ignorar que todavía hay mucho por realizar, cuestiones que mejorar y críticas que analizar⁽⁴⁾. Prueba de ello lo constituye la Memoria, parte I, presentada por el Director General a la Conferencia Internacional del Trabajo en su 70ª reunión, dedicada exclusivamente, en esa parte, al análisis de todos los aspectos que comprende la elaboración, contenido, control de aplicación y promoción de las normas internacionales del trabajo⁽⁵⁾.

Estimo que es fundamental para el mejoramiento del sistema de las normas internacionales del trabajo la labor de promoción y divulgación sobre ellas porque, en el tanto se comprenda su importancia, la forma en que son creadas y controladas, habrá más conciencia a nivel nacional de la trascendencia que tiene la participación en los trabajos

(1) vid. BLANPAIN, R., “Comparativism in Labour Law and Industrial relations” en la obra colectiva “Comparative Labour Law and industrial relations”, Kluber, Deventer, Netherlands, 1982, p. 20.

(2) Oficina Internacional del Trabajo, “Normas internacionales del trabajo”, extracto de la Memoria del Director General a la Conferencia Internacional del Trabajo, 70ª reunión 1984, 1 ed. 1984, p. v, Ginebra.

(3) *ibidem* p. 3.

(4) *ibidem* p. VI.

(5) Por normas internacionales del trabajo usualmente se entiende las disposiciones contenidas en los convenios y recomendaciones aprobados por la Organización Internacional del Trabajo. En este sentido se pronuncia VALTICOS (“Derecho Internacional del Trabajo, Editorial Tecnos, Madrid, 1977, p. 147 y VON POTOBOSKY (“Normas Internacionales del Trabajo. Libertad Sindical y Derecho Colectivo de Trabajo” ne “Tratado de Derecho del Trabajo Ed. La Ley, Buenos Aires, 2 da ed. T. V. p. 833). Sin embargo es necesario señalar que otros autores dan a ese término una acepción más amplia prácticamente equivalente a la de Derecho Internacional del Trabajo. En ese sentido PHILIP (Normes Internationales du Travail: universalisme ou régionalisme?, Collection Organisation Internationale e relations Internationales, Bruxelles, 1978, p. 29).

preparatorios para la adopción de las normas, la importancia del análisis de cada convenio de previo a someterlo a la autoridad nacional competente, de lo necesario de dar orientaciones adecuadas a ésta sobre la acción legislativa que es necesario impulsar y de cumplir con todas las obligaciones que impone la Constitución de la Organización Internacional del Trabajo. Esta organización está realizando una importante labor en ese sentido⁽⁶⁾. El suscrito tuvo oportunidad de participar en uno de los eventos que acreditan ese esfuerzo de la O.I.T.⁽⁷⁾ y considera importante dentro de ese propósito examinar, de manera crítica, el comportamiento de Costa Rica en relación con la creación, adopción y cumplimiento de las normas internacionales del trabajo y de las obligaciones que respecto de ellas impone la Constitución de la O.I.T. Sin embargo, dado el límite de extensión que impone el Reglamento del Congreso, limitaré el presente trabajo fundamentalmente al estudio de un aspecto: la sumisión de los convenios adoptados por la O.I.T. a nuestra Asamblea Legislativa, dejando los otros tópicos y el estudio respecto de las recomendaciones para otra ocasión.

El "yo nacionalista" resiente el tener que plantear ante un Congreso Internacional las muchas deficiencias e incumplimientos por parte de Costa Rica, observadas en la investigación hecha. El convencimiento de que la comparación crítica de estas experiencias nacionales en un evento científico como el "Cuarto Congreso Centroamericano y del Caribe de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social", contribuirán sustancialmente al esfuerzo que se realiza para mejorar las normas internacionales del trabajo, en todos sus aspectos, ha sido motivación suficiente para superar el sentimiento indicado y presentar este trabajo.

2. Limitaciones y alcances del estudio

La realización de una investigación sobre la forma en que Costa Rica ha cumplido con las obligaciones que le impone la Constitución de la Organización Internacional del Trabajo en relación con los Convenios que han sido adoptados por ésta se enfrenta a diversas limitaciones y debe partir de ciertos supuestos. En efecto, no obstante que este país ha pertenecido a la O.I.T. durante más de 48 años⁽⁸⁾ en el archivo de la Asamblea Legislativa el expediente más antiguo que aparece, de

(6) Al respecto véase lo dicho respecto de seminarios sobre las normas internacionales del trabajo en el "Informe de la comisión de expertos en aplicación de convenios y recomendaciones, Conferencia Internacional del Trabajo, 70 a. reunión 1984, Informe III (parte 4 A) Ginebra 1984, p. 17.

(7) Por invitación de la O.I.T. participé en el "Seminario sobre el Derecho Internacional y Comparado del Trabajo" que se celebró entre el 5 y 30 de setiembre de 1983 en el Centro Internacional de perfeccionamiento profesional y técnico en Turín.

(8) Costa Rica fue miembro de 1920 a 1927 y reingresó en 1944, fecha a partir de la cual ha mantenido su afiliación.

un proyecto de ley tendiente a ratificar un Convenio de la O.I.T., es de 1957⁽⁹⁾; no me fue posible determinar si lo anterior se debe a que entre 1920 y 1927, y luego entre 1944 y 1957 no cumplió el país con la obligación del párrafo quinto del artículo 19 de la Constitución de la O.I.T. o, si por el contrario, la causa es la pérdida de los antecedentes legislativos por algún motivo como el desorden o, respecto de los anteriores a 1948, la guerra civil de ese año.

A partir de 1957 la situación es diferente; sin embargo, no es que todo resulte muy ordenado en el archivo del Primer Poder de la República toda vez que, por lo menos respecto de dos proyectos de ley⁽¹¹⁾ el expediente correspondiente nunca fue devuelto por la respectiva Comisión Legislativa lo que ocasionó que no se continuara el trámite correspondiente. Y también desapareció todo el expediente de la ley que ratificó los convenios 137 y 138⁽¹²⁾

He debido partir del supuesto de que en cada expediente legislativo aparecen todas las actas de las sesiones de la respectiva Comisión Parlamentaria y del Plenario en los que se conoció cada Convenio, puesto que así me lo aseguran los responsables del archivo. Esto no pudo ser verificado dado que hubiera implicado prácticamente la revisión de todas las actas de la Asamblea en un período muy extenso.

3. Obligaciones de los miembros de la O.I.T. respecto de los Convenios adoptados

El análisis y la valoración de la forma en que este país ha afrontado las obligaciones derivadas de su afiliación a la Organización Internacional del Trabajo en relación con los Convenios adoptados, requiere hacer referencias constantes a la norma que nos servirá de patrón para verificar el cumplimiento, esto es el párrafo quinto del artículo 19 de la Constitución de la O.I.T. Por ese motivo considero necesario y práctico transcribirlo en forma textual. Dise así:

- "b) cada uno de los Miembros se obliga a someter el convenio en el término de un año a partir de la clausura de la reunión de la Conferencia (o cuando por circunstancias excepcionales no pueda hacerse en el término de un año, tan pronto sea posible, pero nunca más de dieciocho meses

(9) Es el expediente 714 iniciado el 4 de junio de 1957 relativo a un proyecto de ley que pretendía la ratificación de los convenios 29, 81, 88, 93, 94, 95, 96, 97, 99, 100, 101, 102, 103 y 104.

(10) Se trata de los convenios 105 (abolición del trabajo forzoso), 106 (descanso semanal, comercio y oficinas) y 107 (poblaciones indígenas y tribales) ratificados por la ley 2330 del 9 de abril de 1959.

(11) Se trata de la ley N° 5594 del 11 de diciembre de 1974.

(12) Se trata de la ratificación de los convenios 101 y 121. El primero de ellos fue luego ratificado mediante la ley N° 6763, no así el 121.

después de clausurada la reunión de la Conferencia), a la autoridad o autoridades a quienes compete el asunto, al efecto de que le den forma de ley o adopten otras medidas;

- c) los Miembros informarán al Director General de la Oficina Internacional del Trabajo sobre las medidas adoptadas de acuerdo con este artículo para someter el convenio o la autoridad o autoridades competentes, comunicándoles, al mismo tiempo, los datos relativos a la autoridad o autoridades consideradas competentes y las medidas por ellas adoptadas;
- d) si el Miembro obtuviere el consentimiento de la autoridad o autoridades a quienes compete el asunto comunicará la ratificación formal del convenio al Director General y adoptará las medidas necesarias para hacer efectivas las disposiciones de dicho convenio;
- e) si el Miembro no obtuviere el consentimiento de la autoridad o autoridades a quienes compete el asunto no recaerá sobre dicho miembro ninguna otra obligación, a excepción de la de informar al Director General de la Oficina Internacional del Trabajo, con la frecuencia que fije el Consejo de Administración, sobre el estado de su legislación y práctica en lo que respecta a los asuntos tratados en el convenio precisando en qué medida se ha puesto o se propone poner en ejecución cualquiera de las disposiciones del convenio, por vía legislativa o administrativa, por medio de contratos colectivos o de otro modo, e indicando las dificultades que impiden o retrasan la ratificación de dicho convenio".

4. *Cumplimiento de la obligación de sumisión; ¿es válida la sumisión que haga un diputado?*

En la actualidad no se discute cuál es la autoridad competente a la que hay que someter el convenio para los efectos del inciso b), párrafo 5 del artículo 19 de la Constitución de la O.I.T. ya que hay consenso, según se desprende de las manifestaciones de los diversos órganos de ésta y de la doctrina, de que se trata del Parlamento.⁽¹³⁾ Sin embargo, cabe analizar quién puede poner en conocimiento del órgano legislativo el convenio adoptado para cumplir con el mandato constitucional citado. ¿Es el Poder Ejecutivo? O bien ¿puede un miembro del Parlamento, en ejercicio de sus derechos constitucionales, poner a despacho un convenio adoptado por la O.I.T.? Y no se trata de un problema meramente teórico toda vez que es una situación que se acaba de presentar en nuestro país en donde un señor diputado presentó

(13) PLA RODRIGUEZ, Américo, "Los Convenios Internacionales del Trabajo", Facultad de Derecho, Montevideo, 1955, p. 261; VALTICOS, ob. cit. p. 467-8.

treinta proyectos de ley, correspondientes a otros tantos convenios, que no habían sido sometidos a la Asamblea Legislativa.⁽¹⁴⁾

Es necesario, para el análisis correspondiente, definir cuál es el objetivo de la obligación de los Estados de someter a conocimiento del Parlamento un convenio adoptado por la O.I.T. VALTICOS lo establece con claridad y precisión al indicar "el objetivo de la sumisión consiste en poner a los Parlamentos en condiciones de pronunciarse sobre el curso que ha de darse a los convenios y a las recomendaciones y de suscitar una discusión sobre el tema".⁽¹⁵⁾ En igual sentido se pronuncia PLA.⁽¹⁶⁾ Vemos que lo esencial es que se inicie el trámite legislativo. Así las cosas no parece exitir una razón de peso para considerar que no se cumple con el inciso b) del párrafo 5 del artículo 19 si el Parlamento entra a conocer un convenio por iniciativa de uno de sus integrantes, no obstante que evidentemente éste no es el procedimiento usual y quizás tampoco el más conveniente. El Poder Ejecutivo es, sin duda, quien está en mejor posición para cumplir con esa obligación. En efecto, es este Poder, a través de sus organismos especializados, quien participa en el largo y cuidadoso procedimiento que culmina con la adopción, por parte de la O.I.T., de un determinado convenio. Sus delegados tienen un peso importante en la delegación nacional que participa en la Conferencia y, evidentemente, es quien está al tanto de los convenios adoptados, y de la fecha en que se clausura aquella para efectos del cómputo del plazo para cumplir con la sumisión. Además es quien dispone de los elementos de juicio para suministrar a la Asamblea Legislativa los antecedentes, incidencia e importancia de la norma, así como los ajustes necesarios que habría que hacer en la legislación nacional de ratificar el convenio y aún para recomendar no ratificarlo, en forma total ⁽¹⁷⁾ o parcial, cuando esto es

(14) En efecto, en el mes de agosto de 1984, el diputado don Luis Armando Gutiérrez Rodríguez, quien a su vez es Secretario General de la Confederación Auténtica de Trabajadores Democráticos (CATD) presentó proyectos de ley para que se ratifiquen los convenios 115, 124, 139, 149, 154, 118, 126, 146, 157, 104, 119, 132, 140, 110, 151, 155, 109, 121, 128, 145, 158, 125, 108, 123, 136, 142, 153, 156, 133 y 152 según expedientes numerados del 9.989 al 10.020, ambos inclusive, por su orden respectivamente.

(15) VALTICOS, ob. cit. p. 469.

(16) PLA, ob. cit. p. 253.

(17) Sobre la posibilidad de que se proponga al Parlamento la no ratificación nos dice VALTICOS (ob. cit. p. 470) "Al plantearse la cuestión en 1921, el Director de la Oficina Internacional del Trabajo respondió que no era contrario a la Constitución de la O.I.T. que un gobierno, al someter al Parlamento convenios, propusiese que no se ratificasen. En tal caso declaró, el Parlamento y, a través de él la opinión pública, habrán quedado advertidos, y la Constitución de la O.I.T. no impone la obligación

posible. El hecho de que un diputado, por iniciativa propia, lleve a conocimiento legislativo un determinado convenio hace perder al Poder Ejecutivo las posibilidades referidas. Sin embargo perfectamente podría hacer del conocimiento del Parlamento sus puntos de vista. Y, en el eventual caso de que no fueran acogidos, siempre le queda la posibilidad de vetar la ley que ratifica el convenio. Por todo ello, repito, estimo que no hay obstáculo para que un diputado sea quien tome la iniciativa para la ratificación de un convenio adoptado por la O.I.T. Lo anterior tendrá más significado e importancia en el tanto, tal como veremos, (18) el Poder Ejecutivo no haya cumplido en la mayoría de los casos con el plazo que señala la Constitución de la O.I.T. para hacer la sumisión.

5. *La sumisión de los convenios adoptados por la O.I.T. a la Asamblea Legislativa de Costa Rica*

5.1.—*Plazo dentro del que deben ser sometidos los convenios.*

Nos dice PLA que el plazo de que dispone cada Estado para someter a consideración de la autoridad competente un convenio "es la piedra fundamental" del sistema normativo de la O.I.T.(19) Y que el motivo de la existencia de ese plazo es "permitirle a los gobiernos la realización de los estudios necesarios sobre la repercusión que tendría en el derecho interno la ratificación de los convenios, a los efectos de que las autoridades competentes, cuando tengan que decidir el punto, estén lo suficientemente ilustrada sobre el particular"(20) Además se considera que el plazo de un año es suficientemente amplio para el propósito indicado(21) razón por la cual la posibilidad de extensión hasta los dieciocho meses solamente procede en casos excepcionales como podría ser que el Parlamento sólo se reúna en determinada época del año.(22) Veamos cuál ha sido el comportamiento de Costa Rica respecto de tan importante obligación.

de pedir al Parlamento la aprobación de los textos considerados. Después se admitió que los gobernantes disponen de mayor margen al someter los convenios y las recomendaciones a las autoridades competentes, de presentar a su respecto propuestas favorables o desfavorables, o incluso propuestas tendientes a retrasar el examen hasta la preparación de los dictámenes necesarios, a condición de que ello no conduzca a aplazar la cuestión a una fecha indeterminada".

(18) vid. punto 5.2.

(19) vid. PLA ob. cit. p. 259.

(20) ibiden p. 259.

(21) ibiden p. 260.

(22) ibidem p. 259

5.2.—*Morosidad de Costa Rica en el cumplimiento de la obligación del inciso b) del párrafo 5 del artículo 19 de la Constitución de la O.I.T.*

De conformidad con lo dispuesto en el referido inciso de la Constitución de la O.I.T. han debido ser sometidos a conocimiento de la autoridad nacional competente 160 convenios. Costa Rica, aceptando como válida la sumisión hecha por el diputado Gutiérrez, según se analizó en el punto 4 de este trabajo, ha enviado a conocimiento de la Asamblea Legislativa 84 convenios. Sin embargo únicamente en el caso de 6 de ellos, los números 119, 120, 121, 129, 130 y 156 se cumplió con la obligación de sumisión dentro del plazo constitucional, tomado este en su forma más amplia. 14 fueron sometidos fuera de término pero dentro del año siguiente a los dieciocho meses. Respecto de 32 convenios la obligación se cumplió entre uno y cinco años fuera del plazo límite. 14 convenios fueron enviados a conocimiento legislativo pasados de 5 a 10 años. 6 lo fueron luego de transcurridos entre 10 y 15 años y pasados los 15 años fueron sometidos 12. El convenio número 1, cuya fecha límite de sumisión era junio de 1921 fue presentado a la Asamblea Legislativa el 4 de junio de 1981 sea con 60 años de retraso siendo este el convenio respecto del cual el incumplimiento alcanzó su mayor expresión.

5.3.—*La presentación ante la Asamblea Legislativa.*

VALTICOS ha señalado que "aunque, en conjunto, la regla de la sumisión a las autoridades competentes haya tenido efectos claramente positivos, aún hay ciertas sombras en la situación:... o no se acompaña de las propuestas precisas, o no se abarca a todos los convenios y recomendaciones; muchas veces no se efectúa en los plazos previstos".(23) El análisis que haremos con base en el estudio de los antecedentes legislativos de cada convenio que ha sido sometido a la Asamblea Legislativa permitirá ver cuál ha sido la situación en nuestro país.

En el archivo del Poder Legislativo fueron consultados los expedientes de 23 de las 24 leyes(24) mediante las cuales se han ratificado 44 convenios de la O.I.T. y además, los de 10 proyectos que tenían igual propósito y que no llegaron a ser leyes. Su estudio nos permitió determinar lo siguiente:

(23) VALTICOS ob. cit. p. 474.

(24) El de la ley número 5594 de 11 de noviembre de 1974 que ratificó los convenios 137 y 138 se encuentra extraviado.

5.3.1.—Casos en que se afirma que la ratificación es una mera formalidad para cumplir con las obligaciones derivadas de la Constitución de la O.I.T. porque en el país ya existe legislación en ese campo.

Encontramos diferentes afirmaciones:

- a) Que la legislación nacional es superior; tal es el caso que se dio con ocasión del convenio 111;⁽²⁵⁾ sin embargo no se fundamenta la afirmación;
- b) Que la legislación nacional está en armonía con las normas internacionales cuya ratificación se pide; así ocurrió en el caso de los convenios 45,131 y 1.⁽²⁶⁾
- c) Que ya se había legislado para poder cumplir con el convenio. Se refiere al caso del convenio 111⁽²⁷⁾ (discriminación, empleo y ocupación, 1958) materia respecto de la cual efectivamente se había dictado la ley 2694 de 22 de noviembre de 1960.
- d) Que existen leyes generales que comprenden la materia a que se refiere el convenio. Fue el caso del convenio número 11.⁽²⁸⁾

5.3.2.—Casos en que únicamente se transcribe el inciso b) del párrafo 5 del artículo 19 de la Constitución de la O.I.T. sin hacer ningún estudio de la incidencia de los convenios ni plantear ninguna recomendación al Parlamento.

Esta forma de proceder, según la doctrina, es una burda de la referida obligación de los Estados miembros de la O.I.T., pues "una presentación muda, se ha dicho, sería un escamoteo".⁽²⁹⁾ Pero, sin embargo, ha sido muy frecuente y así ha sucedido con ocasión de la sumisión de los convenios 105, 106, 107, 129, 130, 135, 141, 145, 17, 148, 16, 8 y 101.⁽³⁰⁾ Obsérvese que entre estos convenios hay algunos de gran importancia como el 135 (protección a los representantes de los trabajadores en la empresa), lo que da fundamento para pensar que los diferentes ministros de trabajo,⁽³¹⁾ o el gobierno de turno, no desearon asumir la responsabilidad política de explicar los alcances, así

(25) vid. expediente de la ley número 2848.

(26) vid. expediente de las leyes números 2515 y 5851.

(27) vid. expediente de la ley número 2848.

(28) vid. expediente de la ley número 3172.

(29) VALTICOS ob. cit. p. 470 citando a G. Scelle.

(30) vid. expedientes de las leyes números 23301, 4737, 5968, 6548, 6549, 6550, 6571, 6728, 6729 y 6763.

(31) El fenómeno apuntado se ha dado en diferentes épocas; los convenios arriba citados fueron sometidos a conocimiento legislativo por los ministros Solórzano Salazar, Jiménez Veiga y Serrano Pinto.

como la situación nacional y plantear los motivos de conveniencia o inconveniencia derivados de la ratificación de un determinado convenio.

5.3.3.—Casos en que se afirma que es necesario modificar la legislación nacional.

En dos ocasiones, en el caso de los convenios 112 (sobre la edad mínima de los pescadores) y 117 (sobre política social) el Poder Ejecutivo advirtió a la Asamblea Legislativa la necesidad de introducir modificaciones en la legislación nacional si se ratificaban los mencionados convenios. En el primero de los casos, convenio 112, se propuso, y así se aprobó, modificar el artículo 120 del Código de Trabajo⁽³²⁾ y, en cuanto al segundo de ellos, convenio 117, se propuso reformar y así se hizo, el artículo 173 de ese mismo Código.⁽³³⁾

5.3.4.—Casos en que, de previo a la sumisión, se consultó a organismos especializados.

De los 23 expedientes de leyes analizados sólo en uno, el de la ley que ratificó los convenios 26, 102 y 127 sometidos por el Ministro Guier⁽³⁴⁾ consta que se haya dado participación a organismos especializados en el análisis de las implicaciones que dichos convenios tendrían para el país. En efecto, el 26 (sobre los métodos para la fijación de salarios mínimos) fue consultado al Consejo Nacional de Salarios y, en la exposición de motivos que presentó el Ministro ante la Asamblea Legislativa, se transcribe literalmente la respuesta favorable que dio ese organismo. Por su parte, el convenio 102 (norma mínima sobre seguridad social) se consultó con dos instituciones autónomas, la Caja Cotarricense de Seguro Social y el Instituto Nacional de Seguros, ésta última por cuanto administra el seguro de riesgos del trabajo. La respuesta que dio la institución encargada de la seguridad social, la Caja, dio fundamento al Poder Ejecutivo para pedir a la Asamblea Legislativa que este convenio fuera ratificado parcialmente, lo que era posible por preverlo así dicho instrumento.⁽³⁵⁾ A su vez el convenio 127 (sobre el peso máximo) fue consultado al Consejo de Seguridad e Higiene, quien no formuló objeción alguna.

(32) Ley N° 3344 del 29 de agosto de 1964.

(33) Ley N° 3636 de 5 de enero de 1966.

(34) Ley N° 4736 del 29 de abril de 1971.

(35) vid. expediente de la ley N° 4736. Al respecto el Ministro de Trabajo manifestó: "Sin embargo, al tenor de lo dispuesto en el artículo 2 del convenio, el Poder Ejecutivo recomienda que se haga expresa declaración de que no se ratifican las partes III y IV del mismo puesto que las obligaciones ahí señaladas aunque casi en su totalidad se están cumpliendo, como expone la Caja Costarricense de Seguro Social, lo cierto es que en algunos aspectos no sucede así".

5.3.5.—Casos en que se someten convenios que ya habían sido sometidos.

4 convenios fueron sometidos a conocimiento de la Asamblea Legislativa indicándose en la respectiva carta de remisión que en su oportunidad habían sido presentados al Congreso sin que se hubieren concretado en una ley. Me refiero a los convenios 1, 16, 8 y 101.⁽³⁸⁾ El Poder Ejecutivo, sin embargo, no indicó en qué ocasión fue que dichas normas habían sido puestas en conocimiento del Parlamento. Y, en los archivos legislativos solamente aparecen antecedentes respecto del Convenio 101 aunque éstos si son abundantes pues, antes de su aprobación, había sido presentado a conocimiento de la Asamblea en tres diferentes oportunidades.⁽³⁷⁾ Llama la atención el interés demostrado respecto este convenio sobre las vacaciones pagadas en la agricultura, pues la regulación del trabajo en el campo no ha merecido normalmente la atención del Estado costarricense.⁽³⁸⁾ En otra ocasión habrá que investigar el trasfondo de esa desusada preocupación.

5.3.6.—Casos de sumisiones masivas.

Una práctica que ha sido bastante usual es el envío por parte del Poder Ejecutivo a la Asamblea Legislativa, en una misma fecha, de muchos convenios (cuando menos cinco). La previsión del inciso b), párrafo 5 del artículo 19 de la Constitución de la O.I.T. de que los Estados tienen la obligación de someter a conocimiento del Parlamento en el término de un año, y extraordinariamente hasta dieciocho meses después de clausurada la reunión de la Conferencia seguramente, entre otros motivos, tuvo en cuenta lo inconveniente que resulta el envío de numerosos convenios a conocimiento de la Autoridad Legislativa, pues ello va contra un adecuado estudio y discusión. Mediante este inadecuado procedimiento 78 convenios, sea un porcentaje muy importante, llegaron a conocimiento de los legisladores. De ellos 15 recibieron ratificación legislativa. En efecto, la ley número 2561 de 26 de mayo de 1960 ratificó 13, el 29, 21, 87, 88, 89, 90, 92, 94, 95, 96, 98, 99 y 100. La ley número 5851 de 24 de enero de 1974 ratificó los 131 y 134 aunque el proyecto de ley también comprendía al 132, 133 y

(36) vid. los expedientes de las leyes números 671, 6728, 6729 y 6763, por su orden respectivamente.

(37) Véase al respecto los siguientes expedientes del archivo legislativo: N° 714 iniciado el 4 de junio de 1957, 1253 iniciado el 1° de junio de 1964 y A18, E 4070 del 4 de junio de 1965.

(38) Sobre el tratamiento desfavorable que la legislación laboral costarricense ha reservado a los trabajadores del campo pueden consultarse mis ensayos "Consideraciones sobre la regulación del trabajo agrario en Costa Rica", Revista Judicial N° 21, San José, setiembre 1981, p. 46-54 y "El derecho colectivo del trabajo y los trabajadores agrícolas", Revista Judicial N° 25, San José, p. 26-32.

136 que no fueron ratificados. En el archivo de la Asamblea Legislativa se encuentran los expedientes 714 que se refiere a 14 convenios⁽³⁹⁾ y el 1253 que sometía 16⁽⁴⁰⁾ que no recibieron sanción legislativa. Y finalmente recientemente y prácticamente en una misma ocasión, aunque a cada convenio se le abrió un expediente diferente, fueron puestos en conocimiento de la Asamblea Legislativa, 30 convenios los cuales se encuentran en estudio por parte de la Comisión de Asuntos Sociales de ese Poder.⁽⁴¹⁾

5.3.7.—Casos en que se recomendó no ratificar convenios.

5.3.7.1.—Solicitud de rechazo total.

5.3.7.1.1.—Petición expresa.

El Poder Ejecutivo, en seis ocasiones, ha hecho uso de la posibilidad que, desde 1921, se reconoció a los Estados⁽⁴²⁾ de proponer al Parlamento, al someter a su conocimiento un convenio, que no lo ratifique. Los motivos alegados han sido dos. Respecto del 132 (sobre las vacaciones pagadas, revisado) se indicó que no era conveniente por estar en trámite legislativo otros proyectos de mayor importancia para el desarrollo social del país⁽⁴³⁾ aunque no se detalla de cuáles se trata. Idéntico argumento se utilizó en el caso del convenio 140.⁽⁴⁴⁾ Del 133 (sobre el alojamiento de la tripulación) se dijo que no era necesario ratificarlo por no existir en nuestro país una flota mercante y porque los buques que se dedican al transporte de mercaderías son de poco tonelaje⁽⁴⁵⁾ y, en cuanto al 136 (sobre el benceno) se manifestó que no era conveniente ratificarlo sin realizar de previo un estudio sobre el grado de difusión de este compuesto químico en nuestra industria.⁽⁴⁶⁾ Este mismo argumento —realización de un estudio previo—, se utilizó para solicitar que no se ratificaran el 139 (sobre el cáncer profesional) y el 147 (sobre la marina mercante).⁽⁴⁷⁾ Es evidente, dados los ar-

(39) Los convenios 29, 81, 88, 93, 94, 95, 96, 97, 99, 100, 101, 102, 103 y 104.

(40) Los convenios 82, 93, 94, 85, 86, 91, 97, 101, 102, 103, 104, 108, 109, 110, 115 y 116.

(41) Véase los convenios y los expedientes legislativos de que se trata citados en la nota 14.

(42) vid. VALTICOS, ob. cit. p. 470.

(43) Ver expediente de la ley número 5851.

(44) Ver expediente A 31, E 6719 del archivo legislativo.

(45) Ver expediente de la ley número 5851.

(46) ibidem.

(47) Ver expediente A 31, E 6719 del archivo legislativo.

gumentos utilizados que no hubo por parte de los funcionarios responsables del ministerio un adecuado estudio y que se utilizaron para cumplir con la formalidad de la sumisión.

5.3.7.1.2.—*Petición poco clara o tácita.*

Durante el período en que ejerció el cargo de Ministro de Trabajo el doctor Alfonso Carro Zúñiga, en diversas ocasiones, incluyó en la carta de sumisión de un convenio a la Asamblea Legislativa el siguiente párrafo "...pero en el entendido de que el Poder Ejecutivo se reserva para un ocasión más apropiada el derecho de someter los proyectos correspondientes para su ratificación".⁽⁴⁸⁾ La primera de esas notas la envió el 1º de junio de 1964⁽⁴⁹⁾ y la última el 4 de junio de 1965⁽⁵⁰⁾ pero no fue sino en ésta que explicó lo que entendía con el párrafo citado.⁽⁵¹⁾ La poca claridad de éste es evidente ya que al menos en dos ocasiones, en el caso de los convenios 120 y 122⁽⁵²⁾ estos fueron ratificados no obstante lo expresado por el Ministro y sin que conste en el respectivo expediente legislativo razón alguna que haga suponer que los diputados quisieron apartarse de la recomendación del Poder Ejecutivo sino que es evidente que no comprendieron la intención del Ministro. Y respecto de los otros casos citados, los cuales no fueron ratificados, ésto no se debió a una decisión expresa de la Asamblea Legislativa sino que los respectivos expedientes quedaron paralizados por más de dos años y, de conformidad con el Reglamento de Orden y Disciplina Interior de la Asamblea Legislativa automáticamente el expediente es archivado.⁽⁵³⁾

(48) Véase los expedientes de las leyes números 3639 y 3640 y los números 1253 y A 18, E 4070 del archivo legislativo.

(49) Ver expediente número 1553 del archivo legislativo.

(50) Ver expediente A 18, E 4070 del archivo legislativo.

(51) *ibidem*.

(52) Ver expediente de las leyes números 3639 y 3640 respectivamente.

(53) El artículo 99, párrafo primero del citado Reglamento dispone: "Los asuntos pendientes de resolución al finalizar una legislatura podrán estudiarse en la siguiente a iniciativa del Poder Ejecutivo o de los diputados. En todos estos casos, tales asuntos seguirán los trámites que aún les falten. Pasados dos años a partir de su iniciación se tendrán como no presentados y, sin más trámite, se ordenará archivarlos. No obstante la Asamblea podrá dar un nuevo plazo bienal por votación de los dos tercios del total de sus miembros, siempre que la moción correspondiente se presente antes del vencimiento del plazo".

5.3.7.2.—*Solicitud de ratificación parcial.*

Ocurrió con el convenio 102 (norma básica sobre seguridad social), situación que hemos analizado atrás⁽⁵⁴⁾ por lo que a ese punto remito.

5.4.—*Análisis del trámite legislativo.*

En el presente punto me propongo analizar las incidencias que, en la Asamblea Legislativa, se han presentado con ocasión de la tramitación de los proyectos de ley para ratificación de los convenios adoptados por la O.I.T., tanto en las comisiones parlamentarias (punto 5.4.1) como en el plenario (punto 5.4.2.).

5.4.1.—*El trámite en las comisiones legislativas.*

5.4.1.1.—*Papel jugado por las comisiones en la ratificación de convenios de la O.I.T.*

El estudio realizado me permite afirmar que respecto de los proyectos de ley que pretenden ratificar convenios de la O.I.T. las comisiones especializadas de la Asamblea Legislativa (en una época la de trabajo y previsión social y, en la actualidad, la de asuntos sociales), por regla general, no han jugado ningún papel en el análisis de la conveniencia de la respectiva adopción. En pocas ocasiones algún diputado cuestionó la redacción o alcance de alguna disposición del instrumento pero cuando le aclararon que no era posible introducir modificaciones al convenio, el cuestionamiento no pasó a más.⁽⁵⁵⁾ Solamente respecto de dos convenios, la comisión legislativa tuvo intervenciones de trascendencia. En la primera las objeciones que plantearon los diputados provocaron que el Ministro de Trabajo introdujera modificaciones en la redacción de un proyecto de reforma de un artículo del Código de Trabajo que resultaba necesario modificar si se adoptaba el convenio en discusión.⁽⁵⁶⁾ En otro caso un diputado hizo una fuerte crítica a la petición del Ministro de que no se adoptara un convenio. La comisión acordó ver el asunto en sesión posterior, lo que nunca ocurrió y, por lo tanto, no se produjo la ratificación.⁽⁵⁷⁾

(54) Ver punto 5.3.4.

(55) Ver el expediente de la ley número 6763.

(56) Ver el expediente de la ley número 3636.

(57) Ver el expediente de la ley número 5851.

5.4.1.2.—Participación o intervención de terceros.

5.4.1.2.1.—De trabajadores.

Resulta interesante señalar que únicamente en un caso de todos los que ha conocido la Asamblea Legislativa, consta en el respectivo expediente, alguna instancia a los diputados para que ratifiquen un convenio. La situación a que me refiero ocurrió con el convenio 135 (sobre los representantes de los trabajadores) y fue hecha por una confederación.⁽⁵⁸⁾ Los empleadores en ninguna ocasión formularon objeciones o realizaron presiones. Convenios de la trascendencia del 87 y 98 pasaron el trámite legislativo sin que nadie se pronunciara al respecto.

5.4.1.2.1.—Departamento de servicios técnicos de la Asamblea Legislativa.

Ha tenido participación a nivel de comisión, aunque resulte intranscendente ésta, el Departamento de Servicios Técnicos del Poder Legislativo. Esta dependencia, cuya creación ocurrió hace unos veinte años, está integrada por profesionales distinguidos de diversas especialidades, fundamentalmente de las ciencias jurídicas. Cumple una función de apoyo a los diputados ofreciéndoles consejo y asesoría técnica en aquellos campos que los legisladores desconocen. Ahora bien, al Departamento se le solicitó criterio, por parte de la respectiva comisión, en diferentes ocasiones, respecto de la incidencia y alcance de diversos convenios.⁽⁵⁹⁾ La primera vez que esto sucedió el Departamento emitió un brevísimo informe, de pocas líneas, en el que sin ningún análisis, y sin exponer el fundamento de su dicho, expresaba que el referido convenio "no roza con disposiciones de nuestro derecho laboral".⁽⁶⁰⁾ En las siguientes ocasiones fue más breve el dictamen, si es que esto era posible, ya que se limitó a remitir, con gran fatiga, al referido pronunciamiento.⁽⁶¹⁾

5.4.2.—Dictamen de la comisión.

Los dictámenes de la comisión legislativa en materia de ratificación de convenios de la O.I.T. son fiel reflejo del trabajo de mero

(58) Ver el expediente de la ley número 5968. En efecto la comisión recibió una carta de la Confederación de Trabajadores Centroamericanos en la que ésta le comunica que en un congreso recientemente celebrado acordaron pedir a la Asamblea Legislativa la ratificación de dicho convenio.

(59) Me refiero a los convenios 1, 16, 8, 101, 150 y 14.

(60) Ver el expediente de la ley número 6711 que ratificó el convenio número 1.

(61) Ver expediente de las leyes números 6763 (convenio 101), 6764 (convenio 150) y 6765 (convenio 14).

trámite por ella realizado y, en consecuencia, en la mayoría de ellos se limita a repetir, casi textualmente, la explicación de motivos ofrecida por el Ministro de Trabajo en su carta de sumisión.⁽⁶²⁾ o simplemente alguna consideración muy general.⁽⁶³⁾

5.4.3.—Tramitación del convenio en el plenario legislativo.

El proyecto de ley que pretende la ratificación de un convenio debe sufrir, como toda ley, tres debates en el plenario de la Asamblea Legislativa. En la práctica parlamentaria costarricense usualmente son el primero y tercer debates en donde se discute el proyecto siendo el segundo una formalidad. Ahora bien, en ninguno de los expedientes consultados de las leyes mediante las cuales se han ratificado cuarenta y cuatro convenios, sea todos los ratificados por Costa Rica, aparece que en el plenario se haya producido la menor discusión o cuestionamiento en relación con los referidos proyectos de ley. Es más, por lo menos en el caso de las leyes que ratificaron 5 convenios, el 1, 144, 145, 147 y 148⁽⁶⁴⁾ la respectiva ley fue aprobada en un "paquete" de leyes que es una práctica que utilizan nuestros legisladores consistente en que las fracciones mayoritarias de diputados se ponen de acuerdo para aprobar sin discusión y rápidamente proyectos de ley que consideran que no son polémicos o sin trascendencia.

5.4.4.—Manifestaciones o presiones de terceros ante el plenario.

Solamente cuando se tramitó la ratificación del convenio 135 (sobre los representantes de los trabajadores)⁽⁶⁵⁾ se produjo alguna ges-

(62) Por ejemplo véase el dictamen que aparece en el expediente de la ley número 5851.

(63) Por ejemplo, el dictamen rendido en relación con los convenios 105, 106 y 117 (ley número 2330) dice, luego de la introducción de estilo "Tiene por objeto esta presentación cumplir con las obligaciones que establece para los Estados miembros de la O.I.T. el párrafo quinto del artículo 19 de la Constitución de dicha organización". En el dictamen dado con ocasión de la ratificación del convenio 45 (ley número 2515) se expresó lo siguiente: "El proyecto de ley enviado por el Poder Ejecutivo tendiente a que se ratifique el convenio relativo... merece la aceptación de la Comisión, por lo que nos permitimos dictaminar favorablemente, sometiendo a vuestra consideración el proyecto en su forma original". Respecto de los convenios 129 y 130 se manifestó "La Comisión no encuentra ninguna objeción que hacer a tales convenios y se permite recomendar su aprobación, con el siguiente texto:..."

(64) Leyes números 6711, 6571, 6548, 6549 y 6550.

(65) Ley número 5968.

tión por parte de los trabajadores ante los diputados. En el respectivo expediente aparece un telegrama enviado por la Conferencia Unitaria de Trabajadores solicitando la ratificación de dicho convenio. Es todo lo que oficialmente consta en el archivo de la Asamblea Legislativa.

5.4.5.—*Sanción por parte del Poder Ejecutivo.*

El Poder Ejecutivo sancionó oportunamente las 24 leyes que han ratificado convenios de la O.I.T., sin que haya ejercido en ningún caso de este tipo su derecho de veto.

6. *Depósito ante la Organización Internacional del Trabajo.*

Publicada la ley que ratifica un convenio, si ésta no dispone una fecha de vigencia diferente, el Ministerio de Trabajo debe comunicar oficialmente a la O.I.T. tal ratificación según lo establece el inciso d), párrafo 5 del artículo 19 de la Constitución de dicha organización. Según se desprende de la "lista de ratificaciones por país (Costa Rica)" de 27 de abril de 1983, Costa Rica tradicionalmente ha cumplido con esa obligación dentro de los tres meses siguientes a la vigencia de la ley. Sin embargo, es necesario destacar que esa formalidad tan sencilla que establece la Constitución no ha sido cumplida en varios casos por razones que desconocemos, probablemente debido a la falta de seguimiento originada en un cambio del funcionario responsable, y es así que hay cuatro convenios ya ratificados de los cuales no se ha informado al Director General de la Oficina Internacional del Trabajo, y, consecuentemente, en todos los records oficiales de la Organización aparecen como no ratificados los referidos convenios. Y más grave aún es que lo mismo ocurre con comunicaciones oficiales del Gobierno de Costa Rica.⁽⁶⁵⁾ Los convenios a que he hecho referencia son los números 8 (relativo a la indemnización por desempleo en caso de pérdida por naufragio), 14 (sobre descanso semanal en la industria), 16 (relativo al examen médico obligatorio de los menores empleados a bordo de los buques) y 101 (sobre vacaciones pagadas en la agricultura).⁽⁶⁷⁾

(66) vid. lista oficial de convenios ratificados por Costa Rica publicada por el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social con fecha 11 de setiembre de 1984.

(67) Dichos convenios fueron ratificados por las siguientes leyes: 6729 de 31 de marzo de 1982, 6765 de 7 de junio de 1982, 6728 de 24 de marzo de 1982 y 6763 de 19 de mayo de 1982.

7. *Motivos por los cuales no fueron ratificados convenios que fueron sometidos a la Asamblea Legislativa.*

En el afán de tener completo el panorama del trámite que han sufrido los convenios de la O.I.T. que han sido sometidos a conocimiento de la Asamblea Legislativa para su ratificación es importante conocer las razones o motivos por las que 47 convenios no fueron ratificados en la oportunidad en que fueron sometidos. Sin embargo es necesario aclarar que se dieron casos de convenios que fueron presentados a conocimiento de la Asamblea en más de una ocasión⁽⁶⁸⁾ y esto ocurrió con 44, por lo que tenemos instrumentos que no fueron ratificados en una o más ocasiones y que, finalmente, en una nueva sumisión, fueron ratificados.

Determinamos los siguientes motivos para la no ratificación:

7.1.—*Por solicitud expresa o tácita del Poder Ejecutivo.*

Estos casos fueron analizados en el punto 5.3.7.

7.2.—*Por inercia legislativa.*

La disposición del artículo 99 del Reglamento de orden y disciplina interior de la Asamblea Legislativa (véase la nota 53) ha resultado fatal en la materia de que nos ocupamos, que no ha despertado el interés de los legisladores, por lo que al menos respecto de los proyectos de ley para la ratificación de 21 convenios operó el plazo del artículo 99⁽⁶⁹⁾ y el respectivo expediente fue archivado. Cuando menos uno de los proyectos, el que pretendía la ratificación de los convenios 141, 142 y 143 había recibido dictamen favorable de la comisión⁽⁷⁰⁾ y en otro se había producido un informe favorable del Departamento de Servicios Técnicos.⁽⁷¹⁾

(68) Por ejemplo el caso del convenio 101 que fue presentado a la Asamblea Legislativa el 4 de junio de 1957 (expediente 714), luego el 1º de junio de 1964 (expediente 1253), nuevamente el 4 de junio de 1965 (expediente A18E4070) y finalmente el 17 de junio de 1981 siendo esta vez ratificado según la ley número 6763. Entre otros que también fueron sometidos en más de una ocasión están el convenio 104 (junio de 1957 y agosto de 1984), el 119 (noviembre de 1964 y agosto de 1984), el 115 (junio de 1964 y agosto de 1984), el 110 (junio de 1964 y agosto de 1984), el 139 (julio de 1976 y agosto de 1984).

(69) Ver los expedientes números 714, 972, A32E6810 y A39E7575.

(70) Ver el expediente número A32E6810.

(71) Ver el expediente número A39E7575.

8. Conclusiones.

El estudio realizado me permite llegar a las siguientes conclusiones:

1. La finalidad de la sumisión de un convenio adoptado por la O.I.T. a la autoridad competente es poner a ésta en posibilidad de pronunciarse sobre el curso que ha de darse al respectivo instrumento y suscitar una discusión sobre el tema. Por ello estimo válida la sumisión que haga un diputado en el ejercicio de su iniciativa legislativa aunque éste debe ser un procedimiento de excepción.

2. Costa Rica sólo excepcionalmente ha cumplido con la obligación de sumisión dentro del plazo previsto en la Constitución de la O.I.T. La norma ha sido acumular considerable retraso.

3. El análisis de la forma en que el Poder Ejecutivo de Costa Rica ha cumplido con la obligación de sumisión pone en evidencia el poco interés que ha tenido en esta materia siempre pues se pudo determinar que no realiza estudios adecuados sobre la incidencia que tendrá la respectiva norma, no se da la orientación necesaria a la Asamblea Legislativa sobre el curso que debe darse al convenio, se hacen sumisiones masivas; se recomienda a menudo, en forma expresa o tácita, no ratificar un convenio sin dar, en la mayoría de los casos, los motivos de la recomendación; o simplemente se hacen sumisiones "mudas". Todo ello pone de manifiesto que ha existido un interés más formal que sustancial en relación con la ratificación de los convenios de la O.I.T.

4. El desinterés no ha sido sólo del Gobierno sino también de los trabajadores y de los empleadores toda vez que de 44 convenios ratificados por Costa Rica únicamente en relación con uno de ellos hubo un mínimo interés por parte de alguno de esos sectores.

5. La Asamblea Legislativa, —los diputados y aún sus asesores técnicos—, se ha contagiado de ese desinterés y no realiza un estudio de los instrumentos que le son sometidos y de sus posibles implicaciones. Cumplen con una mera formalidad. No se determinó un solo caso en el que se hubiera producido algún debate de fondo con ocasión de una ratificación de un convenio de la O.I.T.

6. La forma en que han actuado el Poder Ejecutivo, la Asamblea Legislativa y las partes sociales en relación con los convenios adoptados por la O.I.T. pone en evidencia el desconocimiento que se tiene de la importancia que tienen y la necesidad de que la O.I.T. intensifique el esfuerzo que realiza para su divulgación

BIBLIOTECA FACULTAD DE DERECHO

LA APLICACION DE LA LEY LABORAL EN EL ESPACIO EL PROBLEMA DE LA TERRITORIALIDAD*

Lic. Oscar Bejarano C.

Presidente de la Asociación Centroamericana y del Caribe
de Derecho del Trabajo.
Abogado costarricense.



* Ponencia al IX Congreso Centroamericano y del Caribe de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social.



SUMARIO:

- 1.—Introducción.
- 2.—La ley.
- 3.—El Derecho Civil.
- 4.—Los principios fundamentales del Derecho Internacional Privado.
- 5.—El Derecho del Trabajo y su Territorialidad.
- 6.—La jurisprudencia costarricense.

1. *Introducción*

El mundo moderno avanza hacia el Siglo XXI con vertiginosa rapidez; en esta sucesión de actos que llevan a los pueblos hacia su devenir históricamente inexorable, se han sucedido, en estos tiempos, grandes cambios en todas las sociedades que han visto, en pocas décadas, una total transformación del orden de las relaciones sociales, económicas y políticas.

La sociedad industrial moderna, aun en los países en vía de desarrollo como eufemísticamente se da en llamar a aquellos países que no han podido cumplir con las aceleradas metas económicas cuya pauta es marcada por las naciones más avanzadas del mundo, y dentro de los cuales se encuentran los países de América Latina, y desde luego los de nuestra Area Centroamericana y del Caribe, gira alrededor de relaciones que han escapado, dentro de la esfera o marco jusbolalista, a las necesarias regulaciones que esas novedades conllevan y requieren.

El orden social, en el cual se sustentan las relaciones obrero patronales, de este fin de siglo, definitivamente no es el mismo que existía cuando se promulgaron los Códigos de Trabajo, y desde luego, cuando los Códigos Civiles de América hispanoparlante vieron la luz.

La aparición del fenómeno de las empresas trasnacionales, consecuencia del avanzado estado de capitalismo imperante en el mundo moderno, trajo muchos problemas a los laboristas cuando se vieron enmarcados dentro de la maraña del derecho internacional privado y la concurrencia de diversas normas todas de rango de derecho necesario, obligatorio o comúnmente de orden público como son las leyes sociales. Y esos problemas que van hasta el absurdo de la concurrencia de numerosas legislaciones posibles de aplicarse en momentos sucesivos y hasta concurrentes, a una determinada relación laboral, deben resolverse con base en leyes vigentes de corte netamente civil, ya que los Códigos Laborales no se han ocupado de esta importante parte del derecho laboral. Defecto d los códigos de trabajo nuestros que remiten a los principios generales, no sólo en esta materia, sino en general en cuanto a la teoría general de las obligaciones, al derecho civil, viejo resabio ya superado de la pertenencia del derecho del trabajo, concretado en el arrendamiento de servicios o de obras juscivilista, al derecho civil.

Ha faltado, ciertamente, la usual intrepidez con que los laboristas afrontamos los problemas de nuestro derecho y que nos lleve a plantear principios propios en esta materia, que se adecúen a la especial naturaleza del derecho social, y que brinden una correct asolución a la concurrencia de normas jurídicas en el espacio.

Bien afirma el profesor PLA RODRIGUEZ⁽¹⁾ que:

"Los conflictos de normas laborales en el espacio son también frecuentes porque cada vez son más numerosas las relaciones de trabajo en las que existe algún elemento de carácter externo... Diversos factores han influido últimamente para que estos casos se presenten con mayor frecuencia, como la continua migración de trabajadores, la realización creciente de obras binacionales, los procesos de integración económica, el crecimiento y difusión de las empresas multinacionales. Se ha empezado a hablar del derecho internacional del trabajo".

Todo esto nos conduce a que es preciso sentar principios propios, doctrinarios, que regulen los problemas en que concurran en determinada relación de trabajo normas de ordenamientos jurídicos internacionales, bajo el punto de vista laboralista, acorde con los principios fundamentales de esta disciplina, y que se plasmen en reformas legislativas introducidas en los ordenamientos laborales, de suerte que los numerosos casos que caen dentro de estas situaciones, cuenten con una solución íntegra, y no tengan que ser resueltos con base en leyes civiles, aplicadas dificultosamente.

2. La Ley

No vamos a definir la ley, como expresión jurídica de la voluntad del Estado dentro de una sociedad determinada. Es el principal acto jurídico dentro de una sociedad de derecho. Emanada del Estado investido del poder de imperium y tiene aplicación general y obligatoria para todas las personas que caen dentro de su esfera o ámbito normativo.

En derecho laboral, nos encontramos con un elemento muy importante que, por demás, no es propio o exclusivo de esta disciplina, sea que por tratarse de derecho social, las normas que lo regulan son de orden público, necesario o imperativo. No pueden, las personas que por ellas se regulan, dejar de aplicar las normas o sobreponer a las mismas su voluntad. Ya esto señala, dentro del tema, una seria limitación a los conceptos, porque el Estado rescata para sí, bajo la denominación de orden público, la aplicación de la ley laboral dentro de su territorio con preferencia o exclusión de cualesquiera otras normas internacionales, y salvo desde luego los Tratados que mencionaremos infra.

Otro problema lo constituye la ley profesional emanada de los Convenios Colectivos de Trabajo, sobre cuya naturaleza se han definido ya los términos fundamentales de esta especial y sui generis fi-

(1) PLA RODRIGUEZ, AMERICO. Curso de Derecho Laboral. Tomo I. Acali Editorial. N° 134, Pág. 175.

gura jurídica.⁽²⁾ No cabe duda de que esta ley especial, debe ser tratada como tal dentro de la yuxtaposición o colisión de normas jurídicas en el espacio, en determinadas relaciones jurídicas y bajo especiales circunstancias.

De suerte que es preciso definir el ámbito tradicional dentro del derecho internacional privado tradicional, en el cual se mueven los intereses jurídicos cuando se trata de diversos ordenamientos legales aplicables a una determinada relación jurídica.

Excluimos, adrede, otras fuentes de derecho de este trabajo, no porque no tengan relación con el problema de que se trata, sino porque escapa a la brevedad de un trabajo como el presente. Trataremos el tema, pues únicamente referido a las leyes.

3. El Derecho Civil

El derecho civil tradicionalmente ha regulado, por medios de los principios generales de los Códigos Civiles, lo relativo al ámbito de aplicación espacial de la ley, reservándose a casos de excepción la regulación de situaciones extraordinarias.

Buen ejemplo de lo anterior es el Código Civil de Costa Rica, promulgado el 26 de abril de 1886, venerable corpus juris que contará con cien años próximamente, y que sigue en lo fundamental el Código de Napoleón con algunos elementos del Código Civil de España, y cuya parte general, Título Preliminar de la Publicación, Efectos y Aplicación de las leyes, señala, en sus artículos 1° al 12, los principios fundamentales de la aplicación de la ley en los tres ámbitos en que se desenvuelve: el de las personas, el del espacio y el del tiempo. Nos interesa a este trabajo, el segundo.

Las normas, tradicionales, señalan:

"Artículo 1.—Las leyes son obligatorias y surten sus efectos en todo el territorio costarricense,..."

"Artículo 2.—Las leyes en que esté interesado el orden público, obligan a los habitantes y aún a los transeúntes en el territorio de Costa Rica".

"Artículo 3.—Las leyes de la República concernientes al estado y capacidad de las personas obligan a los costarricenses para todo acto jurídico o contrato que deba tener su ejecución

(2) Juan A. Eisinck, Ambito de Validez Personal, Material y Territorial de los Convenios Colectivos en Derecho Colectivo Laboral. De la Cueva y otros. Pág. 122, dice: "las teorías jurídico-sociales llegan por diversos caminos, a la consagración del convenio colectivo como verdadera ley en sentido material como antes se dijo".

en Costa Rica, cualquiera que sea el país donde se ejecute o celebre el acto o contrato; y obligan también a los extranjeros, respecto de los actos que se ejecuten o contratos que se celebren y hayan de ejecutarse en Costa Rica."

"Artículo 6.—La prescripción y todo lo que concierne al modo de cumplir o extinguir las obligaciones que resulten de cualquier acto jurídico o contrato que haya de ejecutarse en Costa Rica, se regirá por las leyes costarricenses, aunque los otorgantes sean extranjeros, y aunque el acto o contrato no se haya ejecutado o celebrado en la República."

"Artículo 7.—Para la interpretación de un contrato y para fijar los efectos mediatos o inmediatos que de él resulten, se atenderá a las leyes del lugar donde se hubiere celebrado el contrato; pero si los contratantes tuvieren una misma nacionalidad, se atenderá a las leyes de su país."

En los testamentos, se atenderá a las leyes del país donde tuviere su domicilio el testador.

Respecto de los matrimonios, se atenderá a las leyes del lugar donde hubieren convenido en establecerse los cónyuges; y a falta de ese convenio, a las del país donde tenga su domicilio el marido."

"Artículo 8.—En cuanto a la forma y solemnidades externas de un contrato o de un acto jurídico que debe tener efecto en Costa Rica, el otorgante u otorgantes pueden sujetarse a las leyes costarricenses o a las del país donde el acto o contrato se ejecute o celebre."⁽³⁾

Ese complejo de normas, se aplican al derecho laboral de conformidad con el principio general señalado en el artículo 15 del Código de Trabajo⁽⁴⁾ conforme al cual el derecho común rige supletoriamente al derecho laboral.

No todos los ordenamientos jurídicos vigentes en el Area Centroamericana contienen en sus Códigos Civiles esa regulación. Guatemala Vgr contiene una norma general de rango constitucional en el artículo 144 de la Constitución Política de 1965;⁽⁵⁾ España contiene normas similares en su Código Civil, artículos 8, 9, 11 y 12,⁽⁶⁾ idem

(3) Código Civil de Costa Rica. Edición 1955.

(4) Código de Trabajo de Costa Rica. Edición 1984.

(5) Constitución y Códigos. Héctor A. Cruz Quintana. Guatemala, 7ª Edición 1981.

(6) Estatuto de los Trabajadores. Ley 8k1980 en Civitas. Legislación Social Básica.

el Código Civil de Italia, artículos 16, 25, 26, 28, 30 y 31⁽⁷⁾ y el de Colombia, artículos 18, 19, 21.⁽⁸⁾ Excluimos de los textos citados las normas que no se refieren a actos o contratos en general, obligaciones y su ejecución y la forma de los actos jurídicos, que son los que tienen más relación con este trabajo y con las relaciones originadas en contratos de trabajo.

Estos mismos principios generales regulan la materia laboral, lo que es propio de casi todos los Códigos del área; en Costa Rica, el artículo 15 del Código de Trabajo, remite al derecho común para los casos no previstos, en último término ciertamente y antes de los Convenios y Recomendaciones de la O.I.T. en cuanto no se opongan a las leyes del país, situación que no es exacta en cuanto a los convenios en virtud del texto actual de la Constitución Política en su artículo 7º que establece rango superior a las leyes para los Convenios aprobados legislativamente, a los principios generales de Derecho de Trabajo, la equidad, el uso o la costumbre. Mas, en esta materia, como lo veremos infra, nuestros Tribunales han recurrido siempre a la ley civil, principio de territorialidad de la ley laboral, antes que los principios generales o demás indicados, propios del Derecho del Trabajo.

4. Los principios fundamentales del Derecho Internacional Privado

Históricamente tres grandes sistemas ha conocido la humanidad en cuanto a las relaciones entre Estados y los conflictos de aplicación de las leyes. El primero, históricamente el más antiguo, hace prevalecer la ley nacional con total desconocimiento de la ley personal del extranjero. El segundo, extremo opuesto al anterior, trata de imponer la ley nacional a los nacionales en el extranjero. Un sistema intermedio, que siguen las naciones modernas, exige la aplicación de la ley nacional a los extranjeros en ciertas materias o áreas que se consideran fundamentales para el Estado, lo que podríamos llamar el "orden público", aunque esta expresión peca de ambigua, por exceso o por defecto, y permite la aplicación a situaciones que dependen de la ley local (estado, capacidad, forma de los actos, etc...). Dentro de esta tendencia, se trata de regular mediante tratados entre los Estados las diversas materias para definir la aplicación de una u otra ley en cada caso; tal es el supuesto sobre el que descansa el Código de Bustamante, mas, con el problema de que la mayoría de los Estados signatarios hicieron expresa reserva de lo que, en el decir de las delegaciones de Colombia y Costa Rica, Vgr. constituye "reserva expresa de todo cuanto pueda estar en contradicción con la legislación colombiana y la costarricense", con la cual se ha limitado notoriamente la aplicación de este importante cuerpo legal.

(7) Codice Civile e Leggi Collegate. Giorgio de Nova. 1979.

(8) Código Civil de Colombia. 9ª Edición 1972. Colección Codex Bravis.

Es preciso indicar algunas expresiones latinas de uso común en esta materia, a saber:

Lex rei sitae: Los derechos reales se juzgan de acuerdo al derecho del lugar donde se encuentra la cosa.

Lex loci solutionis: La obligación se rige por la ley del lugar de cumplimiento.

Lex loci contractus: Es la ley del territorio donde se celebra el contrato la que regula esos actos.

Lex fori: Es la ley del Juez quien aplica las reglas promulgadas en el territorio en que actúa.

Forum domicilii: Los Tribunales aplican la ley del domicilio en todo lo relacionado con el procedimiento.

Locus regit actum: La ley del lugar rige los actos; conlleva el principio de territorialidad de la ley. Modernamente está limitado su uso, en virtud de los tratados internacionales y las normas modernas de convivencia entre los pueblos.⁽⁹⁾

A esas locuciones latinas algunos⁽¹⁰⁾ agregan otras:

Lex loci executionis: La ley del lugar de la ejecución del contrato es la que rige (equivale a *lex loci solutionis*).

Es preciso señalar estas locuciones porque marcan las usuales, aun en la materia laboral, habida cuenta de no contar con propias de esta disciplina, como es manifiesto.

5. El derecho del trabajo y su territorialidad

El principio general de la territorialidad del Derecho del Trabajo es tradicional, tanto que en la Convención de Derecho Internacional privado (Código Bustamante), suscrita el 13 de febrero de 1928 en la VI Conferencia Internacional Americana reunida en La Habana, Cuba,⁽¹¹⁾ en su artículo 198 se dispuso que "También es territorial la legislación sobre accidentes del trabajo y *protección social del trabajador*."

(9) ORTIZ MARTIN, GONZALO. Derecho Internacional Privado. Facultad de Derecho. Costa Rica, 1947. Págs. 42 s.s.

(10) DEVEALI, MARIO L. *Op. cit.* Pág. 476 Tº IV.

(11) Convención aprobada por el Congreso Constitucional de Costa Rica el 13 de diciembre de 1928 mediante Decreto N° 50.

En general la doctrina jus laboralista sigue sosteniendo ese mismo criterio. DE FERRARI⁽¹²⁾ sostiene:

"184. El principio de la territorialidad. Como se sabe, en nuestra materia, *rige de un modo general el principio de la territorialidad. Por lo tanto, el derecho del trabajo tiene imperio en el país que lo dicta con la exclusión de todo otro y es, en general, aplicable a los trabajadores nacionales o extranjeros, aunque la relación de trabajo derive de un contrato celebrado fuera del país.*"

El anterior principio, como se dijo supra, es antiguo, tanto como pueda hablarse de antigüedad en el Derecho del Trabajo que es relativamente nuevo, porque ya figuraba desde 1928 como principio en el Código de Bustamante, artículo 198, si bien mencionado como legislación relativa a la protección social del trabajador, término de uso hoy restringido a la parte propiamente de Seguridad Social, pero que en los inicios de nuestro derecho anunciaba su nombre según una corriente en boga. De ello da fe MARIO DE LA CUEVA⁽¹³⁾ cuando afirmaba:

"C) *El Estado y el Derecho Social.*

Qué relación existe entre el Estado y el Derecho Social?... El derecho del trabajo no es un derecho público ni derecho privado; es un derecho social nuevo... El derecho del trabajo es un derecho social en el sentido de que habló Gierke y lo es porque considera al hombre como miembro de un todo, lo que hace de él un derecho nuevo."

El autor abunda en explicaciones al respecto, ya que todo el Capítulo II (Págs. 221 a 236 Op. Cit.) está dedicado al tema del nombre del Derecho del Trabajo.

Si bien, en general, el principio de la territorialidad de la ley laboral es aceptado, debe aplicarse el mismo a las varias situaciones que se derivan de las relaciones individuales de trabajo; como entodo contrato pueden darse diversos momentos en la vida del contrato, desde su formación, nacimiento y ejecución, hasta su terminación. Enmarcado el contrato en esas fases clásicas, surgen diversos momentos y diversos problemas en torno a la aplicación de leyes, cuando esos momentos se desarrollan bajo diversos ámbitos jurídicos internacionales. Los ejemplos son muy variados, y de ellos se contienen en las jurisprudencias nacionales buenos casos. En Argentina se citan el del empleado de Air

(12) DE FERRARI. Derecho del Trabajo. Tomo I. N° 184. Pág. 335. De Palma. 1968.

(13) DE LA CUEVA, MARIO. Derecho Mexicano del Trabajo. Tomo I. Pág. 236. Edición 1960.

France contratado en París, despedido después de haber laborado en Brasil y Argentina, país este último en sus relaciones, o el del contrato de circo en relación con empleados contratados en Brasil que terminan su relación en Argentina,⁽¹⁴⁾ o en la jurisprudencia costarricense, el de un empleado de una trasnacional con sede en Los Angeles, California, U.S.A. que laboró ininterrumpidamente en varios países de Centroamérica como agente venededor de libros, terminando su relación de trabajo en Costa Rica, o el de un Gerente de Banco que comenzó en Europa y terminó en Costa Rica,⁽¹⁵⁾ y estamos seguros de que en todos los países figurarán casos similares a esos. El común denominador, en esos casos, es la posible aplicación de varias leyes al contrato de trabajo en sus diversas fases, lo cual produce, al examinar la terminación del contrato y sus efectos jurídicos, cuáles de esas legislaciones que fueron aplicables al contrato o que lo rigieron en determinado momento, subsiste en cuanto a alguno o algunos derechos que tienen relevancia económica.

La cuestión deviene en importante, porque como dijimos antes, el avance del mundo moderno es tal que lo que otrora eran casos de excepción hoy son casos corrientes. La rapidez de las comunicaciones, la facilidad del transporte, el avance de los procesos de integración económica, y el fenómeno de las trasnacionales, conlleva esa posibilidad.

La manifestación de la soberanía nacional, según la cual todos los habitantes de un país, nacionales o no, se rigen por las leyes del país, constituye un principio universal, contra el cual chocan las pretensiones de ampliar el ámbito de aplicación del derecho extranacional a situaciones jurídicas internacionales. De ello no sólo es buena muestra la legislación costarricense, y la jurisprudencia nacional que se analizará infra, sino en general de la de todos los países iberoamericanos.

Citamos, como ejemplo de ello, la jurisprudencia española recogida en Doctrina Civil del Tribunal Supremo,⁽¹⁶⁾ así:

"Las leyes como manifestación de la soberanía, sólo alcanzan y son eficaces hasta donde la soberanía llega, y únicamente obligan en el territorio para que se dictan, según expresamente declara para los españoles el artículo 1 del Código Civil y, en forma más o menos implícita confirmarse la doctrina en las sentencias del Tribunal Supremo de 15-11-89 y 10-1-915. (sentencia 3-1-921; 8-8-921 C.L.T.). Pág. 321."

(14) DEVEALI, MARIO L. Tratado de Derecho del Trabajo. I° IV. Pág. 479. La Ley. 1966.

(15) Caso López Sotomayor contra Clute Internacional Institute. Juzgado Primero de Trabajo. Archivo Judicial.

(16) RODRIGUEZ NAVARRO, Manuel. Doctrina Civil del Tribunal Supremo. T° I.

Es lo que DEVEALI⁽¹⁷⁾ dice en corta frase:

"Los efectos del contrato de trabajo han sido desprendidos por la jurisprudencia normalmente del Derecho del país de la ejecución de aquél."

Si bien ya entramos en el problema de la ejecución del contrato, que es el momento de la relación jurídica en el cual nace el problema de la posible aplicación de la ley extranjera.

6. La jurisprudencia costarricense

En general la jurisprudencia costarricense sigue los lineamientos generales de la doctrina y jurisprudencia extranjeras, antes expuesta.

En sentencia de la Sala de Casación⁽¹⁸⁾ N° 141 del 13 de diciembre de 1972, dicha Corte negó la aplicación de la ley laboral costarricense para efectos de calcular la indemnización por auxilio de cesantía (artículo 29 del Código de Trabajo), a la parte o partes de la relación laboral del trabajador accionante que se ejecutó en territorio extranjero, habiendo laborado el trabajador en varios países con el mismo patrono, una empresa trasnacional, en consecuencia, se concedió la indemnización al trabajador sólo por la parte del contrato ejecutada en Costa Rica. No se escapa a los peligros de una tesis tan radical, porque ello facilita a una compañía el descargo de sus obligaciones laborales a la terminación del contrato, con sólo trasladar de un país a otro al trabajador y dejarlo cesante en el último, sin acumulación de antigüedad. —Ya desde aquella ocasión el Tribunal Superior de Trabajo (sentencia N° 1659, de las 9:45 horas del 20 de junio de 1972 que confirmada por la N° 141 de supra cita de Casación), había dicho:

"Considerando II. Dispone el Código de Trabajo vigente, artículo 14, "que la legislación laboral es de orden público y por lo mismo, a sus disposiciones deben sujetarse todas las empresas, explotaciones y establecimientos existentes o que en un futuro se establezcan en el país, lo mismo que todos los habitantes de la República, sin distinción de sexo ni nacionalidades". Ese principio de la territorialidad que consagra nuestra legislación es una de las características de las normas laborales, razón por la cual está incorporado en casi todas las legislaciones: así por ejemplo, el Código de Trabajo de Colombia estatuye que "sus disposiciones rigen en todo el territorio de la República, praa todos sus habitantes, sin consideración a su nacionalidad"; el dominicano "que las leyes concernientes al trabajo son de

(17) DEVEALI, MARIO L. *Op. Cit.* T° IV, Pág. 479.

(18) Jurisprudencia Casación. Manuel López Sotomayor c/ Clute Internacional Ltd.

carácter territorial"; e hondureño también contiene disposiciones similares, lo mismo que el panameño que acaba de promulgarse, etc., etc. Sobre el mismo punto, tanto la doctrina como la jurisprudencia han sido uniformes en el mismo sentido, pudiendo citarse en cuanto a lo primero las autorizadas opiniones de Mario de la Cueva, transcrita en el fallo de primera instancia, la de Rafael Caldera, en su obra *Derecho del Trabajo*, página 137 y siguientes y, la de Alfredo Gaete Barrios, en su libro "Tratado de Derecho del Trabajo Chileno" páginas 43 y siguientes; y en cuanto a la jurisprudencia, la del Tribunal Superior de Trabajo de Brasil que indicó "que la legislación laboral brasilera es estrictamente territorial, aplicándose a cuantos trabajen aquí, sean nacionales o extranjeros"; la de la Sala de Casación de nuestro país, según sentencia de las diez horas, cuarenta y cinco minutos del seis de setiembre de mil novecientos cincuenta, lo mismo que los pronunciamientos de este Tribunal Superior, en sentencias de las quince horas, cuarenta minutos del doce de diciembre de mil novecientos cincuenta y uno, y de las quince horas, treinta y cinco minutos del dieciséis de octubre de mil novecientos cincuenta y dos; de tal manera que la tesis mantenida en el fallo apelado se conforma con las corrientes más definidas y aceptadas sobre la materia. En virtud de lo expuesto, el actor no puede pretender que se le indemnicen con las leyes costarricenses, los derechos que pudo haber adquirido cuando trabajó en Honduras y El Salvador pues debió acudir a la legislación y a los tribunales de los citados países en demanda de los mismos."

La parquedad de la sentencia de casación de 1972, propia del Magistrado redactor, entonces Presidente de la Corte, Lic. Fernando Baudrit, no deja mucha duda sobre el penamiento de entonces de la Sala respecto de la territorialidad de la ley laboral porque, según reza el Considerando Único del fallo, "óo deja duda alguna, de la territorialidad de las disposiciones del Código de Trabajo, su artículo 14. A los amplios alcances que a la norma pretende el recurrente que debe darse, se opone abiertamente el artículo 7º del Código Civil, de aplicación supletoria en litigios como el presente, conforme al número 15 del citado en primer término... De esa suerte, por el concepto de territorialidad antes indicado, la relación de trabajo realizada en Costa Rica, sí cae bajo nuestro ordenamiento jurídico respectivo; pero la ocurrida en El Salvador y en Honduras tiene que regirse por las leyes de esos países, pues el actor es nicaragüense y la firma accionada es "Sociedad constituida con sede social en Los Angeles, California, U.S.A. ".....". La sentencia admite la posibilidad de aplicación de las leyes extranjeras pero evade el punto en concreto so pretexto de que no se alegó en el caso y no se demostró la existencia de las leyes de los otros países. Esto conlleva un principio de contradicción, que es manifiesto porque la te-

rritorialidad no admite esa posibilidad, a no ser que se admita que la ley nacional laboral rige en lo que sea de superar los derechos del trabajador establecidos en las leyes foráneas, o sea, bajo el principio pro operario.

En esa sentencia se cita el antecedente más antiguo de la Corte de Casación, respecto de la territorialidad de la ley laboral; efectivamente, en sentencia de las 10:45 horas del 6 de setiembre de 1950,⁽¹⁹⁾ dicha Sala había dicho:

"II. Que al haberle puesto término al contrato la referida empresa, sin causa, según el recurrente, es el fundamento de la acción que se ejercita; mas los tribunales de este país son incompetentes para conocer de acciones que originan en hechos realizados por una empresa de transportes internacionales que ejerce sus actividades entre los países centroamericanos, si el despido del trabajador que presta sus servicios en el extranjero ha sido acordado por la administración de una empresa que tiene su domicilio fuera de Costa Rica."

En este caso el trabajador, de Taca una línea aérea salvadoreña, había sido contratado en Costa Rica y fue despedido en El Salvador.

A partir de esta fecha los tribunales reiteraron la territorialidad de la ley laboral en similares términos, si bien las decisiones judiciales muestran una mayor elaboración teórica y doctrinaria.

En Sentencia Nº 105 de las 15:05 horas del 5 de setiembre de 1975, la Sala de Casación, dijo:

"Considerando I. Como principio general puede decirse que las leyes son obligatorias y surten sus efectos en todo el territorio costarricense (artículo 1 del Código Civil), que la legislación de trabajo es territorial, y que como consecuencia de ello, se aplica la ley del Estado dentro del cual se presta el servicio (Código de Bustamante, artículo 198; Mario de la Cueva, *Derecho Mejicano T. I.*, Págs. 399 y 400; Ernesto Krotoschin, *Insituciones de Derecho de Trabajo*, citado por Mario de la Cueva, en la página 400 de su cita da obra; Guillermo Cabanellas, *Introducción al Derecho Laboral*, Volumen II. Nº 594, página 290). Por consiguiente, al hacer la aplicación de las normas laborales se deben tomar en cuenta, únicamente los hechos realizados u ocurridos dentro del país, y no los acaecidos fuera, puesto que la aplicación de la ley consiste en sumir un caso concreto bajo la norma de derecho a fin de determinar si la hipótesis de la

(19) Caso Heath Sellers c/ Taca. Colección Oficial Sentencias de Casación 1950. Segundo Semestre. Págs. 794 s.s.

ley se realiza en el supuesto de hecho. Y si la ley costarricense concede derecho a prestaciones sociales tomando en cuenta el tiempo servido por el trabajador a su patrono, ha de entenderse que se refiere, en principio, al trabajo efectuado en el país, que la relevancia jurídica concedida al hecho de trabajar se confiere tan sólo al efectuado dentro del territorio nacional y que el derecho a esas prestaciones nace de los hechos acaecidos en el país, que vienen a ser los únicos en que está la razón en virtud de la cual la norma despliega su precepto, salvo lo que se dirá en el considerando III.

"II.—De allí que, por ese efecto territorial que tienen las leyes laborales, los tribunales costarricenses al fallar el caso, sólo pudieron tomar en cuenta y contar el tiempo de trabajo desempeñado en Costa Rica y no el servido en el extranjero. En tal sentido debe entenderse el efecto territorial de las leyes, pues si se tomara en cuenta el tiempo laborado fuera del país, eso hubiera equivalido a dar efecto extraterritorial a las mismas, contra lo que dispone ese artículo vº del Código Civil y sin que una ley lo hubiera autorizado de manera expresa. Esa aplicación extensiva del precepto legislativo iría, además, contra la seguridad jurídica, porque las partes del juicio han tenido que suponer que los hechos realizados en el exterior se regían por la ley vigente en el país respectivo, en el tiempo en que esos hechos ocurrieron..."(20)

Dicha sentencia, además de lo transcrito en el Considerando III, da una razón adicional en pro de la territorialidad supuesta de la ley laboral, a saber que tomar en cuenta la antigüedad laborada por el trabajador demandante fuera del país "iría, además contra la seguridad jurídica, porque las partes del juicio han tenido que suponer que los hechos realizados en el exterior se regían por la Ley vigente en el país respectivo en el tiempo en que esos hechos ocurrieron" (sic).

No cabe duda de que en estricto sentido juscivilista, tales argumentos son válidos, sin tomar en consideración las razones intuitivas propias del derecho del trabajo, y desde luego, el principio pro operario de análisis infra (vid N° 7). Pero por más que las comunicaciones actuales sean más accesibles y fáciles, lo que significa para un trabajador cuya relación de trabajo termina en Costa Rica V. gr. viajar a otros países, que pueden ser cercanos como los del área, o lejanos como Argentina o Estados Unidos de América, para no hablar de Europa o Asia, a demandar en cada país las indemnizaciones que bajo la ley de cada estado le corresponderían. Resulta, de hecho, imposible, y conduce a un absurdo jurídico impropio de la realidad laboral que im-

(20) Caso Wolf Laporte c/ Gulf Oil Corporation. Juzgado Segundo de Trabajo. Archivo Judicial.

pera en el derecho del trabajo, y desde luego, desconoce las posibilidades de los trabajadores, por lo que deviene en injusta.

Esta sentencia fue repetida ya en posteriores decisiones del Tribunal Superior de Trabajo, Vgr. en la N° 1371 de las 8:05 horas del 15 de junio de 1981.(21)

Como puede notarse claramente, el criterio seguido hasta esa sentencia, de data reciente, es cerrado en cuanto a admitir la aplicación de la legislación extranjera a la antigüedad laboral acumulada por un trabajador que termina su relación laboral en territorio costarricense, fuera del país. Si bien se admite la aplicación de la ley costarricense a esa relación se mantiene el criterio de que sólo en cuanto a la parte de la relación desarrollada en Costa Rica.

La territorialidad de la ley laboral la hace derivar la Sala de Casación del artículo 14 del Código de Trabajo de Costa Rica que reza:

"14. Esta ley es de orden público y a sus posiciones se sujetarán todas las empresas, explotaciones o establecimientos, de cualquier naturaleza que sean, públicas o privadas, 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."

Efectivamente, dicha Sala en sentencia N° 110 dictada a las 14:10 horas del 30 de mayo de 1984, dijo:

"La territorialidad de las disposiciones del Código de Trabajo están consagradas en su artículo 14, y siguiendo ese principio la jurisprudencia de los más altos tribunales del país ha declarado que las mismas sólo se aplican dentro del ámbito del territorio donde se presta el servicio (véanse entre otras sentencias de la Sala de Casación números 141 de 1972, y 105 de 1975 y del Tribunal Superior de Trabajo de las 9 horas y 45 minutos del 20 de junio de 1972). Por tanto, es a la luz de aquella disposición legal que debe examinarse el presente conflicto..."(22)

En este caso la Sala, actuando de conformidad con la disposición del artículo 416, inciso b) del Código de Trabajo(23) anuló la sentencia del a quo.

(21) Caso Schmack Vlahovitz c/ Bank of America, Juzgado I de Trabajo de San José, Archivo Judicial.

(22) Caso López Calleja vs. Lacsá. Juzgado I de Trabajo. Archivo Judicial.

(23) El artículo dispone: 416: "En las cuestiones de competencia por razón de territorio se procederá de la siguiente manera: ..b) Si se denegare la excepción de incompetencia por razón del territorio costarricense, la parte podrá plantear la correspondiente nulidad al conocer la Sala de Casación de la sentencia definitiva, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 549;..."

No obstante la meridiana claridad con que nuestros tribunales han aplicado el concepto de la territorialidad de la ley laboral, nótese alguna apertura en una sentencia de reciente data N° 16 de las 8:45 horas del 14 de marzo de 1984) en que unos marinos de un barco de bandera panameña que vino a Costa Rica a hacer un flete y dieron por terminados sus contratos de trabajo, aun siendo extranjeros, obtuvieron condenatoria total por su relación de trabajo con su patrono. Y aun cuando en esa sentencia se dijo que el caso no tenía relación con la territorialidad de la ley laboral, en el fondo sí lo tenía desde que su patrono era extranjero, y el contrato se celebró fuera del país. Dicha sentencia resolvió, en lo que interesa:

"Considerando I. Es importante destacar, que en este caso, no existe en verdad un problema de "territorialidad de las leyes de trabajo". Este problema existiría en el supuesto de que los actores, extranjeros como son todos, invocando la aplicación de leyes de otros países o las de nuestro país, demandaran el pago de prestaciones por trabajos o contratos de trabajo ejecutados fuera de nuestras fronteras." (24)

En ese asunto se discutió sobre la aplicación de una Convención de Trabajo vigente en Grecia, país de origen de algunos actores, y el punto de suyo interesante en cuanto a la aplicación de esa ley profesional en territorio costarricense fue eludido por la Sala de Casación quien dijo:

"Vista entonces la situación de hecho que ya fue analizada, carece de interés que los demandantes bayan invocado parcialmente en su demanda, una convención concertada en otra nación, porque lo que interesa, según se explicó, es que la relación de trabajo de que se trata, tuvo sus efectos en gran medida, dentro de nuestro país, y siendo así, no es posible pensar siquiera que las acciones promovidas en este juicio puedan tener tropiezo en nuestra legislación, o mejor dicho, en los principios generales del derecho..."

La sentencia cita a DE LA CUEVA así:

"Refiriéndose a esto, el tratadista Mario de la Cueva expresa en su conocida obra, Tomo I, página 402, que la Constitución Mexicana" consigna un mínimo de condiciones de trabajo en beneficio, no solamente de los trabajadores mexicanos, pues no son derecho del ciudadano, sino de cualquier persona que, en el territorio nacional, preste un servicio a otra". "Además de esta razón agrega el mismo tratadista— existe otra: El artículo 13 de nuestro Código Civil previene que "los efectos jurídicos de actos y contratos celebrados en el extranjero, que deban tener ejecución

en el territorio de la República, se regirán por las disposiciones del Código"; el precepto sigue diciendo el maestro de la Cueva— consigna un principio general del derecho mexicano, y consecuentemente, debe aplicarse al derecho de trabajo."

Dicha sentencia significa una apertura en cuanto a la territorialidad de la ley laboral, en favor de trabajadores extranjeros, cuya relación de trabajo se inició en el extranjero y consecuentemente cuya antigüedad laboral cae fuera de las fronteras del país, y cambia en ese sentido los rígidos antecedentes jurisprudenciales que dictaron los jueces de la Sala de Casación y del Tribunal Superior de Trabajo entre los años 1950 y 1981; aunque el punto muy interesante de la aplicación de una Convención Colectiva de Trabajo, como y en cuanto ley profesional, verdadera ley, extranjera se podía aplicar a trabajadores extranjeros cuya relación termina en el país, se eludió en la sentencia, queda claro que los jueces de la mayoría que resolvió el caso antes indicado, en el fondo consideran que si sería aplicable una ley extranjera, ley formal y material o ley profesional, porque aceptaron la antigüedad de los trabajadores para los efectos económicos derivados de la terminación del contrato conforme la ley costarricense, cuya indemnización (preaviso-auxilio de cesantía, artículos 28 y 29 del Código de Trabajo), está ligada a la antigüedad del trabajador. La vía utilizada para esa extensión extraterritorial de la ley laboral costarricense es muy inteligente: los principios generales del derecho que consagra el artículo 15 del Código de Trabajo que dispone:

"15. Los casos no previstos en este Código, en sus Reglamentos o en sus leyes supletorias o conexas, se resolverán de acuerdo con los principios generales de Derecho del Trabajo, la equidad, la costumbre o el uso locales..."

Y además, en el 6 del Código Civil (vid supra N° 2).

Contra ese criterio DEVEALI⁽²⁵⁾ cita un caso resuelto en la República de Argentina, según el cual "El contrato de ajuste que no haya sido concertado para un viaje redondo, se regula por la ley del país cuyo pabellón el buque ostenta, ya que aquélla contempla las exigencias de la navegación y la necesidad de un tratado común a la tripulación que puede ser contratada en distintos puertos. Siendo el barco el lugar de la ejecución del contrato, la sentencia mencionada al parecer escoge la ley en él imperante para la regulación de la validez del contrato".

Lo anterior es aplicable al caso de mérito fallado en la sentencia de comentario por nuestros tribunales, porque los marinos del barco Kretan Spirit, según los hechos aprobados del caso, laboraron en un barco de bandera extranjera.

(24) Caso George Hondrogianoglou y otros c/ María Victoria Naviera, S. A. Caso activo. Juzgado 3° de Trabajo de San José.

(25) Deveali Mario L. Op. Cit. T° IV. Pág. 477.

Es interesante que en ese juicio el Tribunal Superior de Trabajo, cuya sentencia fue revocada con el voto de mayoría de tres magistrados de la Sala y dos votos salvados en favor de confirmar, citan al profesor ALONSO OLEA, MANUEL en pro de la tesis de que la bandera del barco es la que rige, según dice la sentencia dictada a las 9 horas, 40 minutos del 27 de octubre de 1983:

"Sin embargo, para una mejor solución del juicio, los firmantes del voto de mayoría consultamos el punto con el tratadista doctor Manuel Alonso Olea, en su reciente visita a nuestro país, quien confirmó la tesis de que las normas de derecho laboral costarricense no se pueden aplicar al presente caso. Según el distinguido juriconsulto la legislación aplicable es la panameña, porque el barco —que era el centro de trabajo en donde los actores realizaban su labor— es de propiedad de una firma de ese país, de tal manera que serían los tribunales de Panamá los competentes para conocer del reclamo."

7. El derecho del trabajo y los principios propios

Es hecho ya resuelto, cosa juzgada, que el derecho del trabajo tiene sus principios interpretativos propios, a los cuales debe recurrirse, y sólo en defecto de ellos, a los del derecho común, así lo ratifica el artículo 15, Código de Trabajo de Costa Rica, y la mayoría de las legislaciones laborales, entre ellas, Código de Trabajo de Guatemala artículo 15, idem Sustantivo de Colombia, artículo 19. Siendo así, la incidencia de ciertos principios de nuestro derecho, juega papel preponderante en la solución final que deba recomendarse en cuanto a la territorialidad de la ley laboral.

* El fundamental, desde luego, es el principio "in dubio pro operario", a cuyo tenor las situaciones de duda, de hecho o de derecho, en una situación jurídica laboral determinada, deben interpretarse en favor del trabajador; ese principio es tan importante, como lo señalan todos los autores de la materia; que el Estatuto de los Trabajadores de España (1980) lo consagró en su artículo 3º, inciso 3) así:

"Los conflictos originados entre los preceptos de dos o más normas laborales tanto setatales como pactadas, que deberán respetar en todo caso los mínimos de derecho necesario, se resolverán mediante la aplicación de lo más favorable para el trabajador apreciado en su conjunto, y en cómputo anual respecto de los conceptos cuantificables."

Este principio que constituye una verdadera regla de oro para proteger al trabajador de la "hiposuficiencia" que apuntaba Cesarino Ju-

nior⁽²⁶⁾ introduce especiales problemas a considerar en el caso de las relaciones internacionales de trabajo, que traducido al caso en concreto de varias legislaciones aplicables a un caso, vendría a ser, en frase de DEVEALI⁽²⁷⁾ el de favor' locationis conductionis operarum" según el cual "ha de aplicarse obligatoriamente a los derechos del empleado el Derecho más favorable de entre los diversos Derechos interesados".

Las legislaciones de América contienen referencia expresa a este principio: CAVAZOS FLORES⁽²⁸⁾ cita las siguientes: Artículo 7º, Código de Trabajo de Ecuador; artículo 17 idem del Código de Guatemala de 1961, 13 del idem de El Salvador, 21 del idem de Colombia y señala el numeral 18 del Código de Honduras, cuya redacción es similar a la del artículo 15 del Código de Trabajo de Costa Rica.

Esta universal aceptación del principio pro operario abre la posibilidad de aplicación al conflicto de leyes en el espacio, siempre y cuando se admita que el principio de la territorialidad de la ley laboral debe ceder, en ciertas situaciones especiales, ante el pro operario para admitir la aplicación de leyes foráneas.

Para ello, como se verá infra, es preciso señalar la urgente necesidad de dotar a la legislación laboral de cada país, de principios propios en materia de aplicación de la ley laboral en el espacio, para adecuarla a las necesidades propias de esta disciplina.

Un ejemplo importante de esa norma aplicada a la jurisdicción que deba conocer de un reclamo laboral, es el artículo 413 del Código de Trabajo de Costa Rica (reformado por ley N° 3702 del 22 de junio de 1966), una de las pocas reformas que ha sufrido el Código desde su expedición en 1943), a cuyo tenor "En los procedimientos laborales, la jurisdicción por razón de la materia es improrrogable. Podrá prorrogarse por razón del territorio, si es en beneficio del trabajador, pero nunca en su perjuicio" norma ésta que se ha aplicado en caso de conflicto de competencias dentro del territorio nacional, pero nunca se ha tomado en cuenta para conflicto jurisdiccional de carácter internacional, que siempre se han resuelto en favor de la territorialidad de la ley costarricense y en consecuencia, la incompetencia de nuestros tribunales para conocer reclamos laborales que no caigan dentro de los supuestos jurisprudenciales que hemos analizado anteriormente (vid. número 6).

Otros principios propios del Derecho del Trabajo como son los principios de norma mínima (el artículo 11 del Código de Trabajo de Costa Rica sanciona con nulidad las renunciaciones de los trabajadores a las

(26) DEVEALI MARIO L. Op. Cit. Tº IV. Pág. 481.
(27) Idem nota 66.
(28) CAVAZOS FLORES, BALTAZAR. 35 lecciones de Derecho Laboral. Ed. Trillas. Mex. Pág. 60.

disposiciones del Código y sus leyes conexas), *norma más favorable* (idem 17 señala que para interpretar el Código, su Reglamento y leyes conexas se tomarán en cuenta fundamentalmente el interés de los trabajadores y la conveniencia social), *condición más beneficiosa, irrenunciabilidad de derechos*, todos ellos, como afirma ALONSO OLEA "antemperados por el principio "pro operario" (29) señalan imperativos y soluciones distintas a las tradicionales del derecho común.

Esto conlleva al ánimo de los juslaboralistas la sentida necesidad de legislar en el sentido de dotar al Derecho del Trabajo de legislaciones específicas sobre esta materia, dejando regir supletoriamente el derecho común que, hasta ahora, ha marcado la guía en la solución de estos problemas. La razón es clara, y se ha señalado; el derecho del trabajo atiende a realidades muy específicas y propias del trabajo humano, que no puede, centrado en el contrato individual de trabajo, regirse por las mismas normas de la contratación civil o comercial corriente. El contrato de trabajo no es una compra-venta, un transporte o un arrendamiento puro y simple; es la venta de trabajo humano, y el objeto es una actividad íntimamente ligada al ser humano.

Algunas consideraciones adicionales, como la relativa a la prueba del derecho extranjero apenas si merecen algún comentario adicional más que nada para completar las ideas generales apuntadas a este trabajo, ya que el tema escapa a las posibilidades de una ponencia en un Congreso y a las capacidades de quien escribe.

El principio pro operario, conduciría a examinar entre dos o más legislaciones aplicables, cuál norma se aplicaría por favorecer al trabajador; surge el problema de la prueba de la ley, que se resolvería de acuerdo con el Código de Bustamante por las reglas contenidas en los artículos 408 a 411, en especial por lo dispuesto en el 409 así:

"La parte que invoque la aplicación del derecho de cualquier Estado contratante en uno de los otros, o disienta de ella, podrá justificar su texto, vigencia y sentido, mediante certificación de dos abogados en ejercicio en el país de cuya legislación se trate, que deberá presentarse debidamente legalizada."

Desde luego, que el Juez siempre podrá pedir certificación por vía diplomática al Estado cuya legislación pretende aplicarse, de su legislación "texto, vigencia y sentido" del derecho aplicable a un caso (idem 410) con lo cual se facilita obviamente la función del juzgador.

Lo propio puede decirse en cuanto a la Convención Colectiva desde que hemos admitido (supra N° 2) que es una verdadera ley en sentido material, debiendo probarse por los medios correspondientes su texto, vigencia y homologación.

(29) ALONSO OLEA, MANUEL. Derecho del Trabajo. 8° Ed. Pág. 537.

Debemos recordar, a propósito de prueba de leyes, que el artículo 11 del Código Civil de Costa Rica señala que "El que funde su derecho en leyes extranjeras deberá probar la existencia de éstas", principio por demás lógico. Y, derivación de aquél principio procesal a cuyo tenor incumbit probatio qui dixit, non quit negat (la carga de la prueba corresponde al que alega), que en nuestra legislación está contenido en el artículo 719 del Código Civil. Esas normas son de aplicación al Derecho del Trabajo, en defecto de normas expresas al respecto.

El Código de Trabajo de Costa Rica, valga la acotación, no contiene disposiciones generales relativas a los contratos y las obligaciones, las cuales se regulan por el derecho común, un intento de sistematización propia de normas jus laborales puede verse en el Proyecto de Reforma Integral al Código de Trabajo de Costa Rica (30) que está en la Asamblea Legislativa en estudio desde hace varios años (artículos 28 s.s.).

A pesar de reconocer la territorialidad de la ley laboral, dicho proyecto contiene algunas innovaciones como puede verse del siguiente texto propuesto para el artículo 20:

"El derecho del trabajo es territorial; sus disposiciones se aplicarán a todo contrato o relación laboral que se suscriba, inicie, ejecute o extinga en el territorio de la República y protegerá por igual a costarricenses y extranjeros. No obstante, se aplicará el derecho extranjero cuando, del respectivo contrato o relación laboral, resulten derechos o beneficios superiores a los contenidos en la legislación nacional. Los tribunales costarricenses serán competentes para conocer de las cuestiones derivadas del contrato o relación laboral originado en el extranjero cuando, conforme con lo establecido en los párrafos anteriores, deban conocer de un reclamo en el país."

Si bien, como puede verse, en el primer párrafo se ratifica la territorialidad de la ley laboral, que ha sido la regla general aceptada en esta materia, de seguido se permite aplicar el derecho extranjero en beneficio del trabajador, siempre que del respectivo contrato resulte su aplicación, y se deja claro que los tribunales nacionales son competentes para conocer reclamos que involucren la aplicación de leyes foráneas, siempre que deban conocer de un reclamo en el país. Obviamente, el texto tiene en mente la jurisprudencia nacional que examinamos supra (Vid. N° 6) y tiende a abrir las posibilidades cerradas por los fallos dictados a lo largo de los último treinta y cinco años en sentido negativo.

(30) Proyecto de Reforma Integral al Código de Trabajo de Costa Rica. Imprenta Nacional 1982. La comisión de reforma estuvo integrada por el Dr. Bernardo Van Der Laet, el Sr. Antonio Hernández Brenes y el que suscribe.

CONCLUSIONES

I.—Es preciso incluir en los Códigos o Leyes de Trabajo principios generales propios que contemplen las especiales situaciones que plantea la realidad laboral en cuanto a la aplicación de leyes extranjeras a situaciones dentro de un ámbito nacional determinado, en tanto se aparten del derecho común.

II.—Dentro de la aplicación de las leyes foráneas a situaciones juzgadas dentro de un ámbito nacional debe contemplarse, específicamente, la aplicación de los Convenios Colectivos de Trabajo como leyes profesionales, cuando sean aplicables de conformidad con las normas que correspondan a la solución del conflicto.

III.—El principio pro operario debe figurar como guía de aplicación de la norma más favorable al trabajador, en el caso de dos o más leyes aplicables a una determinada situación, sin perjuicio de la aplicación de los demás principios admitidos como el de norma mínima, condición más beneficiosa e irrenunciabilidad.

IV.—El derecho común debe aplicarse como supletorio en cuanto no se determinen soluciones específicas dentro del ordenamiento laboral, en lo que se refiere a los principios de la aplicación de leyes foráneas a situaciones nacionales.

V.—Dentro de los principios que deben tomarse en consideración para dictar normas específicas de tipo laboral para solucionar el ordenamiento jurídico aplicable cuando existen dos o más situaciones jurídicas individuales están:

- a) Cuando un contrato o relación de trabajo se inicia dentro del país y se ejecuta y termina en otro.
- b) Cuando un contrato de trabajo o relación de trabajo se inicia dentro de un país, se ejecuta en otro y termina en un tercero.
- c) Cuando un trabajador contratado por un patrono bajo condiciones de trabajo determinadas por un Convenio Colectivo, para ejecutar el contrato en otro país distinto del que homologó el convenio.
- d) Los contratos de trabajo marítimo, bajo el supuesto de que puede regir la bandera del barco, aun cuando el contrato se inicie o termine bajo un determinado ordenamiento jurídico nacional, en cuanto supere las condiciones nacionales.
- f) En todo caso, deben quedar a salvo las normas internas de carácter coercitivo que se refieren a higiene y seguridad en las condiciones de trabajo y de Seguridad Social que son irrenunciables, así como aquellas otras en que el interés del Estado sea proteger al trabajador en la ejecución del trabajo.

→ VI.—Debe admitirse validez de los siguientes principios de derecho común aplicable a las situaciones laborales:

- a) La capacidad de contratar y la forma de los actos se rige por el principio *locus regit actum*.
- b) El contenido de las obligaciones en la ejecución del contrato se rige por el principio *lex loci executionis*.
- c) El contenido de los derechos o indemnizaciones por la terminación del contrato se rige por el principio "lex loci solutionis", sin perjuicio de la aplicación de ley foránea in dubio pro operario.
- d) Al conocer los tribunales nacionales de un reclamo por terminación del contrato iniciado o ejecutado fuera del ámbito nacional, corresponde al trabajador accionante demostrar la ley aplicable en cada caso de conformidad con los principios vigentes dentro de dicho ámbito.

VII.—En general el principio de la territorialidad de la ley laboral sólo debe ceder ante situaciones en las cuales debe aplicarse una o varias leyes extranjeras, en favor del trabajador.

VIII.—Consideramos que este Congreso debe recomendar que en futuros Congresos se examine el tema a fin de unificar criterios de aplicación de normas propias de derecho del trabajo a las situaciones, hasta ahora reguladas por el derecho común, que contemplen la concurrencia de varios ordenamientos jurídicos.

BIBLIOTECA FACULTAD DE DERECHO

EL CONTRATO, ACTO JURIDICO

Dr. Diego BAUDRIT CARRILLO

Director Instituto de Investigaciones Jurídicas
Universidad de Costa Rica



Sumario:

I.—Introducción

II.—El contrato tiene todos los requisitos y los elementos del acto jurídico

A. Los requisitos del acto jurídico

- a) en cuanto al sujeto
- b) en cuanto al objeto

B. Los elementos del acto jurídico

- a) la voluntad
- b) la forma
- c) la causa

III.—Los requisitos o los elementos están ausentes o se encuentran en forma defectuosa

A. La nulidad absoluta

- a) las condiciones
- b) los efectos

B. La nulidad relativa

IV.—Bibliografía básica.



I.—Introducción

El contrato, entendido como un acuerdo de dos sujetos de derecho que manifiestan su voluntad para dar nacimiento a una relación jurídica, para modificar una existente o para tenerla por extinguida, se inscribe en la categoría genérica de "actos jurídicos".

Los pandectistas germánicos fueron los juristas que dieron origen a la denominación y sobre todo a la teoría general de la manifestación de voluntad creadora de efectos jurídicos. Los estudiosos italianos, y más tarde los españoles, retoman esta teoría y llegan a distinguir entre el acto jurídico y el negocio jurídico, como especie de esa categoría. Preferimos fijar nuestra atención en la teoría general del acto jurídico, de la manifestación de voluntad que produce efectos de derecho, para ubicar allí el contrato de derecho privado.

Es necesario proceder a esa ubicación entre nosotros, ya que nuestros estudios de Derecho están organizados conforme un plan que establece como materia introductoria, precisamente, el estudio de la teoría del acto o del negocio jurídico, posteriormente se estudia la teoría de las obligaciones (donde debía tratarse ampliamente el contrato, como fuente principal de ellas) y luego los contratos. Hay pues que establecer el vínculo que hay entre el estudio del acto jurídico y el de los contratos, señalando cómo éstos deben tener todos los requisitos y los elementos de un acto jurídico y qué consecuencias se presentan si tales requisitos y elementos se encuentran en forma defectuosa o están ausentes.

II.—*El contrato tiene todos los requisitos y los elementos del acto jurídico*

Un acto jurídico estudiado científicamente se descompone en requisitos y elementos. Se entiende como requisitos los presupuestos necesarios y de alguna manera exteriores al propio acto, para que éste pueda tener existencia. Se entiende por elementos las características que el propio acto debe presentar, considerado en su propia naturaleza.

A.—*Los requisitos del acto jurídico*

Son requisitos o presupuestos del acto jurídico lo que podríamos llamar los materiales con que está construido. Así, un acto jurídico debe ser realizado por un sujeto de derecho, de ahí que se hable de los requisitos subjetivos. También un acto jurídico debe referirse a un objeto, que debe tener determinadas características. Nos referiremos, pues, a requisitos subjetivos y objetivos, en relación con el contrato.



a) *en cuanto al sujeto*

El sujeto de derecho que concluya un contrato debe ser capaz, esto es, debe estar habilitado por la ley para poder pasar este tipo de actos. El artículo 1022 del Código Civil dispone que "los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes", ahora, para llegar a ese resultado, las partes contratantes, los sujetos del contrato, deben ser capaces.

La capacidad es de dos tipos: capacidad jurídica y capacidad de actuar. La capacidad jurídica la tiene toda persona, en tesis de principio. Consiste en la potencialidad de ser sujeto de efectos de derecho. En ese sentido se habla de capacidad jurídica como sinónimo de personalidad, de calidad de sujeto de derecho.

La capacidad de actuar, por otra parte, es un concepto bastante diferente al de capacidad jurídica. Capacidad de actuar es el poder que tiene un sujeto de derecho de crear, con una manifestación de voluntad suya, efectos de derecho. Se diferencia notablemente de la capacidad jurídica, ya que si ésta es común a toda persona, la capacidad de actuar solamente la tienen los sujetos a quienes la ley inviste de esa facultad.

La capacidad de actuar, en lo que concierne a las personas físicas, la otorga la ley a quienes sean mayores de edad y sean sanos de espíritu. En lo que toca a las personas morales, la ley determina con alguna precisión cómo reconoce su actuación en casos específicamente fijados, para imputarles los efectos jurídicos de actos jurídicos correspondientes a ellas.

Lo anterior nos permite una primera constatación: pueden ser sujetos de contratos privados todos aquellos que tengan capacidad de actuar.

Esa constatación, sin embargo, debemos matizarla. En efecto, encontramos en la práctica contratos que no pueden celebrar personas mayores de edad y sanas de espíritu y, a la vez, contratos en que son sujetos personas menores de edad.

Tal fenómeno, o tales fenómenos se deben a un concepto que complementa nuestro análisis: la legitimación. Y es que para ser sujeto de un contrato no sólo se requiere ser capaz de actuar, en la mayoría de los casos, sino que hay que estar legitimado para realizar el contrato particular de que se trate.

La legitimación tenemos que definirla negativamente: se refiere a la calidad de un sujeto que puede realizar un determinado contrato por no estarle prohibido expresamente por la ley. Por ejemplo, véase el caso de la compraventa civil, donde el Código correspondiente la prohíbe en los casos señalados en el artículo 1068 ("No pueden comprar directamente, ni por interpuesta persona: 1º Los empleados públicos, corredores, peritos, los tutores, curadores y demás personas que

administran bienes ajenos, las cosas en cuya venta intervengan como tales empleados, corredores, etc.")

Así pues, en principio se requiere para contratar tanto de la capacidad de actuar como de la legitimación. Sin embargo hay casos en los que pareciera que sólo hay legitimación, como cuando se concluyen contratos en los que menores de edad intervienen representados por sujetos mayores. En esas hipótesis, hay una especie de conjunción de la capacidad de actuar del representante, que es legitimado para el contrato, con la capacidad jurídica del menor. La legitimación se observa claramente, según ha quedado señalado, en el hecho de que el representante tiene que tener una autorización expresa para actuar a nombre del menor. Normalmente un representante de menores sólo tiene facultades de administración (caso de la patria potestad y de la tutela) y, en consecuencia, sólo podría pasar contratos relativos al menor en la esfera de la administración de sus negocios.

b) *en cuanto al objeto*

El objeto del contrato está configurado por la prestación o las prestaciones que la partes resultan obligadas a rendirse en virtud del acuerdo. La prestación puede recaer así sobre una conducta propiamente dicha, o estar relacionada con una cosa que debe entregarse, por ejemplo.

Todo contrato, pues, tiene un objeto. El objeto del contrato, o más propiamente, de las obligaciones surgidas del contrato, debe ser posible, lícito, determinado o determinable, y finalmente, susceptible de valoración económica.

— Posible debe ser el objeto, en el sentido de que se trata de una prestación que es posible realizarla, tanto en lo que concierne su naturaleza en abstracto como relacionada con el sujeto que la debe, en el plano material.

— Lícito es el objeto, cuando la prestación se adecúa a las actividades permitidas, por no estar prohibidas, por la ley, la moral o las buenas costumbres.

— Determinado o determinable es el objeto de toda obligación civilmente válida, desde que en el contrato se fija el contenido de las prestaciones, o bien, los métodos para que sea establecida de acuerdo con criterios objetivos.

— El objeto debe ser susceptible de ser valorado económicamente, configurando así la característica que tiene el contrato de crear, modificar o extinguir relaciones jurídicas de carácter patrimonial, ya que si el acuerdo se refiriera a otro tipo de relaciones jurídicas, por ejemplo de naturaleza familiar, no habría contrato sino otro acto jurídico.

B. Los elementos del acto jurídico

Cuando sujetos y objeto dan lugar a la formación de un contrato, encontramos que siempre se presentan dos elementos constitutivos indiscutibles: la voluntad y la forma. Hay, además, discusión sobre la presencia de un tercer elemento constitutivo: la causa.

a) la voluntad

Es el querer interno, que exteriorizado en una manifestación de la persona produce efectos de derecho, cuando configura el consentimiento, que es la esencia del contrato. La voluntad, pues, da nacimiento a un contrato cuando se integra a otra en un acuerdo relativo a la producción de efectos jurídicos.

Este querer producir efectos de derecho no es suficiente para dar nacimiento a un contrato, se requiere su exteriorización, su manifestación. Pero también se requiere que la voluntad se haya formado internamente de manera perfecta y libremente. Esto es, la voluntad debe estar libre de vicios, como son el error, la intimidación y el dolo.

① El error es una falsa representación de la realidad. Cuando una persona fundada en ese error manifiesta su voluntad para producir efectos contractuales, hay una imperfección que debe determinarse, como lo haremos más tarde, y que tiene consecuencias específicas sobre la validez del acto jurídico. El error sobre las cualidades esenciales del objeto del contrato es un vicio del consentimiento, ya que no puede haber coincidencia en las voluntades de los contratantes cuando está deformada la apreciación de lo que realmente va a tener lugar como la convención. También, en teoría, hay vicio del consentimiento cuando el error recae sobre la identidad de uno de los contratantes, si tal identidad es la causa determinante o motivo para que se haya concluido el pacto. Debe distinguirse este tipo de errores, que en general se identifican como errores-vicio, del error obstáculo, llamado también error obstativo. Se trata este último de una equivocación en la manifestación de la voluntad: se quiere una cosa, se tiene en mente una determinada prestación u objeto contractual, pero se manifiesta equivocadamente un concepto diferente. En esas circunstancias no puede hablarse propiamente de un error que vicia el consentimiento, porque hay un obstáculo, constituido por ese error, que ha impedido la manifestación de voluntad. En el caso del error obstativo no hay siquiera contrato (en teoría); en el caso de error-vicio sí hay contrato, pero sujeto a invalidez.

② La intimidación es también un vicio del consentimiento, ya que consiste en la presión que se ejerce sobre una persona, que es amenazada de un daño injusto y notable, para que manifieste su voluntad en determinada dirección. Hay voluntad por parte de la víctima de la

intimidación, pero no ha sido formada libremente. El consentimiento contractual está, entonces, viciado por esa ausencia de libertad. También aquí debemos hacer una distinción entre la intimidación o violencia moral y la violencia física. En esta última no se encuentra signo alguno de voluntad por parte de quien aperece como sujeto de un contrato, ya que su manifestación contractual ha sido obtenida suplantando su voluntad con medios físicos, como en el caso del sujeto cuya mano es llevada por un tercero para suscribir un contrato o que es hipnotizado para que consienta en un acuerdo. Con la violencia moral o intimidación tenemos un contrato viciado, con la violencia física no hay contrato alguno.

③ El dolo consiste en las maquinaciones que se efectúan para que una persona sea inducida a error y consienta en un contrato. Según nuestra ley civil, sólo es vicio del consentimiento cuando es ejercido por uno de los contratantes y no cuando es un tercero el que ha realizado las maniobras engañosas, ya que en este caso el contrato sería válido, sin perjuicio del ejercicio que resta a la víctima de la acción correspondiente para determinar la responsabilidad civil de ese tercero.

La voluntad constitutiva del consentimiento, en conclusión debe formarse libre de error y manifestarse sin coacción alguna. *

b) la forma

Hablamos de forma en el sentido más amplio posible. Todo acto jurídico, todo contrato, como es el resultado de una manifestación de voluntad, debe tener alguna forma. En otras palabras, el acto en que consiste la manifestación de voluntad debe percibirse por signos sensibles de alguna manera. Nos referimos, en consecuencia, a la forma como al conjunto de esos signos sensibles por medio de los cuales el consentimiento de los contratantes se exterioriza, se manifiesta.

Pero también se habla de forma en un sentido restringido, haciendo referencia a un determinado modo de expresión de la voluntad, que la ley establece como indispensable para que haya contrato. Por ejemplo, encontramos que la donación de inmuebles es un contrato que debe constar en escritura pública, lo mismo que el mandato general o generalísimo.

Todo contrato tiene una forma o manifestación de voluntad. En otras palabras, el consentimiento del que surge el contrato debe ser manifestado. Y algunas veces esa manifestación debe ser dada en un modo que fija la ley. En este último caso nos encontraríamos ante un contrato solemne o formal.

c) la causa

Es un concepto discutible como elemento constitutivo del contrato. Puede decirse con PLANIOL que es un concepto inútil, ya que

cuando parece tener relevancia es porque se confunde con el objeto, en los términos que antes hemos señalado. Para algunos autores la causa es la función jurídico-social que tiene el contrato, a lo que CARBONIER responde que ahí precisamente se nota su confusión con el objeto contractual. DOMAT, creador del concepto, lo estudió particularmente en los contratos sinalagmáticos (la causa de uno de los contratantes e la obligación del otro). Nuestro Código Civil, en fin, exige una causa justa en las obligaciones.

Por esto último, es decir, por exigencia legal, debemos buscar alguna causa en los contratos. Nos parece que para cumplir con esa exigencia legal debemos conformarnos con el criterio de CAPITANT, que dijo que la causa era el motivo impulsivo y determinante que llevó a las partes a contratar, siempre y cuando estuviera determinado, expresa o tácitamente en el contrato. Así, sí podría analizarse la justicia de un motivo, más o menos objetivo, diferente a los móviles subjetivos de los contratantes. Se podría determinar su justicia tanto en el sentido de equilibrio de prestaciones, en los contratos conmutativos, en el riesgo aceptado, en los contratos aleatorios y, en fin, en la intención de beneficiar a un sujeto sin perjuicio de los acreedores propios, en el caso de los contratos gratuitos.

III.—Los requisitos o los elementos están ausentes o se encuentran en forma defectuosa

La validez de todo contrato está supeditada a que todos los requisitos y elementos mencionados se hayan dado sin obstáculo alguno en la etapa de formación de la convención. La ausencia de ellos implica su nulidad absoluta, mientras que su presencia defectuosa implica la nulidad relativa del acto, según la tesis clásica que enunciamos por estas admitida en los artículos 835 y 836 del Código Civil, a pesar de la crítica muy fundamentada hecha por JAPIOT, DROGOU y GAUDEMET.

A.—La nulidad absoluta

La nulidad absoluta es la sanción más severa que se presenta en el campo contractual. Consiste en la constatación de que un contrato no ha tenido los requisitos o los elementos exigidos por el derecho, que da paso a la constatación de que tal acto no pudo haber producido efectos jurídicos de naturaleza alguna. Esa constatación exige determinadas condiciones, que a su vez producen efectos propios de la imposición de una sanción de esta severidad.

a) las condiciones

La nulidad absoluta es llamada así por cuanto cualquier interesado puede pedir que se declare. En otras palabras, cualquier persona

que tenga un interés legítimo en que se declare una nulidad absoluta, puede ejercitar la acción correspondiente. Esta acción, en principio, no está sujeta a prescripción o a caducidad, ya que el principio es que el acto nulo no produce efecto alguno de derecho. Sin embargo, hay que distinguir si el contrato correspondiente ha sido ejecutado o no. Si ha sido ejecutado, hay una situación de hecho que podría consolidarse con el transcurso del tiempo, y llegar a producir efectos definitivos de derecho. Por ello, cabe afirmar que si el contrato sancionado con nulidad absoluta ha sido ejecutado, el interesado en que se declare tal nulidad debe pedirlo antes de que transcurra el término de la prescripción ordinaria, puesto que si ese plazo se cumple, se consolidaría la situación de hecho y no tendría sentido la declaratoria de nulidad. Por el contrario, si el contrato nulo no se ha ejecutado, todo aquel sujeto contra el cual se quisiera hacer valer, en cualquier tiempo, podría oponer la excepción de nulidad. La regla en este caso es que la excepción de nulidad absoluta es perpetua.

Está, pues, legitimado para la acción de nulidad absoluta quien tenga interés en la declaratoria, y la acción debe interponerse en tiempo hábil.

Los supuesto de hecho de la acción son simples: la ausencia de un requisito del contrato (por ejemplo, falta de capacidad de actuar o falta de legitimación, o inaptitud del objeto) o la ausencia de un elemento constitutivo (ausencia de voluntad contractual, ausencia de una solemnidad esencial exigida por la ley). En principio (no admitido por nuestros Tribunales), la nulidad absoluta debe ser declarada de oficio.

b) los efectos

Constatada por una sentencia la nulidad absoluta de un contrato, éste se tiene por insubsistente retroactivamente. Cualquier prestación a la que haya dado origen debe devolverse a su autor, en naturaleza o por equivalente. Una excepción a esta regla de la restitución es que no procede cuando la nulidad se ha declarado por ilicitud del objeto "en cuyo caso no podrá repetirse lo que se ha dado o pagado a sabiendas".

B.—La nulidad relativa

Los efectos de la nulidad relativa son idénticos a los de la nulidad absoluta: declarada que sea, el contrato se tiene por insubsistente desde su origen, dando lugar a las restituciones que se dijo.

La diferencia entre una otra institución, es precisamente la relatividad de la última, que consiste en que solamente puede accionar para esos fines el sujeto expresamente habilitado por la ley, que es la persona a favor de quien se han establecido estas nulidades como medida de protección de sus bienes.

Y es que la nulidad relativa es una medida de protección: se presenta cuando los elementos o requisitos del contrato se encuentran presentes pero imperfectamente. De esa manera, hay nulidad relativa del contrato en los casos de los vicios de la voluntad, en los casos de contratos celebrados por menores de edad o por inhábiles que no hayan sido declarados judicialmente como tales, en previsión de que esos contratos podrían serles perjudiciales.

El término para accionar es corto: cuatro años. En esos cuatro años el presunto perjudicado debe darse cuenta del perjuicio y pedir la nulidad del contrato. Sólo él, o su representante, es quien puede pedir la declaratoria judicial correspondiente.

Nota final necesaria:

La teoría clásica de la nulidad, que es recogida en el Código Civil costarricense por la influencia decisiva que en ese cuerpo de legislación tuvieron AURBY y RAU, reposa sobre la distinción de elementos de validez y elementos de eficacia del acto jurídico. Si hay vicio o imperfección en elementos de validez la nulidad es absoluta, si el vicio es en elementos de eficacia la validez sería relativa.

Esa teoría fue severamente criticada, para el derecho francés, por René JAPIOT y Eugenio GAUDEMET (con el antecedente de DROGOUL), en que básicamente sostienen que la nulidad no es un estado o calidad del acto, es decir, no revela un estado patológico del contrato o del acto jurídico. La nulidad, más bien, es una sanción contra el acto jurídico que contraviene una disposición jurídica, por lo que la extensión de la sanción (nulidad) debe medirse de conformidad con el fin perseguido por la ley y violado por el acto jurídico en cuestión.

IV. *Bibliografía básica*

SANTORO PASSARELLI (F.), "Doctrinas generales del derecho civil", trad. de Agustín Luna Serrano, Ed. Rev. Dro. Privado, Madrid, 1964.

CERTAD (Gastón), "La teoría del negocio jurídico frente a la legislación civil costarricense", Revista Judicial número II, diciembre de 1976.

UMAÑA (A.L.) y PEREZ (Víctor), "Elementos del negocio jurídico", Revista Judicial número XII, junio de 1979.

Sobre las nulidades:

BAUDRIT (Diego), "La temporalidad de la acción de nulidad absoluta y la perpetuidad de la excepción", Revista Judicial número XXV, junio de 1983.

PEREZ (Víctor), "Patología negocial: invalidez e ineficacia del negocio jurídico", Revista Judicial número VIII, junio de 1978.

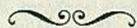
LAS GARANTIAS EN EL PROCEDIMIENTO DE LA LICITACION PUBLICA

Dr. Jorge Enrique Romero Pérez

Catedrático de la Universidad de Costa Rica.
Miembro del Instituto de Investigaciones Jurídicas.
Profesor de Derecho Administrativo.

Resumen

- 1.—Introducción
- 2.—Concepto
- 3.—Administración y garantías
- 4.—Clases de garantías
- 5.—Garantía de participación
- 6.—Monto
- 7.—Criterios de fijación
- 8.—Garantías y ofertas con alternativas
- 9.—Garantías parciales y adjudicaciones parciales
- 10.—Ejecución de la garantía de participación
- 11.—Daños y perjuicios.
- 12.—Modo de rendir la garantía
- 13.—Vigencia de las garantías
- 14.—Devolución de las garantías
- 15.—Garantía de cumplimiento
- 16.—Concepto
- 17.—Caución de cumplimiento permanente
- 18.—Sustitución de garantías
- 19.—Caución de cumplimiento y entregas parciales
- 20.—Cláusula penal y ejecución del contrato
- 21.—Atraso en el cumplimiento del contrato
- 22.—Terminación del contrato a juicio de la Administración
- 23.—Uso indebido de las cauciones; o, de las retenciones
- 24.—Conclusiones
- 25.—Bibliografía básica

*Resumen*

En este trabajo se hace un análisis de los aspectos más relevantes de las cauciones o garantías de participación y de cumplimiento en el proceso de la licitación.

Se incluye una rápida referencia a la cláusula penal y al concepto de daños y perjuicios.

Sin duda se hace necesario contar con estas garantías dada la naturaleza de la contrata pública.

1.—Introducción.

El tema del respaldo o garantía para la contratación administrativa, dentro del procedimiento de la licitación pública, reviste una importancia específica, ya que apunta tanto a la seriedad de los oferentes como al cumplimiento del contrato de parte del que resultó adjudicatario del respectivo concurso.

2.—Concepto

Las garantías constituyen respaldos o avales de determinadas fases en el procedimiento de la licitación pública; o, en términos más generales aún: son respaldos propios de una contratación, convenio o negociación, no importando en qué momento se rinden o se ejecutan, qué fase del procedimiento cubren, etc. Lo que interesa para efectos del concepto es que se trata de avales.

3.—Administración y garantías.

El reglamento de la contratación administrativa (RCA) indica que el procedimiento de la licitación pública requiere o exige, en beneficio del Estado, dos tipos de garantías: de participación y de cumplimiento (cf. art. 55).

Al ser fondos públicos y no de particulares, tales dineros, tienen que tener un respaldo o aval.

En criterio de algunos, el monto de esas garantías es insuficiente, ya que por vía de ejecución administrativa, el Estado puede liquidarse montos relativamente bajos en comparación a las sumas en juego o ya adjudicadas. Y, por cuanto, se tiene conciencia que juicios contencioso-administrativos para cobrar daños y perjuicios, por ejemplo, son muy lentos y largos. Aquí se hace énfasis en la absencia de la maquinaria judicial para cumplir con el mandato constitucional ("justicia pronta y cumplida", art. 41), sino también al hecho de que las partes, de cara a un futuro proceso tan dilatado y costoso, prefieren efectuar arreglos extrajudiciales.

4.—Clases de garantías.

Existen dos conocidas cauciones: la de participación y la de cumplimiento.

Estas garantías se han venido aplicando durante años en nuestro país. De acuerdo a las informaciones recopiladas por la Contraloría General de la República (Co), es una minoría de casos en los cuales se pasa a la ejecución de dichas garantías (al respecto, ver las Memorias Anuales de la Contraloría)⁽¹⁾.

5.—Garantía de participación

Esta garantía trata de cubrir lo relativo a la intención seria, responsable y firme de contratar de parte de un potencial y posible oferente o participante en una licitación pública.

6.—Monto.

El monto de la caución de participación oscila entre el 1 al 5%. Queda a criterio de la Administración fijar la cantidad porcentual específica (cf. art. 56 RCA).

En el caso de que el cartel no dice nada respecto de las garantías, existe un interés público en que ellas existan en la contratación administrativa, razón por la cual el RCA manda que si se trata de la caución de participación, ésta queda fijada en un 1%; y, si se refiere a la de cumplimiento, en un 5% (cf. art. 58).

Con autorización de la Contraloría, su monto puede ser mayor en casos que lo omitiere, que es estrictamente necesario (art. 57 RCA).

7.—Criterios de fijación.

Para fijar esos citados porcentajes, el Estado tiene que tomar en cuenta los siguientes criterios:

- * favorecer la concurrencia amplia; es decir, que el pliego de condiciones permita que el mayor número de oferentes concurse, para que así el Estado tenga una gama de muchos concursantes, adjudicándose la plica más conveniente a los intereses de la Administración Pública.

(1) Pueden ser consultadas en la biblioteca de esta institución.

El mismo reglamento (RCA) advierte que el monto de la caución de participación no debe ser alto, sino lo más bajo posible para que el mayor número de concursantes participe en la correspondiente licitación pública (ver art. 56 RCA). Sólo cuando sea necesario y absolutamente imprescindible el monto de la garantía será elevado, dentro del tope máximo del 5% (*idem*).

- * Garantizar la seriedad del oferente.

Esto implica varias consideraciones:

- * no bajar a niveles muy bajos el monto de esa caución para no volverse inocua e intrascendente esa garantía. Claro está que el límite mínimo es del 1%.
- * esa seriedad a la contratación puede ser lesionada tanto al momento de formalizar el contrato; ejecutar el convenio; o, rendir la caución de cumplimiento. Todo lo anterior bajo el supuesto de que se puedan ocasionar perjuicios al Estado (cf. art. 56 RCA).

8.—Garantías y ofertas con alternativas.

El párrafo segundo del art. 56 del RCA había sido eliminado (cf. Gaceta del jueves 1º de agosto de 1985, pág. 5), pero en la nueva publicación del 5 de febrero de 1986 (pág. 3), lo vuelven a incluir, a nuestro juicio acertadamente.

Este segundo párrafo manda:

"En el caso de cotización con alternativas de un mismo oferente, la garantía de participación se calculará sobre la base del mayor valor propuesto".

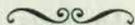
Sin duda se trata de una disposición necesaria en esta clase de negocios.

9.—Garantías parciales y adjudicaciones parciales.

Este caso está claramente establecido en el art. 56 del RCA, párrafo segundo, el cual manda:

"En casos especiales, en contratos de suministros, a juicio de la Administración, cuando una licitación sea susceptible de adjudicación parcial se pueden considerar ofertas cuyas garantías de participación hayan sido presentadas en monto inferior al que corresponda, siempre que cubra el monto a adjudicar".

Vale la pena aclarar que la Contraloría no ha tenido ni tuvo una copia de las reformas que se enviaban a la Imprenta Nacional para su publicación, por ello no es cierto lo que los respectivos Decretos afirmaban en el sentido de que "las modificaciones aquí decretadas fueron consultadas con la Contraloría General de la República" (entre otras, ver Gaceta del 5 de febrero de 1986, pág. 3, Decreto Ejecutivo No. 16833 P-H, Considerando No. 2). Es decir, no hubo correspondencia cruzada en este sentido.



A pesar de que la Contraloría había expresado que esa disposición es contraproducente porque viola los principios de la libre concurrencia o participación y el de igualdad de oportunidades o de trato⁽²⁾ por cuanto favorece que unos proponentes coticen con cauciones completas y otros con garantías parciales, lo cierto del caso es que hay otra manera de ver este asunto⁽³⁾. Es decir, al Estado le conviene que participen el mayor número de concursantes. Aquí se pueden confrontar los artículos 91 y 96 (en lo que aquí interesa).

Artículo 91:

salvo cuando el cartel disponga de otra manera, *el oferente se entiende obligado a cotizar por la totalidad del objeto de la licitación. Sin embargo, en el caso de que el cartel se refiera a una pluralidad de objetos o renglones diversos se permitirá presentar oferta respecto a uno o varios de éstos.*

O sea, que las adjudicaciones, garantías y ofertas pueden ser *parciales*. Esta disposición así lo permite, ya sea que:

- * se trate de una pluralidad de objetos o de renglones (items), por ejemplo: equipo y material para oficina; o,
- * que existan renglones diversos (tractores, escavadoras, motoniveladoras, etc.).

Además de que, el propio cartel puede admitir que se cotice *parcialmente*.

En nuestro criterio este artículo permite que las adjudicaciones, garantías y ofertas puedan ser *parciales*. Recordemos que el cartel juega como ley entre las partes contratantes⁽⁴⁾.

(2) Cf. nuestro estudio *Reformas al reglamento de la contratación administrativa*. San José, RCJ No. 52, 1985, Imprenta Lehmann, págs. 157 y 158.

(3) Se complementa así nuestro criterio, *idem.*, pág. 158.

(4) Cf. Nuestro trabajo *El cartel de licitación*, de próxima publicación.

Al confrontar el artículo 56, párrafo segundo con el numeral 91, la contradicción aparente (ya apuntada) tiende a desaparecer.

10.—Ejecución de la garantía de participación.

Una vez que la Administración decide ejecutar la garantía de participación, el adjudicatario al no comparecer para formalizar el convenio, según los términos ya previstos, queda excluido del respectivo concurso; y, el Estado procede a readjudicar a la oferta que cumpla con el pliego de condiciones y a la vez sea la más conveniente para sus intereses. O, en su lugar declarar desierto el concurso⁽⁵⁾ (cf. art. 60 del RCA).

11.—Daños y perjuicios.

Una vez que se ejecuta la caución de participación, si el monto de los daños y perjuicios excede la suma cobrada por la vía de la garantía de participación, la Administración puede diligenciar el cobro de tales daños y perjuicios (cf. art. 59 del RCA).

La ejecución de las garantías de participación y de cumplimiento, permiten el cobro por el concepto *supra* citado. La ejecución de esas cauciones se tienen como una sanción administrativa (*idem.*, art. 59).

12.—Modo de rendir la garantía.

Las garantías, tanto de *participación* como de *cumplimiento*, se rinden independientemente para cada negocio, por medio de depósito de bono de garantía del Instituto Nacional de Seguros (INS) o de uno de los bancos del Sistema Bancario Nacional (SBN), bonos del Estado o de sus instituciones, cheque certificado o de gerencia de un banco del SBN, certificado de depósito a plazo extendidos por el SBN; dinero en efectivo, mediante depósito a la orden de un banco del SBN, presentando la boleta respectiva, depósito directo con la oferta o en la administración interesada de no facilitarse tal servicio bancario (cf. art. 61 del RCA).

Asimismo, las citadas *cauciones* podrán ser extendidas o dadas por otro banco o institución garante, cuando cuenten con el aval de un banco del SBN o del INS (*idem.*). Lo anterior se publicó en La Gaceta del jueves 1º de agosto de 1985, pág. 5.

(5) Cf. artículo 157 del RCA en concordancia con el numeral 60, ambos del RCA.

En la reforma publicada en La Gaceta del miércoles 5 de febrero de 1986⁽⁶⁾, se modifica ese párrafo tercero para que ambas denominaciones sean en términos del "tipo de cambio *interbancario*", ya que la publicación del 1º de agosto de 1985, indicaba en un caso *oficial* y en el otro *interbancario*.

La redacción vigente manda:

"Si la cotización se hace en moneda extranjera, la garantía de participación podrá ofrecerse en la misma moneda extranjera o bien en colones según el tipo de cambio interbancario vigente al cierre del día anterior al de la apertura de las ofertas. Si se tratare de garantía de cumplimiento se tasaré al tipo de cambio interbancario vigente al día de la adjudicación. Los bonos se recibirán por su valor de mercado y deberán acompañarse de una estimación de la Bolsa Nacional de Valores (BNV)".

El párrafo final (de la publicación de agosto/86), se mantuvo igual:

"No se reconocerán intereses por las garantías mantenidas en depósito por la Administración licitante; sin embargo, los que devenguen los título hasta el momento en que se ejecuten, pertenecen a su legítimo dueño o a su depositante". (art. 61, in fine).

13.—Vigencia de las garantías.

El período de vigencia de las cauciones (de *participación* y de *cumplimiento*), salvo disposición en contrario del cartel, deberán tener una vigencia original, en estos términos:

- a) la de *participación*: un plazo mínimo de 60 días (que se han de entender *naturales*) a partir de la fecha máxima establecida para la adjudicación.
- b) de *cumplimiento*: un mínimo de 60 días (*naturales*) adicionales a la fecha probable de recepción definitiva del objeto del contrato, conforme a lo dispuesto en el inciso d) del numeral 247 del RCA.

Para que la oferta se mantenga vigente, la caución de participación tiene que estar al día, mediante prórrogas si es preciso (cf. art. 62 del RCA).

(6) Cf. nuestro citado estudio *Reformas...* (RCJ No. 52, pág. 159).

14.—Devolución de las garantías.

Las cauciones serán devueltas por la Administración según estas reglas, salvo que el cartel disponga otra cosa:

- a) la de *participación*: dentro de los 8 días (*naturales*) siguientes a la firmeza en vía administrativa del acto adjudicatario.

Tanto en el numeral 62 como el 63 del RCA, deben entenderse en el sentido de que los días son *naturales*; y, no hábiles, por cuanto se trata de plazos corridos, donde no interesa si la oficina respectiva está abierta o cerrada (en la distinción hábiles/inhábiles).

- b) de *cumplimiento*: según la publicación del 5 de febrero de 1986, la redacción de este párrafo queda así:

dentro de los 10 días (*naturales*) siguientes a la fecha en que la Administración *licitante* tenga por definitivamente ejecutado el contrato a satisfacción. Queda prohibida la devolución parcial de la garantía de *cumplimiento*. Sin embargo, la garantía de *participación* no se devolverá al adjudicatario, en tanto éste no rinda la garantía de *cumplimiento* y satisfaga las demás formalidades conducentes a asegurar el contrato dentro del plazo que a tal efecto haya dispuesto el cartel. En el silencio del cartel, el adjudicatario se entiende obligado a asegurar el contrato (o sea, presentar la caución de *cumplimiento*) dentro de los 15 días hábiles (así dice el numeral reglamentario 63)⁽⁷⁾ posteriores a la firmeza del acto adjudicatario. El párrafo final del artículo 63 se mantiene igual:

"En vez de la sustitución de la garantía de participación por la de cumplimiento, el adjudicatario podrá disponer completar(*) el monto de ésta rindiendo una garantía adicional, sin perjuicio de la vigencia requerida".

15.—Garantía de cumplimiento.

Esta garantía o caución se solicita para el respaldo que tiene que poseer la ejecución contractual.

(7) En esta materia, en silencio de la norma, se interpreta que los días son *naturales*; al contrario de los plazos judiciales que, dice que los lapsos en días se entienden que son hábiles.

(*) (Art. 107 del CPC) en esta expresión está sobrando el verbo *disponer*; la frase correcta sería: "podrá completar el monto..."

16.—Concepto.

La caución de cumplimiento es un aval que debe rendir el contratante con el Estado orientado a garantizar la correcta ejecución del contrato según las cláusulas del mismo y la buena fe (art. 55 del RCA) (8).

17.—Caución de cumplimiento permanente.

Durante todo el plazo de ejecución del convenio tiene que existir la caución de cumplimiento. Si por alguna razón la Administración se ve obligada a ejecutar anticipadamente la caución citada, el adjudicatario tiene que procurar una nueva, con el fin de que en todo momento el convenio esté garantizado hasta su ejecución total y completa (art. 64 del RCA).

Esta misma disposición hace relación al numeral 231 del RCA, el cual se refiere a la resolución del convenio, en los siguientes términos:

art. 231:

si el contrato en curso de ejecución se resuelve por culpa del contratista, la Administración podrá hacer efectiva la garantía de cumplimiento rendida, o bien exigir al contratista o al garante la provisión de un nuevo contratista aceptable a quien se cederá el contrato en las mismas condiciones originalmente pactadas, indemnizando prudencialmente a la Administración por la demora y perjuicios causados.

En esas disposiciones se trata de cumplir con el doble objetivo de que el convenio se cumpla para llenar los intereses del Estado y de la colectividad (fin público) y además de que el contrato siempre tenga el aval de la caución de cumplimiento.

Añadiendo el artículo 231 que si el Estado prefiere ejecutar la garantía, podrá continuar el contrato por administración (es decir, el propio Estado se hace cargo de ejecutar el convenio). O, en su defecto, usa otro procedimiento de selección de contratista (por ejemplo, la licitación privada) o la contratación directa, al tenor de nuestro ordenamiento (art. 213, párrafo segundo).

Afirma ese numeral, *in fine*, que igual vía u opción tiene la Administración Pública, en el caso de que la rescisión o la resolución del convenio, *no sea imputable al contratista*.

Ello es lógico, *por* cuanto el objetivo final siempre se mantiene: lograr el fin público mediante la ejecución del convenio.

(8) Cf. Decreto Ejecutivo No. 14475-H del 20 de abril de 1983 (Gaceta No. 88 del martes 10 de mayo de 1983) y nuestro trabajo *Reformas...*, cit., pág. 160.

18.—Sustitución de garantías.

Las cauciones se pueden sustituir (tanto la de participación como la de cumplimiento); eso sí el principio que hay que proteger es que no se desmejoren esas garantías.

Solo en casos muy calificados la Administración puede admitir esa sustitución, vigilando que:

- * no exista desmejora de la garantía con relación a la originalmente entregada al Estado.
- * esa desmejora no puede ocurrir en lo que se refiere al monto de la caución, como en su confiabilidad y en lo pertinente al trámite de su ejecución.

Una garantía de participación, originalmente rendida a la Administración, una vez terminado el plazo para cotizar y ya abiertas las ofertas, *no* puede ser sustituida por otra con el fin de sanear la anterior caución. Esto no puede darse, por cuanto se violaría el principio de igualdad de oportunidades. (cf. art. 66 del RCA).

19.—Caución de cumplimiento y entregas parciales.

De acuerdo con el art. 70 del RCA el incumplimiento el término de ejecución del contrato cuyo objeto sea susceptible de entregas parciales utilizables por la Administración, será sancionado *proporcionalmente*.

Ello significa que si existen tres entregas parciales, si se da el incumplimiento por parte del contratista, se ejecuta en la porción efectiva en que se ha violado el plazo de entrega.

Existía el criterio antes de la promulgación del RCA de que no importaba la clase de incumplimiento o el tipo de tardanza en los plazos de entrega, para efectos de ejecutar la totalidad de la caución de cumplimiento. Esto se consideró inequitativo y por tal razón, se cambió el criterio de la totalidad por el de la proporcionalidad en el incumplimiento en la ejecución del contrato.

20.—Cláusula penal y ejecución del contrato.

Cuando en el contrato se pacta la cláusula penal, el Estado no puede perseguir al contratante por daños y perjuicios que se deban a la *ejecución tardía* del convenio si dicha cláusula se estableció como cobertura por ese concepto (cf. art. 71).

Por lo que se refiere a la *cláusula penal* recordamos que el efecto de esta cláusula es determinar con anticipación y a título de multa los daños y perjuicios debidos al acreedor, por el deudor que no ejecute su obligación o que la ejecute de una manera imperfecta (cf. art. 708 del Código Civil).

La cláusula mencionada sustituye la indemnización de perjuicios y el acreedor no puede exigir una suma mayor a la pactada (salvo que exista dolo de parte del deudor) ni el deudor puede pagar una cantidad menor a la comprometida (cf. art. 705 del CC)⁽⁹⁾.

21.—*Atraso en el cumplimiento del contrato.*

Cuando en la ejecución del contrato, el único incumplimiento es el atraso en la ejecución del convenio, al contratista se le castiga con la cláusula penal. No se puede imponer, en este caso, doble sanción es decir, ejecución de la caución de cumplimiento y cláusula citada. (cf. art. 72 RCA).

22.—*Terminación del contrato a juicio de la Administración.*

Cuando la Administración lo determine puede resolver el contrato, a pesar de la existencia de cauciones, cláusula penal y retenciones, ya que el Estado tiene esa facultad de dar por terminado el respectivo convenio. Se trata de aspectos diversos, ya que la terminación del contrato lo decide el Estado, al tenor del Derecho; y, los avales (en sentido genérico) o respaldos contractuales responden al criterio de que el convenio debe tener formas o modos de garantizar su cumplimiento o sanciones por no efectuarlo. (cf. art. 73 RCA).

23.—*Uso indebido de las cauciones; o, de las retenciones.*

La Administración, en algunos casos tenía una costumbre incorrecta. O sea, la de usar los montos de las garantías o de las retenciones (en su caso) para gastos corrientes de la institución. Ello, se evidenciaba cuando el particular (oferente o en su defecto el contratista, respectivamente) se presentaba a la oficina pública correspondiente y le decían que la caución no se la podían devolver porque el ente la había usado para otros fines. Esto sucedía y sucede en entidades con presupuestos pequeños y medianos, pero no es la regla sino la excepción. De ahí que el art. 74 del RCA mande que:

(9) Cf. título II, Efecto de las obligaciones, artículos 693 a 714 del Código Civil, CC.

queda terminantemente prohibido el uso o disposición de las garantías o fondos retenidos para otro fin que no sea el previsto en el presente reglamento.

24.—*Conclusiones.*

- a) El funcionamiento de las garantías citadas es adecuado y conviene al trámite de la licitación, tanto privada como pública.
- b) En casos minoritarios, la Administración recurre a la ejecución de esas garantías.
- c) A la Administración le interesa más la ejecución del contrato que liquidar cauciones. Por esta razón, el uso del expediente de presionar con las cauciones lo emplea poco. Su mayor presión se encamina hacia el objetivo de que el contratista cumpla con la ejecución del convenio, en aras del fin público adscrito a la contrata pública.
- d) Una ley de contratos del Estado, sería el excelente medio para mejorar lo relativo al campo negocial y por supuesto de las cauciones en el terreno de la Administración Pública.

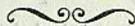
25.—*Bibliografía básica.*

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 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).

Carteles o pliegos de condiciones (lista no exhaustiva)

- * Instituto Costarricense de Electricidad (ICE)
- * Banco Popular
- * Caja Costarricense de Seguro Social (CCSS)
- * Codesa
- * Proveduría 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).

BIBLIOTECA FACULTAD DE DERECHO

INDICE



	Pág.
Presentación	9
<i>Ensayos:</i>	
El proceso de criminalización y su incidencia en Costa Rica. <i>Dr. Daniel Gadea Nieto</i>	11
Política, Derecho y medio ambiente. <i>Dr. Rafael González Ballar</i>	27
Algunas reflexiones doctrinarias en torno al problema de la irretroactividad de las leyes. <i>Prof. Carlos A. Manarella C.</i>	41
Los convenios adoptados por la Organización Internacional del Trabajo, análisis del procedimiento de sumisión en Costa Rica. <i>Dr. Bernardo Van Der Laat Echeverría</i>	73
La aplicación de la ley laboral en el espacio, el problema de la territorialidad. <i>Lic. Oscar Bejarano C.</i>	93
El contrato, acto jurídico. <i>Dr. Diego Baudrit Carrillo</i>	117
Las garantías en el procedimiento de la licitación pública. <i>Dr. Jorge Enrique Romero Pérez</i>	127