

UNIVERSIDAD DE COSTA RICA

FACULTAD DE DERECHO

**REVISTA ESTUDIANTEL
DE
INVESTIGACIONES JURIDICAS**

Año 1, No.1.

**SAN JOSE, COSTA RICA
MAYO
1984**

COMITE DIRECTOR

**MARIS STELLA FERNANDEZ BRENES
GUSTAVO ADOLFO CORDERO JENKINS
CLAUDIO JOSE DONATO MONGE**

INDICE

PAG.

<i>Comité Editor</i>	II
<i>Suscriptores de Honor</i>	III
<i>Agradecimiento</i>	IV
PRESENTACIONES	V - X
<i>Comité Editor</i>	V - VI
<i>Dr. Carlos José Gutiérrez</i>	VII
<i>Lic. Edgar Cervantes Villalta</i>	VIII
<i>Lic. Luis Fernando Solano</i>	IX
<i>Francisco Chacón González (Presidente A.E.D.)</i>	X
"El Problema de las lagunas en el Derecho"	
<i>Juan Carlos Murillo González</i>	1 - 4
"No exigibilidad de otra conducta: causa contra A.N.S."	
<i>Pedro Bernal Chaves Corrales</i>	
<i>Gerardina González Marroquín</i>	5 - 22
"Apuntes sobre la expectativa del Derecho"	
<i>Jorge Solergiberth Iglesias</i>	23 - 27
"El Principio de la Irretroactividad"	
<i>Gloriana Rojas S.</i>	29 - 65
"Responsabilidad de Menores"	
(Análisis de Jurisprudencia)	
<i>Francisco Chacón González</i>	67 - 78
"Causas eximientes de Responsabilidad de la Administración Pública"	
<i>Jorge Hidalgo V.</i>	79 - 90
"Los Sujetos del Contrato de Construcción"	
<i>Gilberth Aguilar Gutiérrez</i>	91 - 98
"El Derecho de Prioridad como efecto del Contrato de Inquilinato, o como obligación legal a la luz de una sentencia de la Corte de Casación"	
<i>José Miguel Villalobos Umaña</i>	99 - 109
"Los Interdictos de Amparo, Restitución y reposición de mojones, su análisis y diferencias"	
<i>Luis Paulino Salas Rodríguez</i>	111 - 130
"Suspensión de los Contratos de Trabajo"	
<i>Miguel A. González Salazar</i>	
<i>German C. Cascente Castillo</i>	131 - 144

SUSCRIPTORES DE HONOR

Lic. Eduardo Alfaro Ramos
Lic. José Miguel Alfaro Rodríguez
Dr. Juan Luis Arias Arias
Lic. Wilberth Arroyo Alvarez
Dr. Diego Baudrit Carrillo
Lic. Miguel Blanco Quirós
Lic. Mario Carazo Zeledón
Lic. Luis Alejandro Carballo Bolaños
Dr. Francisco Castillo González
Dr. Gastón Certad Maroto
Lic. Edgar Cervantes Villalta
Lic. Edgar Cordero Arias
Dr. Francisco Chacón Bravo
Licda. Maruja Chacón Pacheco
Lic. Federico Omar Chinchilla Núñez
Dr. Fernando Durán Ayanegui
Dr. Gonzalo Fajardo Salas
Lic. Germán Fernández Herrera
Lic. José Miguel Fonseca Saborío
Lic. Víctor Ml. Garita González
Dr. Rafael González Ballar
Lic. Francisco Guzmán Ortiz
Lic. Henry Issa El Khoury Jacob

Dr. Raúl Marín Zamora
Lic. Fernando Maroto Casoria
Licda. Rita Maxera Herrera.
Dr. Fernando Mora Rojas
Dr. Luis Paulino Mora Mora
Licda. Elizabeth Odio Benito
Lic. Ulises Odio Santos
Lic. Rodrigo Oreamuno Blanco
Lic. Rafael Ortiz Fábrega
Lic. Humberto Pacheco Alpízar
Licda. Sonia Picado Sotela.
Lic. José Luis Redondo Gómez
Licda. Georgina Sánchez Alvarado
Lic. Manuel Sánchez Zamora
Lic. Eduardo Sancho González
Lic. Luis Fernando Solano Carrera
Dr. Hugo Roger Soto Córdoba
Lic. Rolando Soto Jiménez.
Lic. Joseph Thompson Jiménez
Lic. Ulises Valverde Solano
Lic. Luis Alberto Varela Quirós
Dr. Francisco Luis Vargas Soto
Dr. Luis Ricardo Zeledón Zeledón.

*Cualquier tipo de cooperación
es digna de agradecimiento, pero es
más meritoria aquella que se da cuando
no se tiene la certeza del fruto esperado.*

AGRADECIMIENTO

Nuestro más sincero agradecimiento a los suscriptores de honor y a las siguientes personas:

Ewald Acuña

Omaira Durán

Marcela Chacón

Erica Harms

Juan Carlos Mejía

José Pablo González

Jorge Luis Morales

Luis Salazar

Omar Vindas

Lilliana Zamora

Francis Zúñiga

cuya valiosa y desinteresada colaboración ha hecho posible que esta publicación vea la luz.

Asimismo, agradecemos a todas aquellas personas que, en forma anónima, trabajaron para que lo que parecía un proyecto irrealizable —una revista estudiantil de Derecho— se tornara en una realidad.

Comité Director.

PRESENTACION DEL COMITE EDITOR

Uno de los objetivos fundamentales de la Universidad de Costa Rica es lograr la excelencia académica de sus educandos, para que éstos, al salir de sus aulas, sean capaces de responder a las demandas de nuestro país, poniendo en práctica los conocimientos adquiridos en la carrera universitaria. Esta es la idea conforme a la cual se ha concebido la educación superior, como la inversión que hace un pueblo para que rinda los dividendos esperados el día de mañana, y en este sentido iban dirigidas las palabras del Lic. Rodrigo Facio cuando, al inaugurar el edificio de la Facultad de Ciencias Económicas y Sociales en 1960, dijo: *“La educación es ella misma una forma de producción, la más productiva de todas, por lo menos a largo plazo, ya que es inversión, inversión no en las cosas sino en el hombre, eje y motor de la historia y la civilización”*.

De esta concepción no escapa nuestra Facultad de Derecho, al inculcarnos, desde que ingresamos, la idea de que el estudiante de Derecho se debe preparar a conciencia, pues seremos nosotros los encargados de fortalecer y consolidar un cambio social institucional que sirva de base a una verdadera justicia social.

Este objetivo de nuestra Universidad, lo mismo que el papel preponderante que juega el Derecho y el abogado en la conducción de nuestra nación, es para nosotros incuestionable. Sin embargo, sentimos un enorme vacío en cuanto al papel que actualmente desempeña el estudiante universitario con respecto a la sociedad que le sostiene su educación; vacío que no se justifica en un momento, como hoy, en el que vivimos quizá la mayor crisis económica, social y moral de los últimos cincuenta años, a cuya solución todos los sectores de nuestra sociedad —y muy particularmente los estudiantes—, deberíamos contribuir, en la medida de nuestras posibilidades, brindando fórmulas capaces de resolver el grave problema de una manera integral, y no a base de pequeños “parches” que no nos conducen a nada, como se ha venido haciendo en los últimos años.

La falta de este aporte estudiantil se vuelve aún más difícil de comprender con respecto a los estudiantes de Derecho. No es posible aceptar que en una carrera en la que se han incentivado los trabajos de investigación en cada curso y en la que se está en un estrecho contacto con las más modernas corrientes de pensamiento, se mantenga el estudiante en una actitud pasiva, realizando excelentes investigaciones sin que éstas trasciendan de las cuatro paredes de un aula.

No cabe duda de que la situación actual del país demanda una nueva actitud y tanto las autoridades universitarias, como los profesores, y los propios estudiantes deben tomarla, aportando los riquísimos recursos con que se cuenta en la actualidad.

Motivado por estos aspectos, la Asociación de Estudiantes de Derecho, valiéndose del cambio curricular realizado hace cuatro años en nuestra Facultad y que pone un marcado énfasis en la investigación, ha decidido emprender la tarea de formalizar y llevar a cabo una idea que se ha venido gestando hace varios años, como lo es la creación de una Revista Estudiantil de Investigaciones Jurídicas. Al emprender este reto sabíamos muy bien lo difícil que iba a ser, pues teníamos que demostrar que el estudiante, cuando se lo propone, puede llevar a buen término proyectos de tan gran envergadura. Además de lo difícil que es lograr la confianza de los propios estudiantes, así como la de los profesores, autoridades universitarias y profesionales del Derecho —la cual esperamos terminar de ganar con este primer número—, el aspecto económico ha sido el problema material de más difícil solución, pues el alto costo de cada Revista nos hacía imposible ofrecerle al estudiante un precio que estuviera dentro de sus posibilidades presupuestarias. A raíz de ello nos abocamos a conseguir diferentes contribuciones que nos permitieron ofrecer al estudiante un precio que sin duda alguna está a su alcance y llegar con nuestra Revista a un mayor número de lectores, tanto dentro como fuera de nuestra Facultad.

Los beneficios que se alcanzan con una Revista Estudiantil de Investigaciones Jurídicas son muchos, pero tal vez el más importante es darle al estudiante de Derecho un instrumento idóneo para que éste se proyecte, tanto dentro como fuera de nuestra unidad académica, sin perder de perspectiva su carácter de estudiante. Esto sin duda alguna se logrará, pues, como dijimos antes, es el estudiante de Derecho el que analiza día con día en sus investigaciones la problemática de nuestro ordenamiento jurídico a la luz de las más modernas doctrinas y los

más recientes fallos jurisprudenciales, y el resultado de este análisis es, sin lugar a dudas, el mejor aporte hacia nuestra sociedad y la mayor proyección social de su carrera que éste puede ofrecer

Además de la proyección estudiantil, la Revista también pretende incentivar una mayor excelencia académica en nuestra Facultad, pues sin duda alguna será un estímulo para los educandos y profesores, quienes, al realizar una excelente investigación verán coronados sus esfuerzos al tener la posibilidad de que ésta se publique y se difunda, siendo de provecho para sus lectores. Esto también hará posible que la enseñanza de la ciencia del Derecho en nuestra Facultad avance en forma más acelerada y firme, teniendo como base, para profundizar aún más en las instituciones jurídicas, las investigaciones publicadas, evitándose así las repeticiones y la duplicidad de esfuerzos que se producen por el anonimato en que se encuentran la gran mayoría de las buenas investigaciones realizadas hasta ahora.

Por otro lado, la recopilación de los mejores trabajos en una Revista, hace posible que el estudiante y el abogado cuenten con un excelente material bibliográfico que le ayude a solventar, en alguna medida, el problema de la imposibilidad de conseguir dicho material, ya porque no esté en plaza o porque su costo le haga imposible comprarlo, contando con la ventaja de que adquirirá estudios sobre la realidad jurídica del sistema costarricense. Esto, además de ayudar económicamente a los estudiantes y profesionales del derecho -lo mismo que a un país que está acostumbrado a importar mucho de lo que puede producir- indudablemente, también, va en beneficio de la excelencia académica.

Por último, la Revista Estudiantil de Investigaciones Jurídicas nos servirá de testimonio para demostrarle al país lo que es capaz de hacer el estudiante universitario cuando se lo propone, así como distinguirá nuestra unidad académica de las escuelas privadas, por la excelencia académica y el espíritu crítico y constructivo de sus educandos

Como se puede ver, los beneficios de una Revista Estudiantil son enormes, pero enorme es también el reto de los estudiantes y profesores de esta Facultad, quienes deberán velar por el buen funcionamiento y fortalecimiento de este proyecto

CLAUDIO JOSE DONATO MONGE
COMITE EDITOR

Una nueva revista es como un niño que llega al mundo. Las posibilidades de éxito son infinitas. Pero igualmente lo son las de fracaso. En todo caso, la distancia entre el orto y el deceso siempre habrá valido la pena. Por la alegría que pueda inspirar a sus progenitores el dar a la luz el fruto de sus esfuerzos. Por el aporte que puedan dar en el curso de su florecimiento.

Hace ya bastantes años que al hablar de la misión de la universidad, Ortega y Gasset dijo que *"la ciencia es creación.. Es cosa tan alta la ciencia que es delicadísima y —quírase o no — excluye de sí al hombre medio. Implica una vocación peculiarísima y sobremanera infrecuente en la especie humana. El científico viene a ser el monje moderno"*. Al hablar de tal manera, el maestro del pensamiento y del idioma pensaba desde luego en el gran investigador, aquél que hace avanzar los límites del conocimiento como resultado de su esfuerzo. Aún ese gran investigador, para poder serlo, debió haber sido formado. Ese requerimiento de formación lo iguala con todo aquél que haya pasado por las aulas universitarias. Por que en éstas, la investigación no sólo cumple con la tarea de hacer avanzar la ciencia, sino también con la de formar a las nuevas generaciones de profesionales, que no podrán serlo sino cuando hayan aprendido a investigar.

Investigar como tarea formativa es comprender que toda disciplina está en período de formación, que nunca tendremos la totalidad del conocimiento y que durante nuestra preparación para el ejercicio de una profesión, apenas si adquirimos instrumentos para enfrentar situaciones que serán siempre nuevas y ante las cuales deberemos demostrar nuestra capacidad para dominar la realidad.

He considerado siempre que la investigación es esencial para la labor docente. Permite separar paja y grano, afirmar vocaciones, perfilar individualidades, definir quienes habrán de ser verdaderos universitarios, listos a enfrentar lo desconocido y navegar hacia nuevos continentes. Por eso siento gran orgullo de que se me haya invitado a presentar esta revista que nace hoy con una meta muy ambiciosa: demostrar que los estudiantes de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica son capaces de producir, trabajos acreedores a una buena calificación, cuya lectura pueda ser resistida por quienes, no teniendo el deber de hacerla, son impulsados por el interés de aprender algo, trabajos que, por medio de la palabra impresa, puedan quedar como hitos del momento cultural al que pertenecen y como jalones del avance de su autor.

Como el niño recién nacido, esta revista tiene posibilidades infinitas. Por el solo hecho de nacer demuestra un progreso enorme de la enseñanza jurídica en Costa Rica. Ya no sólo los profesores universitarios investigan y contribuyen a que el Derecho costarricense adquiera mayor extensión y hondura. Ahora los estudiantes se incorporan a la tarea. Esta revista habrá de ser testigo fiel de cómo ese progreso se acelera y a él se une un mayor número de trabajadores. Que viva muchos años. Que por ella pase gran número de estudiantes. Que muchos lectores, como nos ha sucedido a tantos, al ver el esfuerzo de sus lecturas, de sus balbuceos, de sus dudas, de sus afanes, transformado en mensaje impreso, adquieran la incurable enfermedad de expresar por escrito su pensamiento. Para ir más allá de todo lo conocido y lo pensado. Para participar en esa formidable hazaña que es la ciencia y habitar en un permanente octavo día de la creación, en aquel en que todo el mundo había sido creado y después del descanso divino fue necesario empezar, al mismo tiempo, la vida y la tarea de su conocimiento.

CARLOS JOSE GUTIERREZ
MINISTRO DE RELACIONES EXTERIORES

En mis ya casi veinte años de Profesor en la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, he sentido la falta de un órgano de publicación de los trabajos de investigación que por su calidad lo ameritan, que en las diferentes materias realizan los estudiantes durante el curso lectivo, ya que durante todo ese tiempo y al menos en las cátedras que me ha correspondido servir, he visto como quedan sin difundir trabajos y estudios excelentes, de estudiantes también excelentes, luego profesionales de gran éxito en los diferentes campos en que actúan, y que por lo mismo muchos de ellos se han incorporado y se incorporan al personal docente, para beneficio de nuestra Facultad y de la Ciencia del Derecho.

La actual Junta Directiva de la Asociación de Estudiantes de Derecho, 1983-1984, ha puesto especial empeño en llenar esa necesidad tan sentida, y es así como ha logrado la publicación de la Revista Estudiantil de Investigaciones Jurídicas, para dar a conocer los mejores trabajos de investigación que se realizan en las diferentes cátedras y que como lo ha dicho su Presidente Francisco Chacón González, servirá además como material didáctico para los estudiantes y para que a través de éstos, la Facultad se proyecte hacia otros sectores del quehacer cotidiano, aportando nuevas ideas en busca de los cambios necesarios en las instituciones jurídicas y políticas que conforman nuestra nación.

En Costa Rica poco se ha escrito y menos en el campo del Derecho. Sin embargo, en los últimos años ha habido un florecimiento al respecto en las diferentes disciplinas, y en lo que a la ciencia jurídica se refiere, merced a esa pléyade de profesionales a que antes hice referencia. Como parte de ese florecimiento estará sin duda alguna la Revista Estudiantil de Investigaciones Jurídicas, con los estudios y trabajos que en ella se publiquen, gracias a la visión y a la actividad de un grupo de jóvenes estudiantes y estudiosos, que por sus cualidades son garantía para el mantenimiento y fortalecimiento de nuestro sistema jurídico y democrático.

En los momentos difíciles que vive Costa Rica y el mundo en general, reconforta el espíritu y por ello siento gran complacencia en presentar la Revista Estudiantil de Investigaciones Jurídicas, en su primera edición, y felicito sinceramente a la Asociación de Estudiantes de Derecho, en su actual Junta Directiva, de quien es la idea, hoy hecha realidad, convencido como estoy de que obras como éstas, obra de Uds., estimados estudiantes, cimentan la fe en Dios, en la Patria y en nuestra Facultad.

EDGAR CERVANTES VILLALTA
MAGISTRADO
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

Publicar una revista es una tarea gigantesca, especialmente en la actualidad y tratándose de una con caracteres de científica.

Si agregamos que se trata de publicar una revista científica por parte de los estudiantes de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, cualquiera y justamente, podría pensar que se trata de una broma.

Partiendo del hecho cierto de la publicación, la primera reacción de parte de la autoridad administrativa es de satisfacción, pues se enmarca en un proceso global que sentimos y presentimos: la superación de la Facultad de Derecho. En ese compromiso estamos involucrados profesores y estudiantes, y la publicación de esta Revista estimula otro tipo de actividades que en el corto plazo deberán rendir beneficios invaluable a nuestro quehacer universitario.

No conocemos de algún precedente similar, pero aunque exista, la Asociación de Estudiantes de Derecho de la Universidad de Costa Rica podrá estar segura de haber escogido un camino que lleva a anchurosos campos del conocimiento, y será ejemplo no sólo para otros estudiantes, sino para los propios profesores, pues cuando hablamos de ejemplo, en materia académica, nos referimos a la competencia de las ideas para lo cual estamos aquí, perfeccionando cada día más los mecanismos de su presencia.

Saludamos el nacimiento de la Revista, le auguramos el éxito que merece, y solicitamos apoyo para ella, pues de él dependerá su supervivencia.

**LIC. LUIS FERNANDO SOLANO
DECANO
FACULTAD DE DERECHO, UCR.**

PRESENTACION DE LA REVISTA

Dos antecedentes importantes han influido para que el nacimiento de esta Revista se lleve a cabo con el apoyo y empeño de la Asociación de Estudiantes de Derecho de la Universidad de Costa Rica.

En primer término, hemos de señalar la implantación de un Nuevo Currículum en nuestra Facultad, currículum que ha pretendido no una simplista ordenación de materias en cinco años, sino una reorganización estructural y sistemática de la metodología utilizada para la enseñanza del Derecho en nuestro país. Se han dejado de lado, así, los viejos métodos de enseñanza magistral para dar paso a un Currículum con énfasis en la investigación y en la práctica y que busca dotar al futuro abogado de las destrezas de que evidentemente carecía al egresarse de la Universidad.

En segundo lugar, influyó también la manifiesta y total ausencia de proyección por parte del estudiante de Derecho, que en este sentido había abandonado un importante campo de trabajo desde el cual puede hacer relevantes aportaciones para el país, como ciudadano comprometido y factor decisivo de desarrollo y de cambio.

El fruto del Nuevo Currículum, desde su inicio hasta ahora, puede traducirse en la realización de investigaciones en las diversas disciplinas jurídicas, que se han caracterizado muchas veces por su rigor científico y profundidad de análisis. Sin embargo, esas investigaciones se veían destinadas a ocupar un olvidado lugar en la biblioteca del profesor, o, a lo sumo, en la de nuestra casa. No era posible su divulgación ni su aprovechamiento por parte de los demás estudiantes.

La materia prima sin explotar la teníamos a nuestro alcance, pero ello no era suficiente, se requería además la voluntad y el temple necesario para llevar a cabo lo que hoy orgullosamente podemos presentar a Ustedes. Y hacia ese fin se dedicaron nuestros compañeros Claudio Donato y Maris Stella Fernández, a quienes es justo reconocer públicamente la dedicación y el esfuerzo realizado.

La situación económica por la que atravesamos hizo más difícil aún el trabajo, la Revista es una inversión costosa para nuestra Asociación y sólo con el apoyo y acogida que Ustedes han sabido darles es que es hoy una realidad.

Será, esta Revista, un estímulo para el estudiante y para el profesor, quienes en conjunto han dado lugar a las Investigaciones que aquí se divulgan y que servirán como material didáctico de las diferentes cátedras.

También, será un medio eficaz para que desde nuestra Facultad broten nuevas ideas que desarrollen y perfeccionen instituciones jurídicas y políticas, que requieren de la perspectiva de una nueva generación obligada a demostrar su capacidad para dar respuesta a las nuevas exigencias que la sociedad le demanda.

El material seleccionado ha sido obtenido con la recomendación de las Cátedras y los profesores bajo cuyo cargo ha sido elaborada la investigación, con el fin de dar a la Revista la seriedad y garantía de calidad que Ustedes se merecen.

Quisiera, para finalizar, hacer un llamado a los estudiantes con el propósito de que se dedique más tiempo y esfuerzo a la investigación y poder, así, contar cada día más con mayores y mejores aportes para la Revista.

Esta Revista, que Ustedes tienen en sus manos, es uno de los logros más grandes alcanzados por el estudiantado de Derecho; sólo con su ayuda podemos preservarlo,

*Francisco Chacón G.
Presidente A.E.D.*

"EL PROBLEMA DE LAS LAGUNAS EN EL DERECHO"

*Trabajo Presentado al Prof. Lic. Pablo Rodríguez
Cátedra de Sistemas de Investigación y Razonamiento
Por Juan Carlos Murillo González*

I

ARTICULO 5 DE LA LEY ORGANICA DEL PODER JUDICIAL

"Los tribunales no podrán ejercer su ministerio sino a petición de parte, a no ser en los casos en que la ley los faculte para proceder de oficio.

Reclamada su intervención en forma legal y en negocios de su competencia, no podrán excusarse de ejercer su autoridad por falta de ley aplicable al caso, fallarán con arreglo a los principios de derecho" (1).

Se tiene como fin, demostrar los problemas que presenta la interpretación de este artículo, debido a la vaguedad de la expresión "*principios de derecho*".

Se hace referencia a estos últimos con el fin de permitir que el derecho pueda ser modificado y se adapte a la realidad social.

¿Qué debemos entender por realidad social?

El término se presta para diferentes definiciones, las cuales cambiarían en función de personas, ideologías y sociedades.

2

INSUFICIENCIA DE LA LEY

Se entiende por insuficiencia de la ley cuando no existe una norma que se aplique a un caso concreto, o, aún existiendo, lo cubre de una forma poco precisa, vaga.

Se afirma que el legislador hace un reconocimiento tácito de la presencia de lagunas en el derecho, facultando al juez para que falle de acuerdo con los principios de Derecho. Lo anterior puede ser estudiado en función de dos problemas: ¿cómo constatar la existencia de una laguna?, ¿qué métodos utilizar para llenarlas?

La persona que tiene a su cargo la interpretación de una norma, establece en qué casos existe o no una laguna. Es el juez quien dice dónde y cuándo existe laguna. Debe tenerse en cuenta que esta interpretación está influenciada por diversos elementos metajurídicos, a saber: la personalidad del juez, su ideología, su formación jurídica, su concepción de la justicia, su intelecto, su integridad.

Luego, en la constatación de una laguna *se emite un juicio de valor por parte del juez*. Ante la interpretación de un texto, dos jueces podrían estar en desacuerdo: ¿hay o no laguna? En la respuesta entraría en juego la política jurídica.

3

¿QUE ENTENDER POR "PRINCIPIOS DE DERECHO"?

El artículo 5 de la L.O.P.J. se limita a expresar que los tribunales fallarán con base en

(1) VINCENZI, Atilio. *Ley Orgánica del Poder Judicial*. Editorial Lehmann, Costa Rica. Pág. 11.

los principios del derecho, en aquellos casos en los que no haya ley aplicable. Aún admitiendo los principios de derecho como método para resolver los casos de insuficiencia de ley, ¿qué se debe entender por tal expresión?

Algunos autores señalan que ha de entenderse como una referencia al derecho natural (Fonier, por ejemplo), o a la noción de equidad, o al concepto de justicia; a la idea de bien común...

Si se intenta definir estos términos se verá que es imposible encontrar una sola definición, que amalgame las diferentes opiniones.

En consecuencia el término "*principios de derecho*" puede hacer alusión a gran número de ideas o conceptos. Es un concepto vago, indefinido, cargado de tanta emotividad como la definición de derecho.

¿Qué entienden por principios de derecho nuestros jueces, cuando tienen que utilizarlos para resolver la insuficiencia de la ley en un caso determinado?

Debido a la vaguedad de la expresión, cualquier método utilizado por nuestros jueces estaría permitido. El artículo 5 de la L.O.P.J. no establece una jerarquía de métodos. Inclusive no especifica qué se debe entender por principios de derecho.

Sin embargo, no se puede negar que el legislador nacional ha visto la necesidad de adecuar el derecho a la realidad social. Para ello, ha introducido una expresión tan ambigua como la de principios de derecho.

Este artículo 5, se ve como una "puerta" para introducir modificaciones al ordenamiento jurídico. Los métodos para llenar lagunas cambian de acuerdo con los diferentes sistemas jurídicos. Así por ejemplo, el artículo 1 del Código Civil Suizo propone los siguientes métodos para llenar lagunas: de no existir ley aplicable al caso, deberá recurrirse a la costumbre; de no existir costumbre, el juez actuará como si fuera legislador. Para esto deberá buscar la doctrina y la jurisprudencia.

4

UNA NORMA OBLIGA AL JUEZ A LLENAR LAGUNAS

Ciertos autores, entre ellos los belgas Perelman (2) y Miedzianogora (3) sostienen, que el juez es obligado por una norma a llenar las lagunas. Se fundamentan en el artículo 4 del Código Civil Belga, copiado del de Napoleón:

"El juez que rehusase juzgar bajo pretexto de silencio, obscuridad o insuficiencia de la ley, podrá ser incriminado..." (4).

El equivalente de esta norma en Costa Rica es el artículo 5 de la L.O.P.J. A pesar de la similitud, nuestro artículo no se limita a establecer que el juez debe siempre resolver las contiendas que se le someten —como en aquellos países europeos—. La L.O.P.J. exige que se recurra a los principios de derecho.

Los exégetas sostenían que cuando no existiera norma aplicable al caso, el juez debía rechazar la demanda, considerando que ésta no tenía fundamento legal. Señalan, sin embargo, Fonier y Miedzianogora que de hecho, los jueces no han seguido las enseñanzas de los exégetas sino que

(2) PERELMAN, Chaïn. *Essai de Synthèse* in Perelman, Ch. *Le problème des lacunes en droit*. Travaux du Centre National de Recherche de Logique. Bruylant, Bruxelles, 1968. Págs. 538-ss.

(3) MIEDZIANOGORA, Joseph. *Juges, lacunes et idéologie* in Perelman, Ch. *Travaux du Centre National de Recherche de Logique*. Bruylant, Bruxelles, 1968. Págs. 513, ss.

(4) MIEDZIANOGORA, *Op. cit.*, pág. 513.

han llenado las lagunas de la ley. Miedzianogora dice que el juez llena las lagunas mediante la creación de normas individuales (o sea, la norma que cada sentencia pone en vigor).

A fin de insistir en la influencia de la ideología, a la pregunta "*¿cómo determinar qué situaciones merecen la creación de una norma individual?*", Miedzianogora responde que "*el buen sentido se lo indica al juez*" (5). Se vuelve a los elementos metajurídicos que se señalaron en el No. 2. Perelman, señala con razón que el artículo 4 del Código de Napoleón no establece las directivas a seguir para solucionar el problema de las lagunas (6).

5

EL MONOPOLIO DE LA CREACION DE NORMAS

Admitiendo que nuestros jueces resuelven el problema de las lagunas mediante la creación de normas individuales, se pone en evidencia que el Poder Legislativo ya no mantiene el monopolio de la creación de normas. El poder judicial como órgano aplicador de derecho, deviene cada vez más creador de derecho.

¿Qué repercusiones trae consigo lo anterior?

La arbitrariedad judicial, que podría prestarse para introducir todo tipo de modificaciones al ordenamiento jurídico. La jurisprudencia no es obligatoria, pero de hecho los tribunales tienden a resolver como si las decisiones de los tribunales superiores fueran vinculantes.

Perelman aboga por una mayor libertad para el juez en lo referente a la interpretación de la ley y a la forma de llenar las lagunas. ¿Cómo limitar esa libertad para que la función judicial no devenga arbitraria? Mediante la motivación de decisiones —propone el mismo autor—.

La retórica jurídica (teoría de la argumentación) le proporcionará al juez las diferentes directrices por considerar, a la hora de solucionar el problema de las lagunas en el derecho.

6

LOS HETERODOXOS

El problema de las lagunas ha dividido la opinión de los juristas, en lo referente a hablar de lagunas del derecho o del ordenamiento jurídico.

Algunos autores, entre ellos Norberto Bobbio y Paul Foriers (7), piensan que debe hablarse más propiamente de las lagunas del ordenamiento jurídico y no de las lagunas del derecho.

Sin embargo, una corriente filosófica sostiene que el ordenamiento jurídico es necesariamente completo. Se fundan en las teorías siguientes:

- 1) La teoría del espacio jurídico vacío.
- 2) La teoría de la norma general exclusiva.

Según la primera teoría, la esfera de la actividad humana puede dividirse en dos partes: aquella que está limitada por una norma jurídica y aquella donde la actividad es libre. Todo lo anterior quiere decir, que hacemos lo que una norma nos exige —independientemente de que sea positivo o negativo— o al no existir una norma, hacemos lo que nos parezca (estaríamos ac-

(5) MIEDZIANOGORA, *Op. cit.*, pág. 518.

(6) PERELMAN, p. p. 542 --ss.

(7) FORIERS, Paul. *Les lacunes du Droit* in Perelman, Ch. *Le probleme des lacunes en Droit*. Travaux du Centre National de Recherche de Logique. Bruylant, Bruxelles, 1968. pp. 9--ss.

tuando en un dominio irrelevante en lo que respecta a lo jurídico).

Foriers dice, que esta primera teoría es defendida, entre otros, por: Karl Bergbohn, A. Brinz y Santi Romano.

La teoría de la norma general exclusiva es defendida —según Foriers— por Zitelmann, Donati y Hans Kelsen.

Según esta teoría, cada norma particular que prescribe un comportamiento positivo o negativo está acompañada por una norma general. Un sistema de derecho escrito tendría siempre en este caso, ya sea directa o indirectamente, una solución a todas las controversias que se le presentan al juez.

Estamos de acuerdo con Foriers en lo que se refiere a hablar más propiamente de las lagunas del ordenamiento jurídico, pues es imposible para el legislador reglamentar toda la actividad humana mediante el derecho escrito.

Kelsen (8) habla del problema de las lagunas como una ficción creada por los encargados de aplicar el derecho, para apartarse de lo que la ley estipula. Según el mismo autor, el problema se debe a las decisiones político-morales.

CONSIDERACION FINAL

El problema de las lagunas nos demuestra que la ley —como creación humana— no es perfecta y completa. Además, debemos reconocer que es imposible aplicar siempre lo que dispone el ordenamiento jurídico. Como bien lo dice Perelman, el juez no es una calculadora; de hecho pueden influenciar sus decisiones diversos elementos.

¿Cómo han resuelto y resuelven nuestros jueces el problema de las lagunas?

El problema de las lagunas y los métodos para llenarlas representan un amplio tema de estudio, a los cuales no se les puede restar interés, pues no sólo permiten la intromisión del poder judicial, sino que comprometen directamente la responsabilidad del juez.

- (8) KELSEN, Hans. *Theorie pure du Droit*. Traduction française de la deuxième édition de la *Reine Rechtslehre* par C. Eisenmann, pág. 334.

BIBLIOGRAFIA

- FORIERS, Paul. *Les lacunes du Droit* In Perelman, Ch. "Le problème des lacunes en Droit". Travaux du Centre National de Recherche de Logique. Bruylant, Bruxelles, 1968. Pgs. 9-29.
- KELSEN, Hans. *Theorie pure du Droit*. Traduction française de la deuxième édition de la *Reine Rechtslehre* par C. Eisenmann. Págs. 329-334.
- MIEDZIANOGORA, Joseph. *Juges, lacunes et idéologie* In Perelman, Ch. *Le problème des lacunes en droit*. Travaux du Centre National de Recherche de Logique. Bruylant, Bruxelles, 1968. Págs. 513-ss.
- VINCENZI, Attilio. *Ley Orgánica del Poder Judicial*. Editorial Lehmann, Costa Rica, C.A. Edición 1982, San José. Pág. 11.
- PERELMAN, Chaïn. *Essai de Synthèse* In Perelman, Ch. "Le problème des lacunes en droit" Travaux du Centre National de Recherche de Logique. Bruylant, Bruxelles, 1968. Págs. 538-ss.

"NO EXIGIBILIDAD DE OTRA CONDUCTA CAUSA CONTRA A.N.S."

Expediente 247—R.

*Trabajo presentado al
Lic. Henry Issa El Khoury Jacob
Cátedra Derecho Penal General
por Pedro Bernal Chaves Corrales y
Gerardina González Marroquín*

Marzo 1984

INTRODUCCION

Pretendemos con el presente trabajo hacer un análisis del caso de A. M. S., quien el 28 de noviembre de 1979 fue juzgada y condenada a 6 años de prisión, por tenencia de marihuana para suministro. El 9 de setiembre de 1980, la Sala de Casación revisa el caso y ratifica la misma pena.

El enfoque esencial que tendrá nuestro análisis es la posibilidad de defensa de la acusada, alegando *"no exigibilidad de otra conducta"*. Será entonces imperativo hacer una revisión de la doctrina al respecto, la cual se inserta después de la tesis de la defensa y de la fiscalía en primera instancia.

Hemos subdividido la investigación en 3 grandes secciones, a saber: Primera Instancia, Sala de Casación y Análisis del caso. En las 2 primeras se analizan separadamente los alegatos de la fiscalía, de la defensa y la sentencia.

El marco legislativo, que comprende los artículos pertinentes del Código de Procedimientos Penales y del Código Penal, así como los artículos 28, 125, 134 y 372 de la Ley General de Salud y un análisis de los mismos, aparece como anexo al cuerpo del trabajo.

Como parte de esta introducción, quizá sea interesante hacer una breve referencia a la marihuana, la droga más usada y traficada en el territorio nacional, que se consume por la población, prácticamente a cualquier edad, especialmente después de los 12 ó 14 años y en todos los estratos sociales.

La marihuana, *Cannabis Sativa L* y *Cannabis Indica L.*, comenzó a utilizarse en Costa Rica *"con la llegada de los trabajadores negros y chinos, que en los años 1880 y 1900 vinieron para la construcción del Ferrocarril al Atlántico"*. (1)

En el país se cultiva la planta de marihuana en cantidades grandes, pues el clima es favorable para su buen desarrollo.

Los efectos que produce la droga varían según: la personalidad de quien la consume, la pureza o calidad de la droga, el terreno y el ambiente en que fue cultivada. *"Su uso puede provocar en el hombre: alteración en la personalidad; conduce a la psicosis; distorsión del sentido del tiempo; los colores de las cosas se ven más brillantes; produce sensaciones de hambre; se distorsiona la consciencia y la percepción; alucinaciones visuales y olfativas; disminuye la memoria y la atención; provoca sueño, euforia, delirio. También produce en quien la usa pérdida de interés en las actividades cotidianas como son el trabajo y la familia; baja la tolerancia a las frustraciones. La intoxicación crónica, produce decadencia mental, cambio de personalidad, conjuntivitis cró-*

(1) ROJAS Z., Ana B. *Aspectos legislativos y jurisprudenciales sobre el tráfico de drogas en Costa Rica*. pág. 48.

nica, pérdida del apetito". (2)

Todavía las investigaciones realizadas no han podido comprobar si el uso de la marihuana incita al crimen. *"No se ha probado científicamente si ella conduce o no al sujeto a cometer actos que normalmente no haría" (3)*. Sin embargo, las opiniones se contradicen. Hay quienes afirman que *"Las acciones que esta droga ejerce sobre la conducta del ser humano, como son la inducción de letargo y comportamiento pasivo, nos hace pensar que muy difícilmente esta droga podría inducir a alguna forma de agresión" (4)*. Otros afirman que incluso la necesidad del adicto, para conseguir la marihuana, lo lleva a delinquir.

En Costa Rica, la Ley General de Salud regula todos los aspectos concernientes a las drogas, como son: la exportación e importación, la fabricación, producción y cultivo, la tenencia para suministro y el tráfico de drogas. Todos son sancionados. Conviene aclarar que desde la promulgación de esta ley se dejó de considerar el uso y la tenencia de drogas *con propósito de consumo* como una actividad delictiva. *"Hoy, nuestro sistema jurídico considera a los toxicómanos no como antisociales sino como sujetos enfermos" (5)*.

Como ya se ha esbozado y como analizaremos más adelante, tanto el tráfico de drogas, como la tenencia de drogas con propósito de suministro son severamente castigados.

PRIMERA INSTANCIA TRIBUNAL SUPERIOR PRIMERO PENAL DE SAN JOSE SECCION PRIMERA

NARRACION DE LOS HECHOS:

El 18 de julio de 1979 aproximadamente a las cinco de la tarde, la imputada A. M. S., se presentó a la Penitenciaría Central, para visitar a su concubino O. G. M. J., pero al hacerle la revisión de rigor, ella se negó, a que le revisaran su bolso. Fue por tal motivo que el encargado de vigilancia hizo que llamaran al señor O. G. M. J. Al llegar éste, convence a su compañera de que entregue el bolso a las autoridades. Al hacerlo, encuentran aparente picadura de marihuana; por lo que detienen a la señora A. M. S. y mandan a analizar dicha picadura, para ver si es o no marihuana.

Al analizarla y ver que en realidad era marihuana, A. M. S. confiesa que efectivamente ella llevaba un envoltorio que creía era marihuana, porque al llegar a la Penitenciaría Central, se lo había encontrado, y lo iba a entregar al Director de esa Prisión. Pero el día del debate en el Tribunal Superior Primero Penal, A. M. S. modifica su declaración, y es así que tenemos lo siguiente:

JUSTIFICACION DE SU ACTUACION:

A. M. S. declara los siguientes hechos:

- 1.— *"Es verdad, yo, el 18 de julio de 1979 llevaba picadura de marihuana para entregársela a mi concubino O. G. M. J.*
- (2) *Ibid, pág. 21 y 22.*
- (3) *Ibid, pág. 24.*
- (4) *MONTERO, Jorge. El crimen, la delincuencia y la farmacodependencia. pág. 13.*
- (5) *ROJAS, Op. Cit. pág. 127.*

- 2.— La razón de llevar marihuana, es porque O. G. M. J. me dijo que había tenido un problema con un interno y que luego otros sujetos le habían pedido que pasara una marihuana, y que si no lo hacía lo matarían.
- 3.— Yo le pedí, —alude A. M. S.—, que pusiésemos en conocimiento de las autoridades los hechos, pero O. G. M. J. me dijo que era peligroso, y que si lo sabían aquellas personas que lo habían amenazado, lo matarían.
- 4.— Posteriormente recibí una llamada telefónica de O. G. M. J. que me pedía que le llevara la marihuana. Dirigiéndome a una dirección que él me había dado, llegué a una casa y me encontré con una señora —a la cual ya conocía de vista, pues visitaba el Centro Penal—, y me entregó un paquete; lo metí en el bolso con el fin de llevárselo a O. G. M. J. y para que se lo entregara a los individuos que lo amenazaban.
- 5.— Al tratar de ingresar al penal me pidieron el bolso, a lo que yo me negué, hasta que llamaron a O. G. M. J., quien llegó llorando y me dijo que se los diera, por lo que se los dí”.

Es interesante analizar los argumentos expuestos por el concubino, que son los siguientes:

- 1.— “Debido a una riña que tuve con un interno, para evitar que me robase objetos de mi celda, se presentaron días después, tres individuos armados con puñales y me dijeron que debía cumplir una orden del jefe y que ésta era traer una marihuana, de inmediato me dieron una dirección y me incinuaron que mi compañera debía hacer la diligencia.
- 2.— Me indicaron, que si quería salir con vida del penal debía cumplir la orden y de lo contrario moriría”.

TESIS DE FISCALIA:

El Fiscal tiene sus dudas en cuanto a, si es posible o no, que el delito de suministro de marihuana, se pueda dar en forma tentada. Hay que tomar varios puntos de vista, entre los que tenemos: que no se produjo el delito en su totalidad, sino que por causas externas a la voluntad del agente, ésta no se pudo realizar, quedando éste en grado de tentativa. Además hay que analizar y ver: por un lado que se trata de una madre que está presa y sus hijos están desamparados; por otro lado que el móvil no es el clásico y común, sino que es especial, debido a que ella conoce que esa conducta es irregular, pero la realiza, no porque ella se dedique a estas negociaciones, sino más bien, por la necesidad de colaborar y ayudar a su marido, dándose aquí la no exigibilidad de otra conducta distinta.

Pero, ¿qué es la no exigibilidad de otra conducta?

Comencemos por la culpabilidad, que ya es bien conocida para nosotros; no entraremos a analizarla ni a definirla, basta recordar que sin ella no puede haber responsabilidad penal. Debemos entonces ocuparnos de los casos en que *“el hombre, a pesar de haber ejecutado un acto típicamente antijurídico, y existiendo en él imputabilidad, (es decir, capacidad de conocer y dirigir sus acciones), no puede ser declarado culpable”* (6).

“Estas causas eximentes se denominan en Alemania causas de exculpación o causas de inculpabilidad, que es como fueron bautizadas por J. Goldschmidt, M. E. Mayer y A. Kohler, y como sigue denominándolas Von Weber” (7).

“Podríamos decir que el fundamento de todas las causas de inculpabilidad está en que no

(6) JIMENEZ DE ASUA, L. *Tratado de Derecho Penal*. Tomo VI. pág. 295.

(7) *Ibidem*.

puede exigirse esa conducta adecuada a la norma, bien porque el error esencial del agente le hizo creer que su acción estaba justificada, o porque la violencia moral o la situación del individuo; en sí misma o en su ligamen con otras personas, no le permitía ajustarse a lo que él consideraba como justo y que en otra coyuntura hubiera respetado. No obstante ello, podemos agrupar en dos grandes sectores las causas de inculpabilidad: las que proceden en las leyes suelen figurar de modo más o menos explícito; pero además, como diremos en su momento oportuno, es útil abrir aquí (. . .) un respiradero para que la vida no se asfixie por excesivo positivismo, reconociendo también la inculpabilidad supralegal: la no exigibilidad de otra conducta in genere" (8).

Las causas de inculpabilidad se resumen así:

- 1.— Error:
 - a— error de tipo
 - b— error de prohibición
 - c— eximentes putativas
 - ch— obediencia jerárquica
- 2.— Inexigibilidad:
 - a— violencia moral y miedo
 - b— exceso en las eximentes
 - c— estado de necesidad en que colisionan bienes iguales
 - ch— aborto sentimental y económico
 - d— encubrimiento de próximos parientes o de seres queridos
 - e— inexigibilidad específica en otros casos (falso testimonio, omisión de socorro, etc.)
- 3.— No exigibilidad de otra conducta como causa supralegal de inculpabilidad.

La mayor parte de los autores coinciden en un esquema de causas muy similar a este, con pequeñas diferencias que podemos omitir.

De acuerdo a lo expuesto anteriormente la Fiscalía solicita:

"Que se tenga a la imputada A. M. S. como autora responsable del delito de suministro de marihuana en estado de tentativa, y que se le imponga una pena consistente en cuatro años de prisión".

La Fiscalía recomienda el indulto con base en los siguientes hechos y considerando los ya expuestos:

- 1.— La señora A. M. S. es madre de dos menores.
- 2.— Que la imputada no tiene antecedentes penales.
- 3.— Que existe una recomendación del Centro Penal que le es favorable.

TESIS DE LA DEFENSA:

Existen causas de justificación, los cuales impedirían la aplicación de una sentencia condenatoria. Entre éstas tenemos el estado de necesidad. Para que se dé el estado de necesidad se deben dar tres requisitos básicos. El primero de ellos es que el peligro sea actual o inminente. Es obvio que las declaraciones efectuadas por A. M. S., y por O. G. M. J., se desprende un inminente peligro de la vida de O. G. M. J., y más, si consideramos que en los centros penales y principal-

(8) *Ibid*, pág. 303 y 304.

mente en la Penitenciaría Central, se vive en una constante lucha para sobrevivir, y que el tener una amenaza de ese tipo, es tener un peligro inminente y total sobre sí.

El segundo es que no haya habido provocación. Claro es en realidad, que no existió, ni pudo existir por parte de A. M. S. la provocación.

El tercero es que no sea evitado de otra manera es claro que existe una causa de justificación basada en el estado de necesidad, o bien puede ser que la más adecuada sea la justificante de la amenaza de la cual fue víctima A. M. S.

Para estos efectos es interesante conocer más a fondo la violencia moral como causa de inexigibilidad y la no exigibilidad de otra conducta como causa suprallegal de inculpabilidad.

A.- VIOLENCIA MORAL:

"Las amenazas son, sin duda, la contemplación del estímulo que viene del mundo exterior (naturaleza o persona), y por ello no requiere que anule en el agente su capacidad penal (por causada inconsciencia o por imposibilidad de dirigir sus acciones), sino tan solo que no se le pueda exigir al amenazado otra conducta distinta a la seguida. Por eso es evidentemente una causa de inculpabilidad. En cambio el miedo es el aspecto subjetivo de la amenaza de peligro, no importa cuál sea ni de dónde venga; es, por ende, la consecuencia de aquella" (9).

"Ciertamente que la voluntad coaccionada no deja de ser voluntad, y por ello no solo la vía moral no es causa de justificación, sino que tampoco suele serlo de inimputabilidad". (10)

Como indica Sebastián Soler: *"ha de distinguirse firmemente la coacción (vis compulsiva) de la violencia física (vis absoluta), pues en éste último caso se supone que el violentado actúa exclusivamente como cuerpo, como objeto pasivo o como instrumento, por medio del cual un tercero ejecuta un delito" (. . .)*

En cambio, la coacción es un caso típico de causa de inculpabilidad (. . .). Al hablar, pues, de coacción, nos referimos a aquellos casos en los cuales el sujeto resuelve entre un número restringido de posibilidades, pero resuelve él". (11)

"Ante todo debe constar que la amenaza puede provenir (. . .) del hombre, de las bestias y de las fuerzas de la naturaleza.

Sentado esto, digamos que la amenaza no es otra cosa que la coacción moral —si fuese física es ausencia de acto como se ha visto y probado—, y, por ende constituye una causa de inculpabilidad; más concretamente, un aspecto de la no exigibilidad de otra conducta, reconocido por la Ley, que sólo es dogmáticamente comprensible si se parte de la concepción normativa de la culpabilidad —como ha demostrado Frías Caballero—, *ya que no necesita haber engendrado (. . .) el miedo, o pavor. El amenazado puede, o no, sentir miedo, aunque es lógico que tema por su vida o la de los suyos". (12)*

"La fuerza moralmente irresistible y la llamada violencia moral son coacción. Es coacción la amenaza de un mal inminente, tanto si va acompañado de sufrimientos actuales como si no los comporta". (13)

"El estado de necesidad puro funciona como causa de justificación mientras es imposible acordar ese efecto a la coacción, pues debiendo ella partir de un tercero la responsabilidad de

(9) *Ibid*, pág. 862.

(10) *Ibid*, pág. 865.

(11) SOLER, Sebastián. *Derecho Penal Argentino*. Tomo II. Pág. 81.

(12) JIMENEZ, *Op. cit.* pág. 882.

(13) SOLER, *Op. cit.* Pág. 82.

éste subsistirá siempre". (14)

"La coacción se caracteriza por determinar un estrechamiento dilemático de las condiciones en que una decisión debe ser tomada, evitando el escape, esto es, la posibilidad de no hacer ni lo uno ni lo otro" (15).

"Por no poderse, pues, exigir conducta heroica a quien no ha hecho profesión de afrontar peligros, no se le puede exigir al que obra violentado por la amenaza de un riesgo, una conducta adecuada o conforme a Derecho. En suma la vis moral es una causa de inculpabilidad" (16).

Fontán Balestra considera que *"la coacción es un delito contra la libertad de resolución y de actuación de la voluntad (...) consistente en compeler a otro para que haga, deje de hacer o tolere algo. Compeler significa aquí constreñir, obligar, es decir, vencer la voluntad contraria del ofendido (17).*

"La conducta que el autor compele a cumplir a la víctima no necesita ser un delito. Si el hecho impuesto es un delito, el autor de la coacción podrá serlo también del delito, ya por falta de acción ya por ausencia de culpabilidad en el violentado o coaccionado"(18).

Fontán considera entonces que la coacción es causa de inculpabilidad y dice que se distingue del estado de necesidad, no sólo en que éste es una causa de justificación, sino en que la vis moral ha de apreciarse subjetivamente.

"Resulta , pues, obvio, que con la violencia moral entramos, resueltamente, en las causas de inculpabilidad que se origina en la no exigibilidad de otra conducta"(19). En suma: la amenaza de un mal (...) no puede comprender imaginarios temores del agente, sino que ha de provenir de los hechos externos, pero éstos no sólo han de ser originados por actos o palabras de otro hombre, sino que pueden provenir de acontecimientos exteriores de la naturaleza o del fortuito"(20).

Sebastián Soler indica que *la ley argentina hace derivar la inculpabilidad del hecho de que la situación que coacta provenga de amenaza. "Es pues indispensable la existencia de una causa externa y humana determinante del temor"(21).*

Jiménez de Asúa establece varias condiciones para que la vis moral pueda válidamente considerarse como un eximente. Esas condiciones son:

- 1) *La amenaza que constituye la violencia se dice que ha de ser injusta; es decir, que si proviene de un mal que tenemos el deber de soportar no podríamos abonarlo a quien actuara a fin de impedirlo (...)*
- 2) *El mal que nos amenaza ... ha de ser inminente; es decir, que tengamos certidumbre de su presencia o de su muy probable e inmediata realización (...)*
- 3) *El mal ha de ser grave, esto es, ha de producir impresión en un hombre razonable (...)*
- 4) *El amenazado no debe tener el deber de soportar el mal con que se le conmina, del mismo modo que en el estado de necesidad (...)*

(14) *Ibidem.*

(15) *Ibid*, pág. 83.

(16) JIMENEZ, *Op. cit.* pág. 865.

(17) FONTAN B., Carlos. *Tratado de Derecho Penal*. Tomo V. Parte Especial. pág. 318.

(18) *Ibid*, pág. 321.

(19) JIMENEZ, *Op. cit.* pág. 883.

(20) *Ibid*, pág. 886.

(21) SOLER, *Op. cit.* pág. 83.

- 5) *El mal que nos amenaza no debe poder evitarse de otro modo, es decir, que si el riesgo en que la vida nos pone o el daño o peligro con quien alguien nos amenaza, fuera posible impedirlo de alguna otra manera, esta exigente no sería aplicable. En cambio, no se necesita (...) que la violencia moral "produzca un miedo serio en la persona amenazada" (22).*

B. NO EXIGIBILIDAD DE OTRA CONDUCTA COMO CAUSA CUPRALEGAL DE INculpABILIDAD

"La concepción normativa de la culpabilidad supone que se le puede exigir al agente un comportamiento conforme a derecho, que será por tanto, la base del "reproche". Como consecuencia, si no le es exigible esa conducta, la reprochabilidad no puede dirigirse contra quien, incluso voluntariamente, ha procedido antijurídicamente.

Tanto Frank como J. Goldschmidt se valen del estado de necesidad para demostrar que si la culpabilidad se tradujera, tan solo, en las especies de intención o negligencia, quienes ven en aquél una causa de inculpabilidad no podrían construirla, puesto que el necesitado obra intencionalmente. Lo que ocurre es que esa intención no puede ser base del reproche en que la culpabilidad consiste"(23).

"Por el potente impulso de la ciencia penal alemana llega la teoría de la no exigibilidad a su auge con Freudental y con J. Goldschmidt y en cuanto a la enclavadura sistemática, con Eberhard Schmidt, y Edmundo Mezger (...) este desarrollo de la doctrina no se inicia con un mero pensamiento teórico, sino que surge de varias sentencias del Tribunal del Reich, llegando a su cima con su jurisprudencia y decayendo cuando el propio Tribunal trata de soslayar el recurso de la no exigibilidad de otra conducta por creer que, con las disposiciones legales vigentes, se puede llegar al mismo resultado que con las fórmulas supralegales" (24).

Encontramos que E. Schmidt esboza un criterio muy amplio sobre la no exigibilidad de otra conducta cuando dice: "la posibilidad del reproche por la culpabilidad desaparece en los casos en que el autor sea inimputable; cuando se excluye el dolo y la culpa por error, y finalmente cuando no pueda serle exigida al autor una conducta conforme a Derecho, a pesar de que el agente ha apercibido el alcance real y jurídico de su conducta, o por lo menos a pesar de que hubiera debido o podido apercibirlo, cuando no era posible esperar que la representación del resultado típico y su carácter socialmente dañino fueran contra motivo decisorio para que el autor motivara su conducta de acuerdo con el Derecho; o, dicho con otras palabras: cuando el proceso de motivación del autor, atendiendo a la situación de conjunto, no deba ser motejado de incorrecto o contrario a lo debido"(25).

"La casi totalidad de los autores que se ocupan en sentido afirmativo o negativo de la no exigibilidad, lo hacen en el ámbito de las causas de inculpabilidad. Discrepan, ciertamente, en referencia al contenido, puesto que la tesis inicial de ver en ella la causa suprallegal de inculpabilidad es modernamente contradicha, para reducirla a aquellos casos en que la ley expresamente ha declarado exenciones que en su esencia son motivos de inexigibilidad, pero que aparecen en los códigos de manera específica: encubrimiento de próximos parientes; no socorrer a quien peligra, por existir riesgo; violencia moral; exceso emotivo de defensa, e incluso estado de necesidad, en la fórmula del Código Alemán" (26).

"Hellmuth Mayer, que rechaza la culpabilidad normativa y que considera la antigua noción psicológica como un formativo poco satisfactorio, erige una construcción propia, en que la imputación subjetiva" es la teoría que trata los presupuestos subjetivos mediante los cuales el acto aparece como obra de la voluntad del autor.

(22) JIMENEZ, *Op. cit.* pág. 886 y 887.

(23) *Ibid.* págs. 932 y 933.

(24) *Ibid.* pág. 934.

(25) *Ibid.* pág. 938 y 939.

(26) *Ibid.* pág. 967.

Para él, la voluntad es “capacidad de actuar” y es un elemento de la imputación que requiere, para ser capacidad de culpabilidad, dos presupuestos que se han caracterizado ordinariamente como emocional, el uno, y como intelectual, el otro. Escribió: “la culpabilidad, entendida correctamente, no es otra cosa que responsabilidad subjetiva por un injusto objetivo; por tanto referencia de lo interno del sujeto a algo exterior”. Afirma que “lo que decimos del estado de necesidad, debe entenderse igualmente para la no exigibilidad, en caso de que tal concepto hallara cabida en el Derecho Positivo. La no exigibilidad podría sólo deducirse de algunas especiales circunstancias del acto. Para las circunstancias que acompañan a un acto pertenecen, en todo caso, también a su faz objetiva”(27).

“Por eso la inexigibilidad se refunde en el llamado, por H. Mayer “estado de necesidad subjetivo”, que “sólo puede regularse casuísticamente” y que no es una causa de exclusión de lo injusto (causa de justificación). El principio del estado de necesidad subjetivo se llama entonces, generalizado, no exigibilidad y se reconoce como causa de exclusión de la culpabilidad”(28).

Fontán Balestra expresa “a nuestro juicio, dentro de la concepción psicológica de la culpabilidad, que ha seguido nuestra ley, esa institución (no exigibilidad de otra conducta) estaría acaso mejor situada en el grupo de las causas que excluyen en la antijuridicidad y como un caso de justificación supralegal, sobre todo si nos atenemos a la tesis del interés y del deber preponderante”(29).

“La no exigibilidad, como causa de inculpabilidad, no ha de estar dentro de la noción de la culpa, que siempre se estimó normativa, sino que hay que construirla con independencia de esa naturaleza del acto negligente, imprudente o imperito. Mezguer señala: ya la determinación conceptual que la culpa impone nos aproxima al examen material del problema relativo o si al agente, al que se le reprocha la realización de un determinado hecho, hubiera podido exigírsele otra conducta distinta de la llevada a cabo. Puesto que el reproche a título de culpa proviene de un juicio individual de la situación concreta de hecho y del deber que de ella resulta para el autor (...)

Resulta por tanto que en lo que respecta al ámbito de la culpabilidad culposa, más que el problema del juicio material de culpabilidad, lo que importa es el de la separación entre la forma de culpabilidad (culpa) y la causa de exclusión de la culpabilidad, porque sólo este último puede facilitarnos la recta comprensión de la causa de inculpabilidad que nos ocupa”(30)

“E, Mezguer advierte, que en modo alguno deben ser aplicados los puntos de vista elaborados en el terreno de la culpa, a la esfera del dolo, pues, por ejemplo puede muy bien acontecer que frente a un resultado no permitido, previsto como posible (culpa), no pueda exigírsele al autor la renuncia a su colocación, mientras que en el caso de un resultado dañoso previsto como seguro (dolo) esa exigencia existe, y, por tanto, no concurre la causa de la culpabilidad”(31).

Con base en lo anterior, la defensa pide que se absuelva de toda pena y responsabilidad a A.M.S. por el delito de que se le acusa. Subsidiariamente pide que se califique el hecho como tentativa de suministro de marihuana y se le imponga a la defendida tres años de prisión y se le conceda el beneficio de ejecución condicional de la pena.

TESIS DE LA SENTENCIA

La conducta expresada por A.M.S. configura el delito de posesión de marihuana para el suministro que es previsto y sancionado por la Ley General de Salud.

No se puede dar el Estado de Necesidad que trató de probar la defensa, debido a que es un

(27) Ibid, pág. 967 y 968.

(28) Ibidem.

(29) Ibidem.

(30) Ibid, pág. 969 y 970.

(31) Ibid, pág. 971.

argumento sin ningún respaldo probatorio y que sólo evidencia el deseo de justificar una conducta que por lo demás, muestra a un sujeto activo con alta dosis de desprecio a los valores humanos. La droga iba a ser suministrada a una persona que estaba recluida en un establecimiento penal, lo que sin esfuerzo de ninguna especie, representa un peligro por lo menos potencial, mucho más elevado que cuando el trasiego ocurre entre hombres libres, no desesperados por la soledad y el cautiverio, razón por la que muchos han dicho que cuando sucede esa actividad, en un presidio o en un hospital, esta actitud debe ser tomada como una forma agravante del delito.

Por tratarse de los hechos expuestos y de la forma en que se llevaron a cabo, no es posible admitir la existencia de la tentativa.

El caso específico, de lo que se trata es de la tenencia de marihuana para el suministro, que es una forma distinta del suministro en sí, con lo que basta para el surgimiento de la vida jurídica del hecho, la simple posesión de la droga que va a ser suministrada, por lo que no es necesario que se haga la entrega o suministro; y se le asigne a la imputada la pena mínima de seis años, denegando la posibilidad de ejecución condicional de la pena y de la recomendación del indulto.

SALA DE CASACION

TESIS DE LA DEFENSA

La defensa alega que la acusada cometió el delito en estado de necesidad o bien bajo amenaza o coacción por el peligro que corría la vida de su compañero. Considera entonces que en Primera Instancia se violaron los artículos 27 y 38 del Código Penal y pide que la sentencia sea cesada y que se absuelva de toda pena y responsabilidad a su defendida.

Subsidiariamente plantea que se considere que el delito quedó en estado de tentativa.

Se alega también que el artículo 372 de la Ley General de Salud es ambiguo, señalando en su primer párrafo lo que la doctrina considera delitos de resultado o materiales, al penalizar la venta, tráfico, suministro y elaboración de drogas. Sin embargo, sólo sanciona la tenencia de drogas para los fines que expresan los versos citados en el mismo artículo. Debido a esta ambigüedad, algunos Tribunales consideran que se está en presencia de delitos de peligro, por lo que no cabe la tentativa y otros discuten que se trata de delitos de resultado donde sí es factible una tentativa.

No cabe duda, según el abogado defensor, de que la imputada actuó delictuosamente, pero el hecho no se llegó a consumar debido a la intervención de las autoridades. Su actuación no fue reiterada, ni poseía la acusada una solvencia económica tal que le permitiera adquirir la marihuana, por lo que el hecho no puede tipificarse como posesión para el suministro. Cita el defensor, para respaldar su tesis la jurisprudencia, concretamente el fallo del 2 de diciembre de 1977, del Tribunal Superior Penal, Sección B, de Alajuela y el del 25 de setiembre de 1979, del Tribunal Superior Penal de Puntarenas.

Con los argumentos expuestos, la petitoria de la defensa, es que se cese la sentencia del Tribunal Superior Primero Penal, se absuelva de toda pena y responsabilidad a la imputada y en forma subsidiaria que se la tenga como autora responsable del delito de tentativa de suministro de marihuana, con una pena no mayor a los tres años de prisión a efecto de que se otorgue el beneficio de ejecución condicional de la pena.

Agrega incluso que —si se quiere ver así— el tiempo que la imputada ha estado en la cárcel, le ha servido de buen escarmiento.

TESIS DE LA FISCALIA

El Fiscal considera que no tiene nada que agregar a la causa.

SENTENCIA

Los Señores Magistrados de la Sala Tercera consideran que aún dándose por cierta la existencia de la amenaza en perjuicio del concubino de la acusada, el estado de necesidad que se alega debe contener los requisitos expuestos en los incisos a, b y c del artículo 27 del Código Penal y que por lo menos dos de éstos están ausentes.

En un estado de necesidad, el peligro debe ser actual o inminente o sea que el mal mayor a que se refiere la Ley debe estar por suceder o dándose en ese mismo momento, por lo que el peligro de sufrir el mal no sólo sea efectivo sino también de realización inmediata.

El que el daño no sea evitable de otra manera, no se cumple, debido a que la imputada pudo haber evitado el daño de otra manera, haciendo que O.G.M.J. pusiese en conocimiento del Director del Centro Penal las amenazas de las cuales había sido víctima para que le dieran mayor protección a los reclusos, o bien solicitándole un traslado a otro lugar. De aquí se desprende que la imputada no pudo actuar en estado de necesidad ni bajo coacción o amenaza.

Siguiendo la línea del pensamiento de Carrara, los Magistrados expresan que:

"Delito formal es aquél que se consume con una simple acción del hombre, que basta por sí sola para violar la ley."

El delito material, para que sea consumado, tiene que tener un determinado resultado, que es el que viola la ley. En el delito formal el resultado lo constituye el daño potencial para el bien que la acción pretende ejecutar, por lo que se le llama delito de peligro".

Analizando el artículo 372 de la Ley General de Salud, las ocho primeras acciones que el texto determina, a saber: exportar, importar, vender, elaborar, distribuir, suministrar, transportar, traficar en cualquier forma, drogas y estupefacientes, son delitos materiales, por lo que para su consumación debe haber un resultado, un daño efectivo, pudiendo quedar en grado de tentativa el hecho delictivo.

En la última modalidad que señala el citado artículo 372, la delincuencia es formal: poseer la droga, o sea simplemente con el hecho de poseerla para los fines anteriormente descritos (aunque esos fines no se consuman) constituye la realización del delito, lo que conlleva a que no posea tentativa.

La Sala consideró entonces que el Tribunal no violó los artículos 24 y 71 incisos c), d), e) y f) del Código Penal, ni ninguna de las otras violaciones que se alegan. Rechazó el recurso interpuesto, pero a pesar de todo y tomando en cuenta la condición de madre de la imputada, y de la buena conducta expresada por ella, así como el no tener antecedentes penales recomendó al Poder Ejecutivo le conceda un indulto por el resto de la pena que le falta por descontar.

ANALISIS DEL CASO

1.- FISCALIA

Para analizar la posición de la Fiscalía, cabe preguntarse qué es lo que más conviene hacer:

—Cumplir con el castigo que la Ley General de Salud impone a quien tenga marihuana para suministro, o

—Permitir a una madre darle educación, guarda y crianza a sus hijos.

Esto nos lleva a cuestionar si realmente se le ha causado daño a la sociedad al suministrarle marihuana a un reo preso; máxime cuando sabemos las deplorables condiciones de su vida en la Penitenciaría Central. Pero también debemos pensar hasta qué punto, si la delincuente no se ha preocupado por sus hijos, puede o debe la Fiscalía intentar que los jueces atenúen la pena esgrimiendo la maternidad de la mujer?

Pareciera que la Fiscalía se inclina por considerar que el hecho de ser madre es un atenuante al delito cometido y al no poder solicitar ningún otro beneficio —dado el mínimo de 6 años de la pena— se decide a recomendar el indulto.

Sin embargo, no entra a considerar la Fiscalía que no se trató de suministrar marihuana a un adicto, sino que O.G.M.J. el concubino de la imputada, estaba en prisión por tráfico de

marihuana y que muy posiblemente, lo que éste pretendía era continuar con esta actividad delictuosa dentro de la Penitenciaría.

Desde este punto de vista, la actuación de la señora A.M.S., es más bien agravada, pues configura por sí misma un delito y además colaboraría en la comisión del delito, que ya parece vicio, en su concubino.

2.- DEFENSA

Como pudo apreciarse, la defensa trató en las dos instancias de argüir que la conducta de la imputada había sido motivada por un estado de necesidad y subsidiariamente, que debía ser exculpada por *"no exigibilidad de otra conducta"*.

En la revisión de la doctrina encontramos que algunos autores incluyen el estado de necesidad dentro de la causa de exculpación, *"no exigibilidad de otra conducta"*. Sin embargo, en Costa Rica el Código Penal hace la diferencia entre ambos.

Otro de los argumentos empleados por la defensa fue considerar que el delito no se había consumado a causa de la intervención de un elemento externo como fue la actuación de las autoridades del penal.

La defensa consideró, erróneamente, que el delito cometido por la señora A.M.S. era tráfico de marihuana. Los Tribunales rechazaron esta interpretación de la defensa, pues el delito había sido consumado, porque el hecho delictuoso no era *"tráfico de marihuana"*, sino *"tenencia de marihuana para suministro"* y éste por ser un delito formal se consuma con la simple posesión de la droga, para fines de suministro.

Nosotros vemos varios inconvenientes, tanto en la legislación como en los alegatos de la defensa.

1) El artículo 372 de la Ley General de Salud establece las sanciones para la tenencia de drogas con propósito de suministro, pero en ninguna parte se le indica al Tribunal en qué forma debe apreciarse si ese propósito es el verdadero.

Es evidente entonces, que la apreciación del propósito de la tenencia de drogas, por ser subjetiva, se presta a resultados variables, y a veces contradictorios.

2) Tienen razón los Tribunales al considerar que ni el estado de necesidad ni la coacción o amenaza fueron bien probados, pues no parece lógico, que si realmente existían tales causas de exculpación, ni la imputada ni su abogado solicitaron el traslado de prisión del concubino de ésta, aunque alegaron que su vida se encontraba en peligro.

3) El abogado defensor trató de utilizar como argumento para solicitar el beneficio de ejecución condicional de la pena, que la señora A.M.S., era madre de dos niños pequeños, sin embargo, nosotros nos preguntamos si ella pensó cuál era el riesgo que corría y si se preocupó por la suerte que correrían sus hijos si ella era recluida en prisión?

4) Asumiendo que la amenaza fuera real, hemos razonado:

A- La posibilidad de que la procesada fuera una persona tímida y que no se atreviera a ir a comunicar el peligro en que estaba su compañero al Director de la Prisión.

Pero esta posibilidad se desvanece por la misma declaración de la Imputada cuando dijo que ella lo había propuesto, pero su concubino rechazó la idea diciendo que el peligro sería mayor.

B- Puede entonces pensarse que conociendo el ambiente que se vivía en la Penitenciaría Central, la imputada y su compañero tuvieran una total desconfianza en las autoridades y creyeran que éstas no harían nada ante el peligro. Sin embargo, pensamos: ¿Por qué

aceptar delinquir, in intentar antes un traslado del amenazado para otra prisión?

5) Sabiendo que el señor O.G.M.J. descontaba una pena por tráfico de marihuana, es fácil

pensar que aún no había escarmentado y que la sanción no lo había corregido y que por eso pretendía reincidir, para lo cual también involucró a su compañera.

6) Nos llama la atención observar que en el recurso de Casación el abogado defensor denomina "*causas de justificación*" al estado de necesidad y a la coacción. (Véase: Folio 91 vuelto, líneas 26 y 27, del Expediente No. 247-R.)

3.- SENTENCIAS

El Tribunal Superior califica acertadamente el delito como tenencia de marihuana para suministro y por ello rechaza la posibilidad planteada tanto por la Fiscalía como por la Defensa, de que se tratara el delito como tentativa de suministro de marihuana. Esta calificación fue ratificada por la Sala de Casación.

Los Tribunales también rechazaron los argumentos de estado de necesidad y no exigibilidad de otra conducta por considerar que nunca se probó que el peligro era actual o inminente, ni tampoco que hubiera habido coacción o amenaza. Interpretaron los tribunales que el dicho de que el concubino de la Sra. A.M.S., había recibido una amenaza de muerte, podría considerarse más bien como un trama irreal para evadir la responsabilidad del delito.

CONCLUSIONES

El estudio de este caso ha puesto en claro varios conceptos doctrinarios importantes. Podemos en forma resumida anotar estas conclusiones:

1) La violencia moral que según algunos autores son las amenazas, es una causa de inculpa-bilidad. Se considera supralegal porque elimina la exigibilidad de una conducta adecuada a derecho, por razones o causas fuera del derecho.

2) Doctrinalmente, se hace una fina diferencia entre coacción y amenaza y se dice que "*es coacción la amenaza de un mal inminente*". En Costa Rica, ambos términos se confunden.

3) En el caso de la señora A.M.S. podríamos alegar que ella estaba "*coaccionada*" y no directamente "*amenazada*".

4) El estado de necesidad generalizado es una causa de exculpación y se denomina no exigibilidad de otra conducta.

5) En el caso analizado, el Tribunal rechaza los alegatos de la defensa en que se aduce coacción o amenaza y no exigibilidad de otra conducta por actuar bajo un estado de necesidad, debido a que no se prueba la existencia de ninguna de esas causas de exculpación.

Aparte de las conclusiones anotadas y de algunas otras que se omiten, por ser obvias y señaladas reiteradamente en este trabajo, a nosotros nos parece interesante señalar aquí los beneficios que nos ha dejado el estudio del expediente de este caso:

Podemos decir que esos beneficios básicos son:

1.- Tener un contacto directo con los procedimientos y la forma en que se desarrolla un juicio penal.

2.- Poder establecer un diálogo y una discusión —casi acalorada— acerca de todos los principios y conceptos que se ponen en duda, cuando se trata de privar de la libertad a una persona, de imaginar cuáles fueron sus reacciones y cuáles razones la movieron verdaderamente a actuar como lo hizo.

En este orden de ideas, todavía nos queda la duda sobre si la conducta de la imputada no fue más bien motivada por la desconfianza en el sistema penitenciario costarricense y por la convicción de que nuestras autoridades, son negligentes o incapaces para atender las amenazas y las rivalidades que surgen entre los internos y que pueden llegar hasta la venganza personal dentro o fuera de la prisión.

¿Qué habría sucedido si en el juicio se hubiera planteado esta posibilidad? ¿Cuál habría sido la posición del Tribunal al respecto?

ANEXO

MARCO LEGISLATIVO

I

CODIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES

Artículo 1.- Nadie podrá ser penado sino en virtud de un proceso tramitado con arreglo a este Código; ni juzgado por otros tribunales que los instituidos por la ley de acuerdo con la Constitución Política; ni considerado culpable mientras una sentencia firme no lo declare tal; ni perseguido penalmente más de una vez por el mismo hecho, aunque se modifique su calificación legal o reafirmen nuevas circunstancias.

Esta última prohibición no comprende los casos en que no se hubiere iniciado el proceso jurisdiccional anterior o no hubiere suspendido en razón de un obstáculo formal el ejercicio de la acción.

Artículo 2.- Este Código será aplicado desde que sea puesto en vigencia, aún en los procesos por delitos anteriores, salvo disposiciones en contrario.

Artículo 8.- El Tribunal competente deberá resolver, con arreglo a las disposiciones legales que las rijan, todas las cuestiones que se susciten en el proceso.

Artículo 305.- La excarcelación será acordada en cualquier estudio del proceso, después de la declaración del imputado; de oficio, evitándose en lo posible su detención cuando sea indudable su procedencia.

Si el pedido fuere formulado antes del auto de procesamiento, el Juez tendrá en cuenta la calificación legal del hecho que se atribuye o aparezca cometido, sin perjuicio de que revoque o modifique su decisión al resolver la situación del imputado; si fuere posterior al auto de procesamiento, se atenderá a la calificación contenida en el mismo.

Artículo 543.- Toda resolución que ponga término a la causa, condenará al pago de los costos procesales y personales. La que ponga fin a un incidente, condenará al pago de los procesales únicamente.

Artículo 352.- El Presidente ordenará la recepción oportuna de las pruebas admitidas.

En caso de que el Tribunal, el Ministerio Público y las partes estuvieren de acuerdo con la lectura de las declaraciones y dictámenes, no se hará la citación de los peritos y testigos correspondientes.

Si nadie ofreciere prueba, el Presidente dispondrá la recepción de aquella pertinente y útil que se hubiere producido en la instrucción.

El Tribunal podrá rechazar, por tanto, la prueba evidentemente impertinente o superabundante.

Artículo 355.- Vencido el término de citación a juicio (349) y cumplida la instrucción suplementaria o tramitadas las excepciones, el Presidente fijará día y hora para el debate, con intervalo no menor de diez días y ordenará la citación del fiscal, partes y defensores y de los testigos, peritos o intérpretes que deben intervenir.

Las citaciones se podrán efectuar con arreglo al artículo 135.

Si el imputado no estuviere en su domicilio o en la residencia que se le hubiere fijado, se ordenará su detención revocando la excarcelación acordada.]

Artículo 370.- El día y hora fijados, el Tribunal se constituirá en la Sala de Audiencias.

Después de verificar la presencia del Fiscal y de las partes, testigos, peritos e intérpretes que deban intervenir, el Presidente declarará abierto el debate, advirtiéndole al imputado, que esté atento a lo que va a oír y ordenará la lectura del requerimiento Fiscal, en su caso, del auto de remisión.]

Artículo 389.- Terminada la recepción de las pruebas el Presidente concederá sucesivamente la palabra al actor civil, al Fiscal y a los defensores del imputado y del demandado civil, para que en este orden emitan sus conclusiones. No podrán leerse memoriales excepto el presentado por el actor civil que estuviese ausente.

El actor civil limitará su alegato a los puntos concernientes a la responsabilidad civil, conforme el artículo 67.

Si intervienen dos Fiscales o dos defensores del imputado podrán replicar; corresponderá al segundo la última palabra.

La réplica deberá limitarse a la refutación de los argumentos adversos que antes no hubieran sido discutidos.

En caso de manifiesto abuso de la palabra, el Presidente llamará la atención al orador, y si éste persiste, podrá limitar prudencialmente el tiempo del alegato, teniendo su cuenta la naturaleza de los hechos en examen, las pruebas recibidas y las cuestiones a resolver. Vencido el término, el orador deberá emitir sus conclusiones; la emisión implicará incumplimiento de la función o abandono injustificado de la defensa (89 y 90).

En último término, el Presidente preguntará al imputado si tiene algo que manifestar y cerrará el debate.

Artículo 392.- Inmediatamente después de terminado el debate, bajo pena de nulidad, los jueces que intervengan pasarán a deliberar en sesión secreta, a la que sólo podrá asistir el secretario.

El acto no podrá suspenderse, bajo la misma sanción, salvo caso de fuerza mayor o que alguno de los jueces se enfermare hasta el punto de que no pueda seguir actuando. La causa de la suspensión se hará constar y se informará al Tribunal de Apelaciones. En cuanto al término de ella regirá el artículo 361.

Artículo 393.- El Tribunal resolverá todas las cuestiones que hubieran sido objeto del juicio, fijándolas, si fuera posible, en el siguiente orden: las incidentales que hubieran sido diferidas (Artículo 372), las relativas a la existencia del hecho delictuoso, con separación de las circunstancias jurídicamente relevantes, participación del imputado, calificación legal y sanción aplicable, restitución, indemnización o reparación demandada y costos.

Las cuestiones planteadas serán resueltas sucesivamente por mayoría de votos, valorándose los actos del debate conforme a la sana crítica. Los jueces votarán sobre cada una de ellas, cualquiera que fuere el sentido de sus votos anteriores.

En caso de duda sobre las cuestiones de hecho se aceptará lo más favorable al imputado.

Si en la votación sobre las sanciones que corresponden se emitieren más de dos opiniones se aplicará el término medio.

Artículo 395, inciso 2.- La sentencia contendrá:

2) el voto de los jueces sobre cada una de las cuestiones planteadas en la deliberación, con exposición concisa de los motivos de hecho y de derecho en que se basen, sin perjuicio de que adhieren específicamente a las consideraciones y conclusiones formuladas por el magistrado que votare en primer término.

Artículo 399.-

Artículo 399.- La sentencia condenatoria fijará las penas y medidas de seguridad que correspondan y resolverá sobre el pago de los costos.

Dispondrá también cuando la acción civil hubiera sido ejercida la restitución del objeto materia del delito, la indemnización de daños y perjuicios causados y la forma en que deberán ser atendidas las respectivas obligaciones.

Sin embargo, la restitución del objeto material del delito podrá ordenarse aunque la acción no hubiere sido intentada.

Artículo 512.- Una vez firme la sentencia el Juez o el Presidente del Tribunal dentro de los treinta días siguientes remitirá al Registro Judicial de Delincuentes el resumen a que se refiere el artículo 6 de la Ley 4695.

Las sentencias dictadas por la Sala de Casación solamnete se publicarán en la colección de sentencias.

II

CODIGO PENAL

Artículo 1.- Nadie podrá ser sancionado por un hecho que la ley penal no tipifique como punible ni sometido a penas o medidas de seguridad que aquélla no haya establecido previamente.

Artículo 2.- No podrá imponerse sanción alguna, mediante aplicación analógica de la ley penal.

Artículo 24.- Hay tentativa cuando se inicia la ejecución de un delito, por actos directamente encaminados a su consumación y ésta no se produce por causas independientes del agente. No se aplicará la pena correspondiente a la tentativa cuando fuera absolutamente imposible la consumación del delito; en tal caso se impondrá una medida de seguridad.

Artículo 27.- No comete delito el que, ante una situación de peligro para un bien jurídico propio o ajeno, lesiona otro, para evitar un mal mayor, siempre que concurren los siguientes requisitos:

- a) Que el peligro sea actual o inminente.
- b) Que no lo haya provocado voluntariamente; y
- c) Que no sea evitable de otra manera.

Si el titular del bien que se trata de salvar, tiene el deber jurídico de afrontar el riesgo, no se aplicará lo dispuesto en este artículo.

Artículo 30.- Nadie puede ser sancionado por un hecho expresamente tipificado en la ley si no lo ha realizado con dolo, culpa o preterintención.

Artículo 31.- Obra con dolo quien quiere la realización del hecho tipificado, así como quien la acepta, previéndola a lo menos como posible.

Artículo 38.- No es culpable quien obra bajo coacción o amenaza de un mal actual grave, sea o no provocado por la acción de un tercero, cuando razonablemente no pueda exigírsele una conducta diversa.

Artículo 45.- Es autor del hecho punible tipificado como tal, quien lo realizare por sí o sirviéndose de otro u otros, y, coactores los que lo realizaren conjuntamente con el autor.

Artículo 50.- Las penas que este Código establece son:

1) Principales: prisión, extrañamiento, multa e inhabilitación.

2) Accesorias: inhabilitación especial.

Artículo 59.- Al dictar sentencia, el Juez tendrá la facultad de aplicar la condena de ejecución condicional cuando la pena no exceda de tres años y consista en prisión o extrañamiento.

Artículo 60.- La concesión de la condena de ejecución condicional se fundará en el análisis de la personalidad del condenado y su vida anterior del delito en el sentido de que su conducta se haya conformado con las normas sociales y en el comportamiento posterior al mismo, especialmente en su arrepentimiento y deseo demostrado de reparar en lo posible las consecuencias del acto, en los móviles, caracteres del hecho y circunstancias que lo han rodeado. Es condición indispensable para su otorgamiento que se trate de un delincuente primario.

El Tribunal otorgará el beneficio cuando la consideración de estos elementos pueda razonablemente suponerse que el condenado se comportará correctamente sin necesidad de ejecutar la pena. La resolución del Juez será motivada y en todo caso, deberá requerir un informe del Instituto de Criminología en donde se determine, si ese es el caso, el grado de posible rehabilitación del reo.

Artículo 71.- El Juez en sentencia motivada, fijará la duración de la pena que debe imponerse de acuerdo con los límites señalados para cada delito, atendiendo a la gravedad del hecho y a la personalidad del partícipe.

Para apreciarlos se tomará en cuenta:

a) Los aspectos subjetivos y objetivos del hecho punible:

b) La importancia de la lesión o del peligro:

c) Las circunstancias de modo, tiempo y lugar:

d) La calidad de los motivos determinantes:

e) Las demás condiciones personales del sujeto activo o de la víctima la medida en que hayan influido en la comisión del delito: y

f) La conducta del agente posterior al delito.

Las características psicológicas, psiquiátricas y sociales, lo mismo que las referentes a educación y antecedentes, serán solicitadas al Instituto de Criminología el cual podrá incluir en su informe cualquier otro aspecto que pueda ser de interés para mejor información del Juez.

III

LA LEY GENERAL DE SALUD

Esta ley regula prácticamente todos los aspectos o etapas del trasiego de las drogas, desde su cultivo, producción e importación, hasta la tenencia, uso, tráfico y exportación.

Al entrar a regir esta ley y derogarse el Código Sanitario, se modifican y remozan muchos conceptos en materia de drogas. Entre los aspectos más interesantes debemos citar que con esta ley deja de considerarse que el uso y la tenencia de drogas con propósitos de consumo es una actividad delictiva.

"Cuando estaba vigente el Código Sanitario, las autoridades no se detenían a analizar si se estaba ante un caso de tráfico o un caso de tenencia de drogas para consumir"(32). Ahora es im-

perativo que lo hagan.

La ley regula el tráfico y el suministro de drogas en los artículos 28, 125, 134 y 372, que son los que analizaremos.

"Artículo 28.- Salvo con receta médica y para fines terapéuticos o con autorización expresa del ministerio queda prohibido el uso personal de sustancias estupefacientes y de tranquilizantes, estimulantes, alucinógenos, declarados de uso restringido en convenios internacionales, en leyes o en disposiciones dictadas por el Poder Ejecutivo".

Deseamos reiterar que a los drogadictos y toxicómanos se les considera enfermos y no antisociales, por tal razón se les aplican medidas de seguridad, pero no penas.

"Artículo 125.- La producción de materia prima y la elaboración, tráfico, suministro y uso de drogas estupefacientes y de otras capaces de producir por su uso dependencia física o psíquica, en las personas, constituye materia de especial interés público y, por consiguiente, las personas, profesionales en ciencias médicas o no profesionales, que intervengan en tales actividades, deberán cumplir estrictamente las disposiciones legales y reglamentarias pertinentes y respetar las restricciones a que quedan sujetas".

Este artículo pone en evidencia la magnitud que el problema del comercio de drogas tiene en Costa Rica, pues el Estado y la Sociedad no pudieron menos que declararlo de especial interés público.

"Artículo 134.- Queda prohibido la elaboración, el tránsito por la República, el tráfico o comercio, la tenencia para comerciar o distribuir, el suministro y administración, a cualquier título, de sustancias o productos estupefacientes y psicotrópicos declarados de uso restringido por el Ministerio, en contravención a los términos de la presente ley y de sus reglamentos o de las órdenes especiales que el Ministerio dicta para un mejor control de éstas".

Este artículo es el que en definitiva declara prohibido traficar, comerciar o suministrar las drogas. Nótese que la tenencia está prohibida únicamente si es para comerciar o distribuir.

"Artículo 372: Sufrirá prisión de 6 a 13 años el que exporte, importare, vendiere, elaborare, distribuyere, suministrar, transportare, traficare en cualquier forma, o poseyera para estos fines, drogas estupefacientes o sustancias psicotrópicas, cuando ello ocurra sin las previas autorizaciones legales o reglamentarias correspondientes".

Este artículo "no abarca todos los tipos de tráfico que se pueden dar... sólo se refiere al tráfico de drogas, cuando éste se produce a nivel nacional; no regula el tráfico internacional de drogas, este delito está recogido en el artículo 372 del Código Penal" (33).

La enumeración de las acciones, expresadas por distintos verbos enfatiza que cada una de ellas va a regular diversas situaciones que no deben confundirse.

Resulta conveniente aclarar el significado jurídico de algunos de los verbos utilizados.

"La elaboración se refiere a la preparación o fabricación de un producto(...). Suministrar es proveer, abastecer, proporcionar los medios, elementos y aún datos o informes. El transporte abarca el traslado, conducción de personas o cosas entre dos lugares" (34).

La venta y el tráfico de drogas son frecuentemente confundidos y aunque no tienen ninguna diferencia en cuanto a la pena que se impone a uno u otro delito, es importante tener un criterio claro para diferenciarlos.

El Tribunal Superior Penal de San José se ha pronunciado al respecto y ha solucionado el problema diciendo: **"el tráfico de drogas conlleva, no al acto puro y simple de entregar algo por una vez a cambio de un precio, sino una reiteración de esos actos, con lo que se diferencia de la venta" (35).**

Como hemos dicho, esta ley —y el artículo 372 así lo expresa— no sanciona la posesión de drogas con el fin de consumirlas; pues no considera que tal actividad sea delictuosa. Sin embargo, debido a que la ley no establece las pautas que deben guiar a los Tribunales, para diferenciar la tenencia delictiva de la que no lo es, este artículo 372 ha causado verdaderos problemas en

su aplicación, pues la apreciación de tal diferencia es subjetiva.

Sólo se limita la ley a decir que el juzgador debe observar el fin que tiene el sujeto al mantener drogas en su poder. *"Este elemento que la ley establece es un elemento subjetivo, el cual, para ser conocido, tiene que producir una manifestación externa del sujeto"*(36).

"Esto lo reafirma la Sala de Casación al decir: la posesión o tenencia de sustancias sólo constituye delito cuando se realiza con los fines que el texto legal señala, de todo lo cual resulta que en los demás, concretamente tratándose del uso o posesión de la droga para consumirla no hay figura delictiva, desde luego que no hay pena alguna que pueda aplicarse sino una medida de seguridad, que no es pena, aunque pueda implicar, una restricción a la libertad en algunos casos" (37).

Nuestro Tribunales utilizan varios criterios como guía para decidir si en realidad el propósito del sujeto imputado es el consumo o el comercio de la droga. Uno de esos criterios es la cantidad de marihuana que se le haya decomisado al reo. Esto se aprecia en la sentencia No. 60 de la Sala Segunda Penal, de las 9:30 hrs. del 21 de noviembre de 1978, que dice: *"Con base en los hechos admitidos, el tribunal llegó al convencimiento de que la finalidad del reo al elaborar esos cigarrillos, dada la cantidad de los mismos (una libra de picadura de marihuana) lo era para destinarlo al tráfico, no siendo creíble su versión de que lo eran para su propio consumo"*.

BIBLIOGRAFIA

Código Penal. República de Costa Rica, Editorial Porvenir, S.A., San Pedro de Montes de Oca, Costa Rica, 1981, 181 págs.

Código de Procedimientos Penales. República de Costa Rica. Editorial Porvenir, S.A., San Pedro de Montes de Oca, Costa Rica, 1976. 159 págs.

FONTAN BALESTRA, Carlos. *Tratado de Derecho Penal*. Tomo V. Parte Especial. Ediciones Glem, S.A. Buenos Aires, 1969, 576 págs.

JIMENEZ DE ASUA, Luis. *Tratado de Derecho Penal*. Tomo VI. La Culpabilidad y su exclusión. Editorial Losada, S.A. Buenos Aires, 1962, 1051 págs.

Ley General de Salud. Del 30 de octubre de 1973. Publicada en La Gaceta No. 22 del 22 de noviembre de 1973 y su modificación del 1 de setiembre de 1975.

MONTERO, Jorge. *El Crimen, la delincuencia y la farmacodependencia*. Seminario sobre farmacodependencia. Panamá. Noviembre, 1976. CONADRO. Costa Rica, 1976.

ROJAS Z., Ana B. *Aspectos legislativos y jurisprudenciales sobre el tráfico de drogas en Costa Rica*. Tesis para optar al grado de Licenciada en Derecho. Universidad de Costa Rica. 1980. 228 págs.

SOLER, Sebastián. *Derecho Penal Argentino*. Tomo II. Tipográfica Editora. Argentina, Buenos Aires. 1970, 506 págs.

"APUNTES SOBRE LA EXPECTATIVA DE DERECHO"

Trabajo presentado al Dr. Víctor Pérez Vargas
Cátedra de Derecho Privado
por Jorge Solergibert Iglesias

INTRODUCCION

La figura de la expectativa nace con la aparición del principio de la sucesión posible en los elementos del negocio jurídico. Esto es, con el abandono del sistema romano de la unidad del tiempo y la teoría de la simultaneidad de los derechos.

La expectativa, sin embargo, es de aparición reciente, por lo que no ha encontrado fundamento positivo en los ordenamientos más importantes. Asimismo, la doctrina no es unánime en el tratamiento de dicha materia pues se puede ver que mientras la doctrina francesa rechaza o reduce al mínimo el valor jurídico de la expectativa, la doctrina alemana —y la por ella influida— da una importancia central a la expectativa y a los derechos expectantes.

En vista de lo anterior, no existe una conceptualización completa de la expectativa (1). Existe, sin embargo, unanimidad en cuanto a la noción de lo que es una expectativa. Esto es, aquella situación jurídica intermedia producida por la gestación de un derecho al cual le falta alguno de sus elementos definitorios, pero que sin embargo merece la tutela por parte del ordenamiento (2).

II. PARTE TEORICA

Como se afirmó en la introducción (3), no existe en la doctrina una definición unívoca del término "expectativa". Siguiendo la noción expresada en líneas arriba (4), se puede delimitar la utilización del término caracterizándolo negativamente.

A. LA RELEVANCIA

Así, la expectativa de derecho no incluye las meras "esperanzas o previsiones concretas de adquisición que no tienen trascendencia jurídica" (5). Aquí puede verse que la primera nota ca-

(1) "La doctrina de las expectativas de derecho no ha encontrado todavía en la técnica jurídica una formulación precisa. En la misma clasificación de ellas los tratadistas no andan unánimes. "Para Puig Peña, Federico; *Tratado de Derecho Civil Español*, Tomo I, Parte General, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1958, pág. 27.

(2) Cf. Ennecerus, Ludwig y otros. *Derecho Civil* (Parte General), Tomo I, Vol. 1; Segunda edición española a la traducción de la trigésima novena edición alemana; Bosch, Casa Editorial, Barcelona, 1947, pág. 314.
Castán Tobeñas, *Derecho Civil Español, común y foral*, séptima edición; Instituto Editorial Reus, Madrid, 1940, Tomo I, págs. 301-302.
Puig Peña, pág. 28.
De Rovira Mola, Alberto, "*Derechos Futuros*" en *Nueva Enciclopedia Jurídica*; Editorial Francisco Seix, S.A., Barcelona, 1980, Tomo VII, pág. 27.

(3) Ver *supra*, pag. 1.

(4) *Ibidem*.

(5) Bonet Ramón, Francisco; *Compendio de Derecho Civil*, Tomo I, Parte General, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid; 1959, pág. 282.

racterizadora de la expectativa de derecho es la relevancia jurídica; es decir, la valoración en cuanto a su importancia para el derecho objetivo, que se le dé a una situación de hecho. Esta relevancia es atribuible porque:

"... el nacimiento del derecho está conexo a la existencia de un hecho jurídico. Este hecho puede ser simple o complejo, según resulte de uno o varios elementos. En el hecho complejo, la pluralidad de elementos puede verificarse de modo simultáneo... En el segundo caso (hecho complejo sucesivo) se tiene un desenvolvimiento gradual del estado de hecho constitutivo del derecho; los singulares momentos de hecho se suceden en tiempos separados, realizándose poco a poco, y paralelamente se tiene un estadio de evolución del derecho. Cuando se han realizado varios elementos de hecho, se tiene una previsión cada vez mayor del vencimiento del derecho a medida que se aproxima la fase de integración del hecho constitutivo. Pero siempre es incierto que el derecho nazca" (6).

La relevancia del hecho varía según la definición con que el mismo indique que se mueve hacia la constitución de un derecho subjetivo.

En otras palabras,

"... la probabilidad de la expectativa será más o menos grande según los requisitos que falten para la adquisición definitiva del derecho: hay expectativas que pueden verse frustradas por la sola voluntad de otra persona (meras esperanzas), y expectativas inquebrantables, a las que se halla vinculada otra persona o cosa, como efecto precursor del futuro pleno derecho (expectativas de derecho)" (7).

B. INEFICACIA ORIGINARIA Y EXPECTATIVA:

Se ha visto que este hecho requiere para conformar una situación de expectativa, el ser relevante para el derecho. Ahora, si bien el hecho ha de ser jurídicamente relevante, su conformación defectuosa le impide ser eficaz. No puede ser de otra forma, pues carece de uno o más elementos definitorios que lo harían devenir en un derecho subjetivo (8).

Se produce, en el supuesto de hecho, ineficacia originaria, que ha de ser además por indeterminación de objeto. Tiene que ser que falta algún elemento objetivo pues es la única forma en que es posible que exista un titular de la expectativa; cosa que no podría ser posible en el caso de la indeterminación subjetiva (9).

La expectativa es una situación jurídica entre una mera esperanza irrelevante para el derecho y un derecho subjetivo. *"Es aquella posición de espera del sujeto a la que el ordenamiento jurídico, favoreciendo su conservación y su aptitud para transformarse en derecho subjetivo atribuye relevancia jurídica" (10).* La expectativa es por lo tanto, una situación jurídica interina.

(6) *Ibidem.*, cf. con Puig Peña, *Op. cit.* pág. 28.

(7) Von Thur, Andreas; *Parte General del Derecho Civil*, Editorial Juricentro, S.A., San José, 1977, pág. 26 (los paréntesis son del autor).

(8) Ver *supra*, pág. 2.

(9) Sólo se plantea la duda en cuanto a la expectativa del concebido; que en nuestra opinión es un sujeto indirectamente indeterminado. Ver *infra*, pág. 7 y 8.

(10) Passarelli, F. Santoro; *Doctrinas Generales del Derecho Civil*; Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1964, pág. 75.

C. TUTELA POR EL ORDENAMIENTO:

La protección de la expectativa por parte del ordenamiento ~~se debe a un~~ juicio de valor emitido por el legislador, quien considera necesario el proteger ciertos supuestos de hecho (11), (12) que se encuentran parcialmente indeterminados. Es en tal sentido que habla el profesor Candian cuando dice que *"... si la tutela del derecho objetivo no puede ser equivalente a la prestada a los derechos subjetivos, no falta y se actúa o bien con una parcial anticipación de la investidura de las facultades que se esperan: cuando nazca el derecho de un sujeto..."* (13).

Se desprende de lo anterior que la tutela que el ordenamiento presta a la expectativa es un adelanto, *"una muestra de los efectos que corresponderán al nacimiento del futuro derecho subjetivo. Tales efectos se concretan por lo general en medidas conservativas y en cierta transmisibilidad de las expectativas ya sea intervivos o mortis causa"* (14).

III. LA EXPECTATIVA EN EL NEGOCIO JURÍDICO

A. PARTE GENERAL:

Se tiene como presupuesto en este aparte que el lector tiene conocimiento sobre lo que es el negocio jurídico y cuáles son sus elementos (15).

1. Expectativa como figura anterior al término de la eficacia del negocio:

Dentro del negocio jurídico, la expectativa funciona tal y como se plantea en la parte teórica de este trabajo (16). Así, dentro de un negocio:

"Debe entenderse que antes del vencimiento del término inicial (condición a cumplirse de previo al nacimiento del derecho)....(...)... a la parte interesada en el vencimiento corresponde únicamente una expectativa protegida con la concesión de aquellos medios de conservación y garantía consentidos por la ley a la parte interesada en el cumplimiento de la condición" (17).

(11) Según la teoría real objetiva: Núcleos centrales de intereses.

(12) *"La expectativa representa un posible valor patrimonial, y en este sentido entra dentro del círculo económico de la persona, debiendo el legislador protegerla. Este ampero hecho al posible titular del derecho es en algunas ocasiones más fuerte que en otras, aunque desde luego siempre es una situación digna de respeto y consideración por parte del ordenamiento jurídico"*; Puig Peña, *Op. cit.*, pág. 28.

(13) Candian, Aurelio, *Instituciones de Derecho Privado*; Primera Edición española de la traducción de la segunda edición italiana; México, Unión Tipográfica Editorial Hispanoamericana, 1961, pág. 26.

(14) *"... el titular de la expectativa puede protegerla con medidas conservativas:... secuestros, interrupciones de prescripción. También es posible una acción declarativa para hacer reconocer su existencia. En fin, la expectativa puede ser enajenable y transmitirse a herederos"*, Bonet, Ramón, *Op. cit.*, pág. 284.

(15) En tal sentido, ver Pérez Vargas, Víctor y Umaña Rojas, Ana Lorena; *"Elementos del Negocio Jurídico"* en *Principios de Derecho Privado*; San José, Cátedra de Derecho Privado, Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica, marzo, 1983; págs. 367-431.

(16) Ver *supra*, págs. 4-5.

(17) Passarelli; *Op. cit.* pág. 243 ; Cf. *Ibidem*; pág. 240.

Estos "medios de conservación y garantía" constituyen el efecto anticipado que otorga el ordenamiento para asegurar el resultado final. Así, no podrán las partes "*impedir o frustrar la realización de los elementos que sirven para completar el estado de hecho productivo del derecho, estando obligados a sufrir su eventual realización*" (18).

2. La condición suspensiva

Dentro de los elementos accidentales del negocio jurídico y específicamente con la condición suspensiva es que sale a relucir ésta como aquella que hace depender de su verificación el nacimiento de los efectos (19).

Una vez estipulada la condición suspensiva, si ésta se cumple se sustituyen los efectos internos y preliminares por los efectos típicos y definitivos del negocio que se hace puro (20). Si por el contrario, lo que se produce es la falta de cumplimiento de la condición suspensiva, la expectativa queda burlada decayendo los negocios sobre la misma (21).

B. PARTE ESENCIAL: EJEMPLOS EN LA LEGISLACION CIVIL COSTARRICENSE

Nuestro Código Civil contiene varias normas que configuran ejemplos típicos de expectativa de derecho. Así por ejemplo la prescripción positiva y su protección. Aquí puede verse *como se configura la expectativa que subsiste hasta tanto no se cumpla el término para hacer efectivo el derecho* (22) si hay un "término" para ejercitar un derecho, lo que hay vivo es un derecho y no una expectativa. Por otro lado, los remedios procesales como el interdicto muestran un medio de conservación con que se garantiza la expectativa (23).

En cuanto a la condición suspensiva, nuestro Código Civil en el libro de las obligaciones, hace referencia a ésta en sus artículos seiscientos ochenta y tres, seiscientos ochenta y cuatro y seiscientos ochenta y cinco. Así vemos cómo se garantiza al acreedor, con el ejercicio de actos conservatorios, su expectativa (24), (25). Con relación específicamente al bien enajenado, nuestro Código Civil da una verdadera anticipación de los efectos al enajenante de la cosa, poniendo ésta bajo su cuenta y riesgo y otorgándole la propiedad de los frutos que produzca (26). **Addendum:** Caso especial. La expectativa del concebido no nacido (ineficacia originaria por indeterminación subjetiva).

Se mencionó líneas arriba que no era posible la expectativa en casos de ineficacia originaria por indeterminación subjetiva. Existe la polémica, sin embargo, con relación a la llamada "expec-

(18) Bonet, Ramón. *Op. cit.* pág. 283.

(19) Pérez Vargas y Umaña Rojas; *Op. cit.* pág. 425.

(20) Passarelli; *Op. cit.* pág. 240.

(21) *Ibidem*; pág. 242.

(22) *Código Civil de Costa Rica*; artículo 853 y 85.

(23) *Código de Procesamientos Civiles de Costa Rica*; artículos 600 y 55.

(24) *Código Civil de Costa Rica*; artículo 683.

(25) El artículo seiscientos ochenta y tres habla de "derecho", pero como existe condición suspensiva no han nacido los efectos y el derecho es futuro, teniendo el titular de este "derecho" realmente una expectativa. Esto confirma lo que apuntábamos al principio del trabajo en cuanto a la impresión conceptual.

(26) *Código Civil*; artículo 685.

tativa del concebido". El concebido se encuentra indirectamente determinado y aunque no se puede decir gran cosa acerca de él, se le puede ubicar espacio-temporalmente y el ordenamiento automáticamente lo reconoce por su madre o por quien ejercería la representación en caso de que hubiera nacido, por ejemplo, si es hijo de matrimonio, el padre y la madre. Nuestro Código Civil a partir de la ficción de reputar nacido al concebido, trescientos días antes de su nacimiento para todo lo que le favorezca, lo que hace es reconocer esta expectativa, pues se presenta el mínimo de determinabilidad que requiere un sujeto para ser titular de una expectativa.

CONCLUSION

La expectativa de derecho responde a la necesidad, tal como es sentida por el legislador, de proteger ciertos núcleos centrales de intereses que carecen de alguno o algunos de su (s) elementos marginales, pero que representa un valor patrimonial. El ordenamiento lo que hace es otorgar medios de tutela para *preservar* la situación, hasta tanto no se complete su supuesto de hecho y se sepa a ciencia cierta si nacerán o no los efectos. Sucede entonces que al término de la expectativa lo que se tiene son transformaciones preclusivas, pues pasado cierto punto se completa el supuesto de hecho y nacen o no nacen los efectos, pero ya no importa la situación jurídica anterior (la expectativa de derecho).

BIBLIOGRAFIA

BONET RAMON, Francisco; *Compendio de Derecho Civil*, Tomo I, Parte General; Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado. 1959.

CANDIAN, Aurelis; *Instituciones de Derecho Privado*. Primera traducción española de la traducción de la segunda edición italiana; México: Unión Tipográfica Editorial Hispanoamericana, 1961.

CASTAN TOBEÑAS. *Derecho Civil Español, común y foral*; séptima edición, Tomo I, Madrid, Instituto Editorial Reus, 1940.

CODIGO CIVIL DE COSTA RICA.

CODIGO DE PROCESAMIENTOS CIVILES

ENNECERUS, Ludwig y otros; *Derecho Civil*, Parte General, Tomo I, Vol. 1, Segunda edición española de la traducción de la trigésimo novena edición alemana; Barcelona, España, Bosch, Casa Editorial, 1947.

PASSARELLI, F. Santoro; *Doctrinas Generales del Derecho Civil*; Madrid, España, Editorial Revista de Derecho Privado, 1964.

PUIG PEÑA, Federico. *Tratado de Derecho Civil Español*; Tomo I Parte General; Madrid, España, Editorial Revista de Derecho Privado, 1958.

DE ROVIRA MOLA, Alberto; *"Derechos Futuros"*, *Nueva Enciclopedia Jurídica*, Editorial Francisco Selx, S.A., Barcelona, 1980, Tomo VII, págs. 21-37.

VON THUR, Andreas, *Parte General del Derecho Civil*; San José, Editorial Juricentro, S.A., 1977.

EL PRINCIPIO DE LA IRRETROACTIVIDAD

*Trabajo presentado al Dr. Carlos José Gutiérrez
Cátedra de Derecho Constitucional
por Gloriana Rojas S.*

I

PRESENTACION

Toda investigación que tenga como fin un análisis exhaustivo del tema elegido, requiere de cierta extensión; sin embargo, por razones de espacio, me he visto en la necesidad de reducir el texto original del presente trabajo, por ser éste bastante extenso.

A pesar de esto, he tratado de dejar plasmadas sus ideas centrales, reduciendo sólo aspectos secundarios no esenciales, de ciertos temas, y extensas citas jurisprudenciales.

Es mi deseo contribuir con estas líneas a un enriquecimiento del estudio del tema aquí planteado, que al mismo tiempo sirva de semilla fecunda para futuras investigaciones.

II

INTRODUCCION

Hay principios en el Derecho, que se formulan en términos muy sencillos, muy claros, pero que al estudiarlos, revelan toda una problemática jurídica, a veces insospechada.

Uno de estos principios es el de la irretroactividad de la ley. Formulado en pocas palabras, presenta al jurista grandes dificultades al llevarlo a la práctica. Este obstáculo ha inducido a muchos autores a profundizar en el estudio de este tema.

Es por ello, que al observar todos los temas que se ofrecían para realizar la presente investigación, elegí el del principio de irretroactividad, que nuestra Constitución consagra en el artículo 34, pues consideré que presentaba muchos aspectos interesantes.

El propósito de este trabajo es determinar si el principio de la irretroactividad de la ley está formulado en nuestro Ordenamiento de manera justa y si nuestros Tribunales, al aplicarlo amplían o restringen su sentido.

El método por utilizar será exegético, tratando de que la exposición y las explicaciones que se dan sean lo más claras y completas posibles, a fin de que el lector comprenda a cabalidad todo lo que pretendo expresar.

En cuanto al desarrollo en sí de la investigación, se dividió ésta en cuatro títulos: en el primero, se ubicó la irretroactividad como un principio de seguridad jurídica que constituye un fin que espera alcanzar el Derecho y como un derecho público subjetivo; en el segundo, se expone el conflicto de leyes en el tiempo, explicando en qué consiste la retroactividad, la irretroactividad y la problemática que gira alrededor de estos conceptos; en el título tercero, se analiza el contenido del principio de la irretroactividad tal y como está redactado en el artículo 34 de nuestra Carta Fundamental; finalmente, en el título cuarto, se hace un análisis de cómo ha sido consignado este principio a lo largo de nuestra historia constitucional, pasando luego a hacer referencia a la forma en que se ha establecido en los convenios internacionales y de su aplicación en algunas ramas del Derecho, tocando en este punto, cómo regulan algunos de nuestros Códigos este principio.

La información necesaria para elaborar esta investigación, fue recopilada de la lectura de libros, textos poligrafiados, leyes, convenios internacionales, apuntes de clase, obtenidos en la

Biblioteca de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, en la Biblioteca de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en bibliotecas particulares y también contamos con la colaboración del Sr. Procurador de Derechos Humanos, don Odilón Méndez.

TABLA DE ABREVIATURAS

C.POL.: Constitución Política de 1949.

A.A.N.C.: Actas Asamblea Nacional Constituyente.

L.G.A.P.: Ley General de la Administración Pública.

C.P.: Código Penal.

TITULO I

UBICACION DEL PRINCIPIO DE IRRETROACTIVIDAD DE LA LEY EN EL DERECHO

CAPITULO I

EL DERECHO Y LOS FINES

El principio de la irretroactividad de la ley ha sido considerado como una "garantía de seguridad jurídica" (1). Esta (la seguridad jurídica) es considerada por la mayor parte de la doctrina, como uno de los fines que el Derecho pretende alcanzar; sin embargo, no todos los autores piensan así.

En el presente capítulo, se analizará si el Derecho tiene o no fines, y si los tiene, cuáles son éstos, para posteriormente ubicar el principio de la irretroactividad de la ley, dentro del marco de ellos.

SECCION I:

¿PRETENDE EL DERECHO ALCANZAR ESTOS FINES?

Si bien la mayor parte de la doctrina contestaría afirmativamente a la pregunta anterior, existe un pequeño sector de la misma que se opone a tal posición. Por ello, es conveniente detenerse un poco aquí y analizar estos criterios.

A. EL DERECHO COMO INSTRUMENTO

Según algunos autores, el Derecho es tan sólo un instrumento respecto a sus fines, de modo que a través suyo pueden perseguirse toda clase de metas. Dentro de esta línea de pensamiento se encuentra a Kelsen y en la actualidad a Eduardo Novoa Monreal.¹ Para el primero, "el Derecho no constituye sino un medio específico, un aparato coactivo que en sí mismo considerado carece de todo valor ético y político, porque su valor depende del fin trascendente al Dere-

(1) Esto de acuerdo al programa de Derecho Constitucional III, Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica, 1983.

cho" (2). De acuerdo con Kelsen, el Derecho considerado en cuanto a su fin, "es una técnica social utilizada para inducir a los hombres a conducirse de una manera determinada" (3).

Eduardo Novoa Monreal, afirma también que el Derecho tiene carácter instrumental. Considera que pragmáticamente debe tomarse al Derecho como un instrumento que le permite al hombre realizarse en sociedad. Al ser el Derecho un medio, no tiene fines propios. Y agrega; "Ni la justicia, ni la seguridad jurídica pueden ser tenidas como fines del Derecho" (4). El Derecho está al servicio de directrices ajenas, y su función la cumple haciendo que éstas se cumplan en la vida social.

B. EL DERECHO SE PROPONE ALCANZAR CIERTOS FINES

A pesar de todo lo anterior, la mayor parte de la doctrina no pone en duda que efectivamente el Derecho sí persiga ciertos fines. Al respecto, para Jorge Millas, "como técnica de vida social organizada, el Derecho se halla funcionalmente ligado a todos los valores, de una manera u otra. Las instituciones jurídicas sirven de medio para la realización de los más dispares fines valiosos" (5).

Doctrinariamente la polémica en cuanto a los fines del Derecho no alcanza gran extensión cuando se pretende asignarle fines, mientras que sí, cuando se trata de determinar esos fines. Efectivamente, no hay consenso en la doctrina sobre cuáles son los fines que el Derecho pretende realizar. Así, para Carlos Cossio serán el orden, la seguridad, el poder, la paz, la cooperación, la solidaridad y la justicia; para Legaz Lacambra son la seguridad, la justicia y el orden; H. Batifol, dice que todo se reduce a tres: seguridad, justicia y bien común. En esta misma línea están Louis Le Fur y Radbruch. El Dr. Carlos José Gutiérrez llega a la conclusión de que hay un consenso general en dos fines: seguridad y justicia (6). Realmente es acertada la conclusión a que llega el Dr. Gutiérrez, pues la asignación de tales fines son una constante en la mayor parte de los autores.

SECCION II

LA SEGURIDAD JURIDICA COMO UN FIN AL QUE ASPIRA EL DERECHO

Como se ha dejado expuesto, el sector de la doctrina que sostiene la tendencia del Derecho hacia la realización de ciertos fines, señala como uno de éstos, la seguridad jurídica. Sin embargo, esta presenta dos aspectos importantes, que a continuación se expondrán.

A. SEGURIDAD COMO CERTEZA DEL DERECHO

Nos dice Máximo Pacheco que esta seguridad requiere de cuatro condiciones: 1) que el Derecho sea positivo; 2) que se trate de un Derecho seguro; 3) que los hechos en los que debe basarse el Derecho para ser seguro, puedan determinarse con el menor margen posible de error; 4) que el Derecho positivo no esté expuesto a modificaciones bruscas.

Novoa Monreal critica esta acepción de la seguridad, pues considera que al hombre le interesa cierto orden (que impone el Derecho) en su vida social, que le permita a él y a sus semejantes

(2) KELSEN, citado por LATORRE, Angel, *Introducción al estudio del Derecho*, Barcelona, Editorial Ariel, 7a. Edición, 1976, p. 38.

(3) KELSEN, Hans, *Teoría Pura del Derecho*, San José, Editorial Estudiantil, 1a. Edición, 1982, p. 71.

(4) NOVOA, M., Eduardo, *El Derecho como obstáculo al cambio social*, México, Siglo Veintiuno Editores, 3a Edición, 1979, p. 81.

(5) MILLAS, Jorge, citado por PACHECO, Máximo, *Introducción al Derecho*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1a. Edición, 1976, p. 478.

(6) *Curso de Introducción al Derecho*, Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica, 1981.

desarrollarse, pero no necesita la seguridad de que las reglas vigentes no serán cambiadas por otras mejores o más adecuadas a su circunstancia particular, pues tal sería un absurdo. Sin embargo, para otros asuntos *"la motivación principal que preside el establecimiento del Derecho Positivo es la necesidad de crear seguridad..."* (7). Para Luis Recaséns Siches *"el Derecho... ha nacido... para colmar una ineludible exigencia de seguridad, de certeza en la vida social"* (8).

B. SEGURIDAD POR MEDIO DEL DERECHO

Es esta la seguridad contra todo lo que atente en contra de los derechos de las personas. Aquí se puede ubicar el principio de la irretroactividad de la ley, que junto con otros (como el principio de la reserva o legalidad penal y el de la cosa juzgada), realizan la seguridad jurídica en la mayoría de los ordenamientos jurídicos positivos.

Siguiendo este criterio, Máximo Pacheco considera que *"la seguridad jurídica y los derechos de las personas se derrumban si el legislador transforma lo lícito de ayer, en lo ilícito de hoy"* (9). Se hace referencia aquí a la irretroactividad en materia penal que no es sino uno de los aspectos que abarca este principio. Sostiene Pacheco que de suceder lo anterior, el Derecho podría eventualmente convertirse en instrumento de injusticia.

Al hacer referencia más específicamente a las garantías de seguridad jurídica, se puede decir que éstas forman *"... un conjunto de condiciones, requisitos, elementos o circunstancias previas, a las que debe sujetarse la actividad estatal autoritaria para producir una afectación válida en la esfera jurídica de los gobernados.. integrada.. por una pluralidad de derechos subjetivos de diversa naturaleza"* (10).

CAPITULO II

LOS DERECHOS PUBLICOS SUBJETIVOS

En el capítulo anterior, se analizó cómo el principio de la irretroactividad de la ley, está comprendido dentro del fin de seguridad jurídica que el Derecho pretende alcanzar. A continuación se analizará si este principio puede ser considerado como un derecho oponible al Estado, del cual son titulares todas las personas.

SECCION I

ANALISIS DE LA EXPRESION DERECHO PUBLICO SUBJETIVO

Para poder determinar si realmente el principio de la irretroactividad, ya múltiples veces mencionado, constituye o no un derecho público subjetivo, es preciso hacer de previo ciertas consideraciones sobre el mismo y así establecer las bases para un posterior análisis.

A. CONSIDERACIONES PRELIMINARES

Las expresiones "derechos públicos subjetivos", "libertades públicas", "derechos fundamentales", "garantías individuales", se refieren todas a un grupo de derechos cuyo contenido está delimitado por lo que un autor ha llamado prerrogativas fundamentales del ser humano,

(7) Ver Pacheco, *Op. cit.* p. 49b.

(8) RECASENS, S., Luis, citado por PACHECO, Máximo, *Op. cit.*, p. 498.

(9) Ver PACHECO, *Op. cit.* pp. 227-228.

(10) HERNANDEZ, Rubén, *Las Libertades Públicas en Costa Rica*, San José, Editorial Juricentro, S.A., 1980, p. 177.

consagrados básicamente en dos documentos específicos: las constituciones y los tratados internacionales.

Cada una de estas expresiones es resultado de fundamentos ideológicos y filosóficos diferentes (11). Sin embargo, dentro del contexto jurídico costarricense, es preferible utilizar la primera expresión, que tiene la ventaja de que por sí sola, ya nos dice algo acerca de la naturaleza de estos derechos: relaciona el planteamiento de éstos con el concepto jurídico básico al cual corresponden, o sea, los derechos subjetivos.

B. NATURALEZA DEL DERECHO

Los derechos públicos subjetivos constituyen limitaciones jurídicas que el Estado se impone a sí mismo, favoreciendo a los gobernados, las que no puede traspasar e incluso puede ser compelido a respetar. Estos derechos se manifiestan entonces en una relación que se da entre el gobernado y el Estado y sus autoridades, relación que significa restricción para estas últimas.

Para comprender a cabalidad esta situación, debe hacerse referencia a tres tipos fundamentales de relación que se dan en cualquier estado o sociedad (12).

1.- Relaciones de coordinación: se da cuando las dos partes de la relación (activa y pasiva) se encuentran en un plano de igualdad. Ambas son titulares de derechos y deberes.

2. Relaciones de supraordinación: Se establecen entre los distintos órganos de gobierno de un estado o sociedad. Las partes están situadas en un distinto plano jerárquico, donde el sujeto activo de la relación imparte órdenes que el sujeto pasivo debe acatar obligatoriamente.

3. Relaciones de supra a subordinación: en este caso, las partes que conforman la relación están situadas en distinto plano o posición: por un lado el Estado, como persona jurídica-política y sus órganos de autoridad y por otro el gobernado.

Burgoa, al referirse a ese grupo de derechos consagrados en las constituciones y tratados internacionales a favor de los gobernados, utiliza la expresión "garantías individuales". Sin embargo, a pesar de esta diferencia de enfoques, el análisis que de estos derechos desarrolla el citado autor, es útil para los fines de la presente investigación.

Considera Burgoa, que los derechos públicos subjetivos surgen como consecuencia de la relación de supra a subordinación que se establece entre el Estado y los gobernados, la cual genera toda una serie de derechos y obligaciones para ambas partes. Dentro de este contexto, los derechos públicos subjetivos se traducen en una potestad jurídica que tiene el sujeto activo de la relación (o sea el gobernado) que hace valer frente al Estado y sus autoridades; esta potestad consiste en la posibilidad de exigir a estos últimos el respeto hacia lo que este autor llama "las prerrogativas fundamentales del hombre". Surge así un derecho que se impone al Estado y sus autoridades, quienes están obligados a respetar su contenido constituido por las prerrogativas antes mencionadas.

Siguiendo a Burgoa, se trata de un derecho subjetivo pues "implica una facultad que la ley (en este caso la Constitución) otorga al sujeto activo (gobernado) para reclamar al sujeto pasivo (autoridades y Estado) determinadas exigencias, ciertas obligaciones" (13). Por último, es un derecho subjetivo público, pues "se hace valer frente a un sujeto pasivo de esta índole, como son las autoridades estatales y el Estado mismo..." (14).

(11) Ver PECES-BARBA, Gregorio, *Derechos Fundamentales*, Texto poligrafiado, Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica, p. 15.

(12) BURGOA, Ignacio, *Las garantías individuales*, Texto poligrafiado, Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica, p. 9.

(13) Ver BURGOA, *Op. cit.* p. 176.

(14) *Ibid.*

C. EL PRINCIPIO DE IRRETROACTIVIDAD COMO UN DERECHO PUBLICO SUBJETIVO:

Luego de analizar la naturaleza del derecho público subjetivo, se puede afirmar que el principio en cuestión participa de la misma, configurándose así como uno de estos derechos.

De este modo el establecer constitucionalmente que una ley no puede tener efecto retroactivo, constituye una fuerte limitación a la actividad del Estado, que éste no puede ignorar. Se trata de un derecho que tienen los gobernados frente al Estado, que pueden oponer en caso de que éste pretenda traspasarlo o lo haga efectivamente; es una facultad que tienen las personas para protegerse del ejercicio del poder por parte del Estado, dentro de una relación específica y determinada.

SECCION II:

LOS SUJETOS DEL DERECHO PUBLICO SUBJETIVO

Es importante determinar cuáles pueden ser los sujetos activos y pasivos de este derecho, así como señalar quién puede violarlos. A pesar de que, del análisis efectuado en la sección anterior, pueden deducirse algunos de estos puntos, es importante darles un tratamiento por separado, desarrollándolos ampliamente, para evitar así posteriores confusiones.

A. SUJETO ACTIVO

Se analizó que los derechos públicos subjetivos, constituyen una limitación al Estado y sus autoridades, cuando son producto de una relación de supra a subordinación. También se mencionó que la otra parte de esa relación estaba constituida por el gobernado. Conviene entonces, ahondar un poco en este concepto.

Al respecto nos dice Burgoa que *"dentro de la condición de 'gobernado', como centro de imputación de las normas jurídicas que regulan las relaciones de supra a subordinación, se encuentran las personas físicas o individuos, las personas morales de derecho privado, las entidades de derecho social, las empresas de participación estatal y los organismos descentralizados, puesto que todos estos sujetos son susceptibles de ser afectados en su esfera jurídica por actos de autoridad"* (15).

Considera este autor que cualquier institución pública o persona moral oficial puede situarse en una relación de supra a subordinación, cuando se encuentre en una relación de gobernado. La institución colocada en esta relación frente a otro órgano del Estado, deja de ser entidad autoritaria y este último ejerce una *ius imperii* frente a ella.

En el caso de las personas físicas en sentido estricto, tendrán el carácter de gobernados, todos los habitantes que vivan en el territorio nacional, independientemente de su nacionalidad, sexo, condición social, civil, etc. Recordemos que el artículo 19 de nuestra Constitución Política, otorga a los extranjeros *"... los mismos deberes y derechos individuales y sociales que tienen los costarricenses..."* (16).

En relación a las personas morales, considera Burgoa que cuando la prerrogativa garantizada sea de naturaleza jurídica, y no se trate de una potestad de carácter biológico, la titularidad de la misma, por parte de estas personas, es lógica y realizable. Se considera que este criterio es acertado y nuestra Carta Magna, en su artículo 41 parece acogerlo al disponer que *"ocurriendo a las leyes, todos han de encontrar reparación para las injurias o daños que hayan recibido en su*

(15) Ver BURGOA, *Op. cit.* p. 168.

(16) Constitución Política de 7 de noviembre de 1949, San José, Imprenta Nacional, 1980, art. 19.

persona, propiedad o intereses morales..." (17). No distingue este artículo entre persona física y persona moral, por lo que se puede asumir que protege a ambas.

Sin embargo, la opinión de la doctrina en relación a este punto, no es uniforme y hay quienes consideran que las personas morales no deben gozar de los derechos del hombre (18).

B. SUJETO PASIVO

El sujeto pasivo de un derecho subjetivo, si es público, será el Estado. Esto por cuanto recordemos que el carácter de *público* de estos derechos, deriva precisamente, de que se hacen valer frente a un sujeto de esta índole, como son el Estado y sus autoridades. Estos derechos los gozan las personas, directa e inmediatamente frente a las autoridades estatales e indirecta y mediatamente frente al Estado, que como persona moral pública que es, está representada por las primeras.

También los organismos descentralizados pueden ser sujetos pasivos de la mencionada relación cuando realice frente al particular algún acto de autoridad, si el ordenamiento jurídico prevé tal posibilidad.

C. PROTECCION CONTRA LA VIOLACION DEL DERECHO PUBLICO SUBJETIVO POR PARTE DEL SUJETO ACTIVO Y PASIVO (19).

Los derechos públicos subjetivos pueden ser violados tanto por personas de derecho privado, como por entes estatales. Las violaciones cometidas por entes de derecho privado encuentran su sanción en el Código Penal; las cometidas por entes de derecho público, dan lugar a ciertas acciones como el Habeas Corpus y el Recurso de Amparo, cuyo fin es remediar la ofensa causada impidiendo que ésta continúe o poniendo fin al acto violatorio. Estas acciones sólo pueden ejercerse en contra del Estado.

El Recurso de Hábeas Corpus, protege la libertad personal o de tránsito, en contra de los actos del Estado que puedan mancillarla. La protección a la libertad de tránsito, está establecida en el art. 1o. de la Ley No. 35 de 24 de noviembre de 1932 (20). Los derechos que protege este recurso, sólo son concebibles para las personas físicas; por tanto sólo estas podrán interponerlo.

Este recurso se utiliza principalmente para impugnar detenciones arbitrarias o ilegales, especialmente las llevadas a cabo por autoridades administrativas. En Costa Rica el propósito al interponer este recurso es no sólo la presentación del detenido, sino también el examen de la legalidad de la detención.

En cuanto al Recurso de Amparo, está regulado en nuestro país por el art. 48 de la Constitución Política y por la Ley No. 1161 de 2 de junio de 1950 y sus reformas (21). De acuerdo al texto constitucional, su fin es "...mantener o reestablecer el goce de los otros derechos consagrados en esta Constitución..." (22). De acuerdo a esto, se podrá interponer este recurso contra toda acción u omisión que viole o amenace violar esos derechos. Sin embargo, nuestra jurisprudencia ha mal interpretado el sentido de Amparo, al restringirlo a los casos en que se produzcan actos arbitrarios por parte del poder estatal. Así, nuestros Tribunales han dicho "...el recurso de

(17) *Ibid.* art. 41.

(18) Ver BURGOA, *Op. cit.* p. 172.

(19) Este tema ha sido desarrollado en clase con base en las notas del curso de Derecho Constitucional III, Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica, 1983.

(20) En nuestra Constitución Política este recurso está consignado en el art. 48.

(21) Actualmente se considera que más que un recurso, el Amparo es un juicio sumario.

(22) Constitución Política, art. 48.

amparo es contra toda disposición, acto o resoluciones y en general contra toda acción u omisión que violen en forma arbitraria cualquier derecho consagrado en la Constitución... es arbitrario un acto, acción u omisión, cuando es cometido por pura voluntad o capricho, sin poder invocar ninguna ley vigente..."(23). Se considera a todas luces errónea la posición sustentada por nuestra jurisprudencia, pues en todo caso nuestra legislación sólo exige que el acto que se impugna haya violado un derecho público subjetivo y no que además de esto, se haya hecho en forma arbitraria.

Este recurso procede contra cualquier autoridad, funcionario o empleado, que obre por sí o cumpliendo órdenes de sus superiores, siempre que exista entre ambos una relación de jerarquía, que implique subordinación del primero a éste. En este caso el recurso se entenderá establecido también contra el superior.

El amparo puede ser establecido, no sólo por una persona física, sino también por una persona jurídica, cuando sean víctimas de una violación o amenaza de cometerla. En detrimento de la persona afectada y careciendo ésta de un representante legal, pueden establecerlo, su cónyuge, ascendientes, descendientes o colaterales hasta el tercer grado inclusive, y en última instancia, cualquier ciudadano en su nombre (24).

TÍTULO II

EL CONFLICTO DE LEYES EN EL TIEMPO

CAPITULO I:

EL PRINCIPIO DE LA IRRETROACTIVIDAD EN LA LEY

Se va a analizar en este capítulo qué es la retroactividad y la irretroactividad de la ley, el fundamento de cada una y las diferentes posiciones que se han asumido en relación a cuándo se aplica retroactivamente una ley, punto que a primera vista parece muy fácil de resolver, pero que realmente plantea problemas jurídicos muy serios.

La solución a este problema es tan delicado, que a pesar de todas las teorías que se han formulado, aún hoy día, la doctrina no ha asumido una posición uniforme al respecto, lo cual dificulta aún más la aplicación de este principio.

SECCION I:

RETROACTIVIDAD

Qué es la retroactividad, sus límites y los casos en que puede darse, son el contenido de esta sección como preámbulo al estudio posterior que se hará sobre la irretroactividad.

Se considera que es preciso determinar primero en qué consiste la retroactividad y los problemas jurídicos que presenta, para luego hacer referencia a la no retroactividad de la ley.

A. CONCEPTO

El artículo 34 de nuestra carta fundamental, dice al inicio: "*A ninguna ley se le dará efecto retroactivo..."(25).* Surgió entonces el cuestionamiento de —cuándo una ley es retroactiva? Para contestar esta interrogante, es menester determinar primero en qué consiste la retroactividad de

(23) Juzgado Tercero Penal, No. 165 de 15 hrs, de 2 de agosto de 1961.

(24) Ley de Amparo, No. 1161 del 2 de junio de 1958, reformado por Ley No. 1495 de 9 de agosto de 1952, art. 5o.

(25) C. Política, art. 34.

una ley. En relación con este punto nos dice Burgoa que *"la retroactividad consiste... en dar efectos reguladores a una norma jurídica sobre hechos, actos o situaciones producidos con antelación al momento en que entre en vigor, bien sea impidiendo la supervivencia reguladora de una ley anterior, o bien alterando o afectando un estado jurídico preexistente, falta de ésta"* (26).

La retroactividad de la ley o "conflicto de leyes en el tiempo" como también se le ha llamado, plantea el problema de decidir entre dos leyes, una antigua y derogada y otra nueva y vigente y cuál debe afectar a un acto, situación, etc.

Nos dice Burgoa que la referencia de una ley actual hacia el pasado no siempre implica una aplicación legal retroactiva, sino solamente "cuando se elimina dicha supervivencia de la norma jurídica, que debe seguir conservando su validez reguladora en determinadas hipótesis concretas, no obstante su derogación o abrogación; o en ausencia de una norma positiva anterior, cuando se altera un estado jurídico preexistente" (27). Se puede afirmar también que el concepto de retroactividad está en contra de la presunción de conocimiento de la ley, pues nadie podría conocer la norma que autoriza o prohíbe sus acciones, si ésta aparece luego de haber realizado tales.

B. LIMITES.

Habiendo determinado ya lo que se entiende por retroactividad, se puede comprender que ésta deba estar limitada, es decir, que no siempre se le pueda dar efecto retroactivo a una ley. Precisamente en estos términos es que se señala en la mayoría de los ordenamientos jurídicos, que la no retroactividad de la ley es el principio general y la retroactividad la excepción.

No se va a hacer referencia aquí a los límites en general que tiene la retroactividad, pues sería adentrarnos en el contenido de la siguiente sección, ya que estos límites constituyen precisamente los casos de irretroactividad de la ley, que son los más generales.

Sin embargo, sí se hará referencia a un límite muy importante, ante el cual no se puede dar efecto retroactivo a una ley y que se aleja un poco del llamado conflicto de leyes en el tiempo. Se trata del principio de libertad jurídica recogido por nuestra Constitución en su artículo 28, según el cual el particular puede hacer todo aquello que no esté expresamente prohibido por el Ordenamiento. Dentro de este orden de ideas, es posible entonces afirmar *"que cuando el Estado regula una actividad privada que anteriormente carecía de reglamentación, la nueva regulación no puede aplicarse de manera retroactiva a las situaciones nacidas de la carencia de la normación"* (28). Es decir, las leyes reguladoras de una actividad del gobernado, que antes de ellas no estaba regulada, sólo deben regir par el futuro, pues sólo a partir del momento en que éstas adquieran vigencia, el particular deberá adecuar su conducta a ellas (29).

C. CASOS EN QUE SE DA LA RETROACTIVIDAD

Existen situaciones específicas en las que se produce la retroactividad, algunos de los cuales se expondrán a continuación.

a) **Leyes interpretativas:** Nos dice Brenes Córdoba que son estas las leyes *"que tienen por objeto aclarar conceptos oscuros o dudosos de otra ley, declarando de modo preciso cuál es su"*

(26) BURGOA, Ignacio, *Las Garantías Individuales*, México, Editorial Porrúa, S.A., 12 Edición, 1979, p. 520.

(27) BURGOA, Ignacio, *Op. cit.* p. 520.

(28) HERNANDEZ, Rubén, *Op. cit.* p. 185.

(29) En relación a este punto existe una muy interesante jurisprudencia mexicana, que por su extensión y el poco espacio del que disponemos no podemos incluir en el presente trabajo. Sin embargo, consignemos la fuente donde puede encontrarse, por si al estimable lector le interesara conocerla: BURGOA, Ignacio, *Op. cit.* p. 523-524. Consideramos que las conclusiones a que se llega en esta jurisprudencia, son válidas también para nuestro ordenamiento.

verdadero sentido" (30). Así, a pesar de que la norma se incorpora retroactivamente al contenido de la norma interpretada, no se está violando el principio de la irretroactividad, pues el fin de la primera es establecer claramente los verdaderos alcances de la norma que se está interpretando, considerados por algunos como confusos. Sin embargo, si a través de una norma interpretativa, se dictan disposiciones nuevas o se trata de modificar (y no de aclarar) el texto de la ley, estaríamos en presencia no de una ley interpretativa sino de una norma nueva, que no podría tener efecto retroactivo. En iguales términos se ha pronunciado nuestra jurisprudencia (31).

b) **Leyes concernientes al orden público:** De acuerdo a Brenes Córdoba son éstas "*las que tienen a mantener la situación normal de la sociedad o a salvarla de graves daños o peligros, como son aquellas relativas a la defensa y conservación de la vida, la salud, la tranquilidad y demás intereses patrimoniales de la persona...*" (32). Para nuestro máximo civilista, es precisamente el interés social en que se fundamentan estas normas, el que exige que las mismas no topen con ningún obstáculo. Se aplican a situaciones creadas con anterioridad, pues sobre esta materia no hay derechos adquiridos, ni situaciones jurídicas consolidadas, de acuerdo a la doctrina y jurisprudencia. (33). Actualmente, se consideran disposiciones de orden público no sólo las ya mencionadas, sino también las que regulan la banca, la moneda, la exportación de nuestros productos principales, la regulación del trabajo, y en general todas aquellas normas y principios que se consideran fundamentales para la sociedad, sobre todo en el social y económico. Es por esto que para Rubén Hernández, el concepto de orden público, es un concepto "indeterminado", pues está sujeto a variaciones de espacio y tiempo.

Otras hipótesis aceptadas por la doctrina en que una disposición legal es retroactiva son: (34).

- a) Cuando se alteran condiciones, requisitos o elementos de existencia de un acto, hecho o situación jurídica; aquí la nueva ley afecta algo jurídico realizado con anterioridad a su vigencia.
- b) Cuando se alteren las condiciones, requisitos, o elementos de validez de un acto, un hecho o situación jurídica; aquí la retroactividad se establece por las mismas razones que en la anterior.
- c) Cuando se afecten los derechos o las obligaciones producidas durante la vigencia de una nueva ley, derivados de actos, hechos o situaciones jurídicas existentes con anterioridad a la misma, siempre y cuando la autoridad que aplique dicha norma, para declarar procedentes o improcedentes las causas legales de la afectación, deba recurrir a la apreciación, de la causa del objeto o materia afectada.
- ch) En los juicios ya iniciados y desarrollados hasta la fijación de la litis inclusive.

SECCION II:

IRRETROACTIVIDAD

Trataremos en esta sección acerca de la irretroactividad en general, del por qué de ella y de ciertos fenómenos que se derivan de él. Es este un análisis a nivel teórico, ya que posteriormente se analizará la irretroactividad de acuerdo con lo establecido en nuestra Constitución.

(30) BRENES CORDOBA, Alberto, *Tratado de las personas*, San José, Editorial Costa Rica, 1974, p. 28.

(31) Ver *Ibid.* p. 30.

(32) *Ibid.* p. 29.

(33) Así se han pronunciado: *Sala de Casación*, No. 67 de las 14 hrs. 45 del 21 de junio. Ordinario laboral de M.E.D.Q. c/ E.E., y el *Juzgado Segundo Penal de San José*, de 18 hrs. del 17 de abril de 1956. Confirmada por la *Sala Segunda Penal*, de 10:05 hrs. del 21 de abril de 1956.

(34) Estos ejemplos son tomados de BURGOA, Ignacio, *Op. cit.* pp. 529-530.

A. CONCEPTO

Toda disposición legal tiene una vigencia determinada en el tiempo. Se considera que en principio, las normas jurídicas rigen todos los hechos que durante el período de su vigencia, ocurren en concordancia con sus supuestos, vigencia que comprende desde que la norma se crea hasta que se deroga. Por esto se dice que toda ley rige para el futuro, a partir de su promulgación; es entonces cuando la ley tendrá validez para regir todos esos actos, hechos, situaciones, que surgen luego de que la ley adquiere validez. Se considera entonces, que todos los acontecimientos producidos con antelación al momento en que la ley adquiera su fuerza regulativa, están sometidos al imperio de la ley anterior.

Precisamente en esto estriba el principio de irretroactividad, *"en que una ley no debe normar actos, hechos o situaciones que hayan tenido lugar antes de que adquiera fuerza de regulación"* (35).

Existe acuerdo en la doctrina en lo relativo a que la ley debe regir para el futuro y no para el pasado. Sin embargo, como ya se ha señalado, este principio, tan fácil de enunciar, presenta en la realidad toda una serie de problemas jurídicos, debido a la dificultad de determinar ciertamente cuándo una norma es retroactiva. Para ello es preciso tomar en consideración la naturaleza del objeto de regulación; de este modo, se estará evidentemente ante una norma retroactiva, cuando ésta se aplique a hechos siempre ya consumados (*facta praeterita*). Sin embargo, rara vez se nos presenta un caso en estos términos. Generalmente, aunque un suceso se realice en un instante, produce variados efectos jurídicos que se desplazan durante la vigencia de una ley distinta de la que regía cuando el suceso nació.

Son éstos precisamente los llamados hechos en curso (*facta pendentia*), que plantean el problema de decidir, ante dos leyes (la que regía cuando el suceso tuvo lugar y la que rige en este momento), cuál debe aplicarse al caso en cuestión.

B. FUNDAMENTOS

Ya se señaló anteriormente que el principio de irretroactividad de la ley es un principio de seguridad jurídica. Este principio se vería afectado *"si la norma posterior pudiera modificar las situaciones jurídicas surgidas con anterioridad a su emisión, o bien, si la ley pudiera reexaminar las condiciones de validez de un acto jurídico regulado por leyes anteriores, modificando o suprimiendo consecuencias jurídicas. La seguridad jurídica exige que las situaciones creadas al amparo de un Ordenamiento Jurídico, no sean alteradas por una norma surgida con posterioridad"* (36).

Se trata de una *garantía básica* del ordenamiento jurídico, pues si el derecho persigue dar seguridad, la única forma es que las normas regulen situaciones futuras. Tan importante es este principio que de él se ha dicho que *"es algo más que una institución puramente jurídica: es una realidad la base de todo un sistema político que considera la libertad individual como el más elevado valor social"* y su desconocimiento *"ha ido casi siempre unido al predominio de sistemas que consideran más importantes otros valores: la lucha de clases, la defensa de la raza, la comunidad nacional, etc...."* (37).

Además de ser el principio de la irretroactividad un derecho público subjetivo, como se demostró líneas atrás, es también un derecho humano fundamental, consagrado como tal en documentos internacionales. Es por ello que este principio existiría, aunque no hubiese una norma constitucional que lo recogiera. Al ser un derecho humano, trasciende al Estado, está fuera y por encima de él y debe ser respetado por éste.

(35) BURGOA, Ignacio, *Op. cit.* pp. 520-521.

(36) MUÑOZ QUESADA, Hugo y ROJAS CHAVES, Magda, *Jurisprudencia Constitucional Comentada 1970-1980*, San José, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica, 1980, Texto poligrafiado.

(37) ETCHEBERRY, Alfredo, citado por PACHECO, Máximo, *Op. cit.* p. 229.

Hoy día se acepta unánimemente que la irretroactividad *"no es uno de los llamados principios generales del Derecho, un prius del Ordenamiento Jurídico, sino un posterius encaminado a evitar los trastornos económicos y sociales emergentes de toda regresión al pasado"*(38). También se ha considerado que *"la irretroactividad es dentro de la técnica jurídica un principio de aplicación más que de interpretación de la ley, por lo mismo que no busca desentrañar el sentido de la ley, sino medir sus efectos en el tiempo. Pero no hay aplicación sin interpretación previa. La interpretación y la aplicación son operaciones de tracto necesario"* (39).

Por otro lado, se estima que la irretroactividad es un principio al beneficio del interés privado, lo que explica que en la mayoría de las Constituciones, se haya ubicado dentro de las "Garantías y Derechos Individuales". Sin menoscabar su importancia en este campo, se puede afirmar que también es trascendental en el Derecho Público.

C. ULTRAactividad E HIPERRETROactividad

El fenómeno de la ultraactividad se da *"cuando las leyes penales establecen penas más graves que las contempladas en la legislación anterior para un determinado delito"* (40). En estos casos, la norma penal derogada, sigue aplicándose a los delitos cometidos bajo la vigencia de ella. Se considera que la aplicación de este principio puede extenderse a las demás ramas del Derecho.

La teoría de la hiperretroactividad sostiene por otra parte, que bajo determinadas circunstancias, *"la ley tiene virtud de modificar retroactivamente inclusive sentencias pasadas en autoridad de cosa juzgada"* (41). Para Hernández se trata de una aplicación extrema del principio de la retroactividad de las leyes de orden público, lo que, de acuerdo a su criterio, sería admisible tan sólo en el caso de normas constitucionales, pero no respecto de cualquier otra clase de actos jurídicos, sean leyes, actos con valor de ley, reglamentos o actos administrativos (42).

CAPÍTULO II:

¿CUANDO SE PUEDE APLICAR RETOactivAMENTE UNA LEY?

Se ha señalado ya que esta pregunta formulada en términos tan simples, tiene un trasfondo bastante complicado y plantea serios problemas jurídicos. Para resolverlos, se han formulado toda una serie de teorías y sin embargo, aún la doctrina no asume una posición uniforme.

Es así como a continuación se expondrán algunas de las teorías que se han formulado para responder a la pregunta anterior y también las críticas que se han hecho a las mismas.

(38) SOLER, Juan José, "El principio de irretroactividad", *Enciclopedia Jurídica Omeba*, Buenos Aires, Bibliografía Omeba, Tomo XVI, 1982, p. 881.

(39) *Ibid.*

(40) HERNANDEZ, Rubén, *Op. cit.* p. 186.

(41) *Ibid.*

(42) *Ibid.*

SECCION I:

TESIS FORMULADAS

Será el contenido de esta sección, la exposición de algunas de las teorías formuladas para resolver el problema que plantea la retroactividad. Hemos escogido cuatro autores (de los seis que contiene el trabajo original) cuyas posiciones consideramos importantes e interesantes, sin que esto signifique que no existan otras tan buenas o quizás superiores.

A. TESIS DE PAUL ROUBIER.

Este es el jurista que con mayor dedicación ha estudiado el problema de la retroactividad legal. La base de la teoría de los conflictos de las leyes en el tiempo reside, de acuerdo a Roubier, en la distinción entre el efecto retroactivo y el efecto inmediato de la ley. Para Roubier *"el efecto retroactivo es la aplicación al pasado; el efecto inmediato es la aplicación al presente"* (43).

Según este autor, si la ley pretende aplicarse a hechos ya consumados (*facta praeterita*) es retroactiva; si se va a aplicar a situaciones en curso, deben distinguirse entre la fase anterior a la fecha del cambio de legislación (que no puede ser afectada por una ley sin que ésta adolezca del vicio de retroactividad, y la fase posterior a ese momento, para la cual la nueva ley tiene un efecto inmediato. Frente a hechos futuros, la ley no puede tener nunca efecto retroactivo.

B. TESIS DE EDUARDO NOVOA MONREAL.

A diferencia de la mayoría de los autores, éste no elabora una tesis para explicar cuándo la aplicación retroactiva de una ley es permitida, pues para él, este principio debería ser la regla y la irretroactividad la excepción (que se daría tan solo en materia penal). Para él, la irretroactividad de la ley *"es un principio jurídico que se liga a dos órganos diversos de ideas, aunque relacionadas éstas entre sí"* (44). Estos órdenes son:

1. Quiere impedir que el sujeto que bajo leyes favorables a su clase introdujo grandes cantidades de bienes a su patrimonio, sea luego despojado de ellos por una nueva ley, aún cuando sea evidente que la comunidad demande una redistribución de la riqueza.

2. Por otra parte, pretende conservar la legislación tradicional, restando eficacia jurídica a los nuevos preceptos que vienen a modificarla. La Teoría Clásica en cuanto a la no retroactividad de la ley, sostiene que una ley adolece de este vicio, cuando se aplica a derechos adquiridos bajo una ley anterior y no lo es si afecta tan solo meras expectativas.

Novoa critica esta posición desde un punto de vista distinto al de los demás autores (critica que se expondrá más adelante). Para él, esta doctrina es totalmente conservadora y lo que pretende es mantener un orden jurídico fijo e inamovible para beneficiar a unos cuantos afortunados, aún cuando se esté perjudicando y yendo en contra del interés social. De acuerdo a su criterio, nadie debería pretender hacer valer por siempre derechos adquiridos en virtud de una ley antigua, aduciendo que el Derecho es impotente para imponer un orden o regulación distinta de las anteriores. Considera este autor, que es una ironía que nuevas leyes mejores que las anteriores, no tengan ningún efecto en relación a hechos acaecidos en el pasado, tan solo porque éstos ya se dieron y consolidaron en forma definitiva.

Sostiene Novoa que en las hipótesis de *facta pendentia*, la ley nueva tiene suficiente fuerza para derogar a la ley antigua y quitarle vigencia, si esa es la voluntad del legislador. La nueva ley no sería retroactiva pues reconocería todos los efectos que correspondieron a la primera ley,

(43) ROUBIER, Paul citado por BURGOA, Ignacio, *Op. cit.* p. 527.

(44) Ver NOVOA MONREAL, Eduardo, *Op. cit.* p. 152.

mientras ésta estuvo vigente. Según él, si se admitiera (como lo hace la doctrina tradicional), que después de que entra en vigor la segunda ley, el sujeto continúa conservando los derechos ya adquiridos, se le estaría otorgando a la ley antigua una vigencia que va incluso en contra de la voluntad del legislador y que no puede tener, pues ya dejó de existir.

C. TESIS DE IGNACIO BURGOA.

Este autor llega a la conclusión de que ninguna tesis ofrece una solución efectiva para todos los casos concretos de conflictos de leyes que se presentan; frente a uno u otro caso específico, cualquier tesis fracasa.

Por eso considera él que el problema debe afrontarse con lo que llama un "principio de igualdad". El problema de la irretroactividad de la ley es un problema de aplicación de la misma: cuándo aplicar la ley antigua o la ley nueva ante un caso concreto? Dado que no existe una solución única, uniforme al problema, debe acudirse a la equidad para resolverlo, tomando en consideración de manera imparcial todos los factores que en ella intervienen y prestando alguna atención a lo que la doctrina exponga al respecto.

Ahora bien, cuál sería ese criterio más o menos general sobre el que fundar la solución al problema de la retroactividad legal en cada caso práctico? Para Burgoa, las hipótesis de *facta praeterita* y *facta futura* no presentan ningún problema, pues será la ley antigua o la actual la que deberá aplicarse. Es entonces, la hipótesis de *facta pendencia*, o hechos en curso, la que conlleva las dificultades apuntadas. En estos casos, deben tomarse en cuenta tres elementos fundamentales dentro de la solución que propone Burgoa:

1. Elemento causal: es el hecho, acto o circunstancia que genera la situación final que se realiza a través del tiempo.
2. Elemento consecuente: es la consecuencia que produce el elemento causal, a través del tiempo.
3. Concausas: factores que en ciertos casos, son necesarios para que el elemento causal produzca el elemento consecuente.

Por lo general sucede que la consecuencia de un acto causal se produce bajo el imperio de una ley distinta de la que regía cuando éste se realizó. En estos casos, cuál ley debe normar la consecuencia de este acto?

Burgoa considera que el acto causal deberá regirse siempre por la norma coetánea a él, o sea, la que regía al momento de su formación. En cuanto a las consecuencias del acto causal, hay que hacer una distinción básica:

1. Si la consecuencia, para producirse, depende tan sólo del acto causal, o sea, surge solamente en virtud de él, la ley aplicable sería la del propio acto causal, de modo que si se le aplicase la ley vigente, tal aplicación sería retroactiva.
2. Si la consecuencia para producirse, requiere de la concurrencia de una concausa, distinta al acto causal, debe también hacerse una distinción importante:

2-a) Si la concausa se produce bajo la vigencia de la nueva ley, se le aplicará ésta.

2-b) Si la concausa surge antes de que la nueva norma entre en vigor, se le aplicará la ley antigua.

Ch. TESIS DE DUGUIT.

Según este autor, para poder determinar la extensión de la aplicación de la ley en el tiempo, es necesario distinguir según se refiera a los actos o las situaciones. Las leyes que se refieren a actos no presentan problemas. El acto, jurídico o no, se rige por la ley vigente al momento en que se produjo, la cual lo sigue rigiendo a pesar de las modificaciones que puedan sufrir poste-

riormente.

Ahora bien, la mayor parte de las leyes hacen referencia a situaciones jurídicas. En este punto Duguit distingue entre situaciones jurídicas individuales y situaciones legales u objetivas. Las primeras se forman mediante manifestaciones individuales de voluntad, y no pueden ser afectadas por la ley nueva. Las segundas, sostiene Duguit, *"derivan directamente de la norma jurídica, ésta no es la causa eficiente de su formación, sino la condición de su establecimiento. Estas situaciones ...siguen las transformaciones de la ley, por lo que pueden ser afectadas por ésta sin retroactividad"* (45).

La ley que afecta una situación subjetiva será retroactiva, pues afecta el acto individual del cual éste deriva. La situación objetiva, como él lo señala, podrá modificarse, pero a partir del día en que se aplique la nueva ley.

SECCION II:

CRITICA A LAS TESIS FORMULADAS

Todas las teorías antes formuladas han sido expuestas a la crítica de juristas y autores en general. Ninguna de ellas ha sido adoptada como solución general.

A continuación se expondrán las críticas hechas por Eduardo García Maynez a las mismas. No significa esto, claro está, que ellas sean las únicas o las mejores, pues existen gran cantidad de criterios al respecto y lo que para un autor es una buena posición, para otro no lo es. No obstante se ha considerado que el autor arriba mencionado, está suficientemente calificado como para que sus críticas puedan ser tomadas en cuenta. Se ha de aclarar que en el trabajo original se incluyen también las críticas formuladas por Ignacio Burgoa a algunas tesis; sin embargo, al no ser éstas incluidas en la presente síntesis, se ha omitido mencionarlás.

A. CRITICA A LA TESIS DE PAUL RUBIER.

Para García Maynez, la posición sostenida por este autor tiene la ventaja de distinguir claramente el problema del efecto inmediato de la ley por una parte, y el del efecto retroactivo, por la otra. Su crítica entonces, se dirige más bien a lo que Roubier entiende por retroactividad. Así, este autor considera que una ley es retroactiva cuando modifica ciertas consecuencias de derecho realizadas completamente bajo el imperio de la ley anterior, o se aplica a efectos producidos antes de la iniciación de la vigencia de la nueva. Por el contrario, si se trata de efectos no realizados al entrar en vigor una nueva disposición, estos efectos quedarán sometidos a ella, sin que pueda hablarse entonces de aplicación retroactiva.

Según García Maynez, el error de Roubier es hablar de *"efectos realizados"*. Sostiene este autor *"que las consecuencias de derecho que enuncia la disposición de un precepto legal sólo pueden imputarse a las personas a que el mismo precepto se refiere, cuando se ha realizado el supuesto jurídico"* (46). Es así como *"las obligaciones y derechos subjetivos que la ley enlaza al cumplimiento de la hipótesis normativa, son consecuencia inmediata de la producción del hecho jurídico"* (47).

Así puede afirmarse que las consecuencias de derecho se dan desde que se realiza el supuesto, a pesar de que la realización efectiva de esas consecuencias esté subordinada a la producción de otros hechos jurídicos. Para García Maynez, el hecho de que esos derechos y obligaciones

(45) BURGOA, Ignacio, *Op. cit.* p. 526.

(46) GARCIA MAYNEZ, Eduardo, *Introducción al estudio del Derecho*, México, Editorial Porrúa, S.A., 32a. Edición, 1980, p. 395.

(47) *Ibid.*

sean respectivamente ejercidos y cumplidos de inmediato o posteriormente, es independiente de la existencia de ellos y lo que sucede es que la realización efectiva del cumplimiento de deberes o ejercicio de facultades está diferida.

En relación a Roubier dice García Maynez, que cuando este *"habla de efectos no realizados, no alude a las consecuencias de derecho consideradas por sí misma, sino al hecho de su realización efectiva, es decir, al ejercicio de derechos ya existentes, o al cumplimiento de obligaciones igualmente existentes"* (48). Sin embargo, si un derecho o una obligación han nacido bajo la vigencia de una ley, y el ejercicio de aquél o el cumplimiento de ésta se prolongan en el tiempo o se encuentran diferidos de alguna manera, la modificación o impresión de esas consecuencias por una ley posterior es retroactiva pues modifica o destruye lo que ya existía antes de la iniciación de su vigencia.

Para Roubier los efectos posteriores, aunque ya existían, no se habían producido, a lo que este autor responde que *"la realización de una consecuencia jurídica es un mero hecho, y que lo único que una ley puede modificar o suprimir son los derechos u obligaciones derivados de la realización de un supuesto jurídico, más no el hecho del ejercicio o del cumplimiento de esas facultades y deberes"* (49).

B. CRÍTICAS A LA TESIS DE EDUARDO NOVOA MONREAL.

Se puede considerar que la posición sustentada por este autor, es un tanto anticuada. Si bien es cierto que ocasionalmente aparecen leyes cuyo único objetivo es favorecer a una o un determinado grupo de personas, ello no quiere decir que esa sea la regla general. Actualmente existen muchos medios para impedir que una cosa así suceda: grupos de presión: sindicatos, asociaciones, colegios profesionales, etc., siempre están atentos para evitar que se produzca cualquier situación injusta que perjudique a los gobernados.

Por otra parte, se estima que la posibilidad de que se permita la retroactividad de la ley como él lo propone, eventualmente podría perjudicar más a los grupos débiles que a los poderosos, pues haría más inciertas las situaciones en que ellos se desenvuelven y cualquier daño patrimonial les afectaría en mayor medida que a los más fuertes.

En relación a la crítica que hace a la Teoría Clásica acerca de los derechos adquiridos, no toma en consideración este autor, que para el régimen jurídico de esos derechos existe la posibilidad de la expropiación. El reconocimiento de un derecho no significa que éste no pueda ser expropiado o indemnizado, por lo que si el interés social lo reclama, se podrá recurrir a esto.

Así lo ha afirmado nuestra jurisprudencia: *"El Estado puede, aún por razones de interés público, afectar derechos o situaciones jurídicas consolidadas mediante el correspondiente pago de la indemnización sustitutiva, cuando procesa, ya que al respecto no hará el Poder Ejecutivo otra cosa que ejercitar la potestad expropiatoria, aunque esto no lo eximen en circunstancias y por razones de equidad y de seguridad jurídica de reconocer daños y perjuicios"* (50).

C. CRÍTICA A LA TESIS DE IGNACIO BURGOA.

Se considera que esta es la teoría que mejor resuelve el problema de la aplicación de una ley retroactiva, pues sustenta la solución en una serie de elementos que están presentes en toda situación jurídica, como lo es la presencia de un elemento que causa el acto, el acto mismo y ciertos factores que intervienen, de modo necesario algunas veces, para la producción de éste.

Además, otra ventaja es que Burgoa señala precisamente de dónde puede venir el problema y este es el elemento básico de su explicación: cuándo se puede aplicar retroactiva-

(48) GARCIA MAYNEZ, Eduardo, *Op. cit.* p. 395.

(49) *Ibid.*, p. 396.

(50) *Sala de Casación*, No. 89 de 15:30 hrs. del 28 de julio de 1976, Contencioso Administrativo de "A.J.S.S.A." c/ Estado.

mente una ley a los hechos en curso, que son las situaciones problemáticas y para ello formula la teoría del elemento causal, consecuente y de las concausas.

Ch. CRITICA A LA TESIS DE DUGUIT.

La teoría de Duguit es aceptada por muchos autores, quienes la consideran válida para solucionar el problema de retroactividad de una ley. Manuel Díez estima que esta teoría es útil para determinar la extensión de la aplicación de la ley en el tiempo.

A pesar de nuestros esfuerzos, no se encontró un autor que criticara negativamente su posición, por lo cual tan solo se puede decir que su teoría goza de gran aceptación por parte de un sector importante de la doctrina.

TITULO III

ANALISIS DE NUESTRO ARTICULO 34 CONSTITUCIONAL

CAPITULO I:

TEORIA QUE ACOGE EL ARTICULO 34 DE NUESTRA CONSTITUCION.

Para el análisis que se pretende hacer del artículo 34 de nuestra Constitución Política, el cual consagra el principio de la irretroactividad, se considera oportuno explicar en primera instancia la teoría que acoge el mismo, para resolver el problema de cuándo puede o no aplicarse retroactivamente la ley, sin que ésta cause perjuicios a las personas.

SECCION I:

LA TEORIA CLASICA

Es esta la teoría que sigue nuestro ordenamiento en cuanto al principio de irretroactividad. Por ello se expondrá a continuación su fundamento, las críticas que se le han hecho y los replanteamientos de la misma realizados por algunos autores.

A. FUNDAMENTO.

A fin de resolver el problema que presenta la retroactividad en relación con los hechos en curso, la Teoría Clásica, cuyo principal exponente es Blondeau (aunque otros sostienen que es Merlin), parte de la distinción entre derechos adquiridos y meras expectativas de derechos. Según esta doctrina, *"los derechos adquiridos son los que han entrado en nuestro patrimonio formando parte de él y que no nos puede arrebatar aquél del que los tenemos"* (51). Merlin, otro destacado exponente de esta teoría distingue entre "expectativa" "derechos adquiridos" y "facultad". Su definición de lo que es un derecho adquirido, es la misma que expresamos líneas atrás; para él, las facultades mientras no se ejerzan, pueden ser revocadas y las expectativas *"son las esperanzas que se tienen provenientes de un hecho ya pasado o de un estado actual de cosas, de gozar de un derecho cuando se realice"* (52).

De acuerdo con esta doctrina, *"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"*

(51) Ver BURGOA, *Op. cit.* p. 522.

(52) MERLIN, citado por BURGOA, Nota 330, p. 522.

adquiridos a los particulares, y en caso de duda, cuando no lo diga expresamente hay que admitir que lo ha querido. Por el contrario, las simples esperanzas (expectativas) no transformadas aún en derecho, no merecen la misma protección y deben incluir en el caso de modificación de la ley anterior" (53).

La violación de derechos adquiridos y de situaciones jurídicas consolidadas, es una de las condiciones esenciales para que una ley adolezca del vicio de la retroactividad, de acuerdo a lo que dispone el artículo 34 constitucional.

B. CRITICA A LA TEORIA CLASICA Y AL TEXTO CONSTITUCIONAL QUE LA ACOGE.

Considera Burgoa, que la Teoría Clásica sobre los derechos adquiridos "*más que resolver la cuestión de establecer cuándo una disposición legal es o no retroactiva, desplaza el problema... En efecto, no es tarea fácil determinar en cada hipótesis concreta cuándo se está en presencia de una mera expectativa o de un derecho adquirido, para inferir de ello si la ley que los afecta es o no contraria*" (54). Por otra parte considera Burgoa que no se ha determinado el criterio que debe sustentarse para precisar cuando un derecho ha ingresado al dominio jurídico del sujeto. El método que rige esta teoría es la ejemplificación, el cual es bastante casuista y no brinda un criterio general y uniforme para resolver el problema.

También y de acuerdo a la Teoría Clásica, un derecho condicional siempre sería afectado por la ley nueva, pues éstos no son derechos adquiridos, ya que su existencia depende de un hecho futuro e incierto (condición), por lo cual no entra aún en el patrimonio de una persona, hasta que esa condición se realice, permaneciendo hasta entonces como una mera expectativa.

En cuanto a nuestro artículo 34 constitucional, la crítica que se le hace a la Teoría Clásica lo afecta a él también, por acogerla, pero además, al hablar este artículo de "*derechos patrimoniales adquiridos y situaciones jurídicas consolidadas*" hace una repetición innecesaria pues, para efectos prácticos, los dos términos son exactamente equivalentes.

C. JURISPRUDENCIA NACIONAL.

Acerca de los derechos adquiridos y situaciones jurídicas consolidadas nuestros Tribunales se han manifestado en reiteradas ocasiones. Así, han dicho: "*Los problemas de retroactividad inconstitucional se plantean precisamente porque la aplicación de la ley hacia el pasado redundaría en perjuicio de alguna persona, ya se trate de derechos no patrimoniales, de derechos patrimoniales adquiridos o de situaciones jurídicas consolidadas*" (55). También han manifestado que "*una ley que varía sustancialmente el sistema de cálculo del honorario en forma que resulta más oneroso para quien debe satisfacerlo no puede aplicarse retroactivamente*" (56).

En cuanto a la consolidación de un derecho o situación jurídica, la Corte Suprema de Justicia ha expresado que esto "*no se consolida o adquiere, en su caso, sólo al amparo de una sentencia, pues esas consecuencias también se producen mediante la actuación de la ley*" (57).

En cuanto a las consecuencias pendientes han manifestado: "*los hechos jurídicos no pueden alterarse por leyes nuevas, ni tampoco los efectos que se hayan producido antes de que la ley entre en vigor, pero las consecuencias pendientes sí están sometidas a ella siempre y cuando la ley al aplicárseles, no incida sobre el pasado, vulnerando lo que está protegido por el principio de*

(53) CAPITANT, citado por BURGOA, *Op. cit.* p. 622.

(54) Ver BURGOA, *Op. cit.* p. 622.

(55) Sala de Casación, No. 62, de 15 hrs. 35 del 9 de junio de 1972. E.P. c/ Estado.

(56) Sala de Casación, 15: 30 del 11 de mayo de 1951. I Sem. Tomo único, Gamboa Rodríguez vs. Litigio Quesada Córdoba Niehaus Ahrens.

(57) Corte Suprema de Justicia, Sesión extraordinaria del 4 de marzo, 1982.

SECCION II:

REPLANTEAMIENTOS DE LA TEORIA CLASICA

La Teoría Clásica ha sido tomada como base por algunos autores para formular otras tesis, tal vez en un afán de superar a la original y salvar un poco así las críticas que se le han hecho. A continuación, se analizarán algunos de esos replanteamientos.

A. TESIS DE AUBRY Y RAU.

Para estos autores, *"los derechos que nacen por un hecho del hombre, por su voluntad, no pueden ser afectados por una ley nueva, sin que ésta adolezca del vicio de retroactividad. Por el contrario... cuando se trata de derechos derivados inmediatamente de una ley, éstos son susceptibles de ser modificados por una ley nueva en sus efectos posteriores"* (59).

Para Roubier estos autores se contradicen al aceptar por una parte y en términos generales, la tesis de los derechos adquiridos, y al considerar por otra, que los derechos legales pueden ser afectados por una ley nueva, sin que ésta adolezca de retroactividad, a pesar de que de acuerdo a la Teoría Clásica, se trata de derechos adquiridos.

B. TESIS DE BAUDRY - LACANTINERIE Y HOUQUES-FOURCARDE.

La tesis de estos dos autores tiene como eje central, el concepto de derechos adquiridos, postulado por la Teoría Clásica. Sin embargo, ellos le dan otro significado.

Estos autores parten de la distinción entre facultad legal y ejercicio: *"La facultad legal no ejercitada es una simple expectativa que se convierte en derecho adquirido en virtud del ejercicio"* (60). *"El ejercicio de la facultad legal, que en cierto modo materializase en ese acto que la traduce, es constitutivo del derecho adquirido. Y éste nos pertenece a partir de entonces, al punto de que una nueva ley no puede despojarnos del mismo, sin pecar de retroactiva"* (61).

Debe distinguirse entre las facultades legales ejercitadas durante la vigencia de la primera ley, de aquella que el titular no hizo valer, por lo que no llegaron a convertirse en derechos adquiridos. Las ya ejercitadas no pueden ser afectadas por la ley nueva; las otras sí pueden serlo, sin que adolezcan de retroactividad.

Para García Maynez, esta doctrina desnaturaliza totalmente la Teoría Clásica. Según él, hacer depender la existencia de un derecho del hecho real de su ejercicio es absurdo, tanto como pretender derivar del hecho del cumplimiento la existencia de una obligación (62).

(58) Sala de Casación, No. 80 de 1967. II Sam. Gutiérrez Ch. vs. el Estado.

(59) Ver BURGOA, *Op. cit.* p. 523.

(60) Ver GARCIA MAYNEZ, *Op. cit.* p. 391.

(61) BONNECASE, citado por GARCIA MAYNEZ, *Op. cit.* p. 391.

(62) Ver GARCIA MAYNEZ, *Op. cit.* p. 392.

CAPITULO II:

APLICACION DEL PRINCIPIO DE IRRETROACTIVIDAD.

La aplicación del principio de la irretroactividad presenta ciertas particularidades importantes, que se consideran merecen un análisis aparte. Estas particularidades afectan no sólo a la ley en sí misma, sino también a los sujetos a los cuales se dirige el artículo.

SECCION I:

GRADO DE VINCULACION

Es este un problema específico que hacer surgir el principio en cuestión y que se refiere a los actos normativos que quedan sujetos al mismo. A continuación procederemos a analizarlo.

A. LEY EN SENTIDO AMPLIO Y LEY EN SENTIDO ESTRICTO.

Debido a que el artículo 34 constitucional, dice al inicio: *"A ninguna ley.."* se ha planteado el problema de definir a qué tipo de ley se refiere: a la ley en sentido amplio, o a la ley en sentido estricto. Desde este punto de vista se ha dicho que *"el término ley puede ser entendido de diversas maneras: en sentido amplio, como norma de derecho, dictado por un órgano estatal, o bien, en un sentido restringido, como un acto dictado por la Asamblea Legislativa, siguiendo un procedimiento especial"* (63).

Los mismos autores señalan que en el lenguaje común se identifica *"ley"* con norma jurídica y que el artículo 124 constitucional define la ley en sentido formal. Es así como, cuando el artículo 34 constitucional menciona el término ley, deberá entenderse como tal *"toda norma jurídica inferior a la Constitución"* (64). De aquí que el principio de la irretroactividad pueda aplicarse no sólo a las leyes propiamente dichas, sino también a los actos con valor de ley, a los reglamentos y a los actos administrativos en general (65).

Sin embargo, nuestra jurisprudencia se ha manifestado en contra de esto, *"con evidente desconocimiento de los principios doctrinarios que informan la materia"* según expresa Rubén Hernández (66), y declaró en una oportunidad que los acuerdos tomados por la Oficina del Café no eran leyes propiamente dichas, por lo que no podrán incurrir en el vicio de irretroactividad (67).

No obstante, ateniéndose a lo que dice el artículo 10 constitucional, con relación a que las disposiciones del Poder Legislativo o del Poder Ejecutivo, contrarias a la Constitución serán absolutamente nulas, se puede afirmar que una disposición emanada de uno de estos dos poderes, podría ser impugnada por inconstitucional, de violar lo establecido en el artículo 34 de nuestra Constitución. Así, pues, la irretroactividad no es condición de la ley, sino de todo el sistema jurídico.

(63) MUÑOZ QUESADA, Hugo y ROJAS CHAVES, Magda, *Op. cit.* p. 26.

(64) MUÑOZ QUESADA, Hugo y ROJAS CHAVES, Magda, *Op. cit.* p. 26.

(65) Ver HERNANDEZ, Rubén, *Op. cit.* p. 178.

(66) *Ibid.*

(67) Juzgado Segundo Penal de San José, resolución de 13 hrs. del 12 de diciembre de 1957. *Gerente de la Sociedad Las Trojas Limitada vs. Oficina del Café.*

B. NORMAS CONSTITUCIONALES:

Siguiendo la opinión de Rubén Hernández, estas normas, junto con los decretos leyes, son las únicas que quedan fuera del alcance del principio de la irretroactividad (68).

Para Burgoa, el decidir si el principio mencionado puede aplicarse o no a las normas constitucionales importa una distinción esencial. Así, *"cuando se cambia un conjunto de postulados básicos que implican sendas declaraciones fundamentales de una Constitución en beneficio del interés social, las nuevas disposiciones en que dicho cambio se instrumente, si pueden aplicarse a situaciones creadas bajo el amparo de las normas constitucionales renovadas, aunque con tal aplicación se afecten derechos adquiridos conforme a las prescripciones reemplazadas"* (69).

Por otra parte *"cuando se trata de disposiciones que no proclamen los postulados fundamentales que caracterizan el espíritu económico, social, político y cultural de la Constitución, su respectiva reforma sólo debe regir hacia el futuro, sin que deban afectarse situaciones creadas y derechos adquiridos conforme a las prescripciones constitucionales modificadas"* (70).

La jurisprudencia mexicana ha resuelto sin embargo, que en todo caso, las normas constitucionales podrán aplicarse retroactivamente, sin que con ello infrinjan el principio de la irretroactividad (71).

C. EFECTO RETROACTIVO DE LA LEY.

Hay quienes consideran que nuestro artículo 34 constitucional al hablar de *"efecto retroactivo"* quiere decir que sólo se podrá incurrir en la irretroactividad al momento de aplicación de la ley (72). Sin embargo, estimamos que este criterio no es el mejor y que por el contrario, el *"efecto retroactivo"* de la ley se refiere no sólo a la aplicación que de ella hagan los Tribunales, sino también al caso de que sean los legisladores quienes emitan una ley con carácter retroactivo.

Nuestra jurisprudencia no se ha manifestado sobre este punto: tan sólo han señalado que en la aplicación de la ley puede incurrirse en el vicio de la irretroactividad (73).

La Constitución fija un principio general que está al más alto nivel en la jerarquía jurídica de las normas. Se puede interpretar que el mandato del contituyente es que la ley no tenga efecto retroactivo en principio, y que, si el legislador desconoce esto y emite una norma legal retroactiva, que viola derechos adquiridos, la misma podría ser declarada inaplicable. En todo caso, la ley retroactiva, sea porque así la emitió el legislador, o porque se le dio esa aplicación, puede ser impugnada por inconstitucional, al violar el artículo 34 constitucional.

SECCION III:

APLICACION DEL PRINCIPIO DE IRRETROACTIVIDAD EN RELACION AL SUJETO ACTIVO

El principio de irretroactividad que consagra nuestro artículo 34, es un principio general.

(68) Ver HERNANDEZ, Rubén, *Op. cit.* p. 179.

(69) Ver BURGOA, Ignacio, *Op. cit.* p. 179.

(70) *Ibid.* p. 532.

(71) *Ibid.* p. 531.

(72) Ver BRENES CORDOBA, *Op. cit.* p. 28 in fine.

(73) *Sala de Casación*, No. 202 de las 9 hrs. 30 del 26 de diciembre de 1974. Contencioso-Administrativo de "El P. de la B" c/ el Estado. La jurisprudencia mexicana si se ha manifestado sobre el punto en cuestión Para consulta: BURGOA, Ignacio, *Op. cit.* pp. 534-535.

Se analizará ahora, los alcances de la aplicación de este principio en cuanto al sujeto activo, no sólo refiriéndonos a la calidad de éste, sino también al perjuicio que se le pueda ocasionar.

A. PERSONA FISICA Y PERSONA JURIDICA.

Al inicio de esta investigación, cuando se hizo referencia a los sujetos activos del derecho público subjetivo, se dijo que podía ser tanto una persona física, como una persona jurídica e incluso una persona jurídica pública que se encontrara dentro de una relación de supra a subordinación.

Al ser el principio de irretroactividad un derecho público subjetivo, como se estableció entonces, se considera que el mismo puede afectar por igual a esos trastipos de personas mencionadas, ya que la ley retroactiva podría violar un derecho adquirido o situación jurídica consolidada de cualquiera de ellas. Así lo han confirmado nuestros Tribunales (74).

B. PERJUICIO A LAS PERSONAS.

Condición básica para que se considere retroactiva una ley es, no sólo que viole derechos adquiridos y situaciones jurídicas consolidadas, sino también que esta ley cause perjuicio a las personas. Así se deduce del artículo 34. De este modo, en Costa Rica, las normas pueden ser retroactivas en el tanto no causen perjuicio a las personas. El principio de irretroactividad protege a los particulares de invasiones a su esfera privada o de actuaciones que los afecten y les causen algún daño.

Si una norma no daña a las personas, antes bien las favorece y además no viola derechos adquiridos ni situaciones jurídicas consolidadas, podrá tener efecto retroactivo, pues la finalidad del principio en cuestión es proteger a las personas de posibles perjuicios; ahora bien, si esos perjuicios no se dan, y por el contrario se producen beneficios, la protección carece de sentido. Este daño no debe limitarse a lo económico, sino que debe considerarse también el perjuicio moral, social, etc., que puede causarle a una persona, la retroacción de una disposición.

TITULO IV

DESARROLLO CONSTITUCIONAL Y LEGISLACION

CAPITULO I:

EL PRINCIPIO DE IRRETROACTIVIDAD EN LAS CONSTITUCIONES DE COSTA RICA.

Se considera importante para los fines de la presente investigación, hacer un breve análisis de cómo ha sido consignado el tantas veces ya mencionado principio de la irretroactividad en las constituciones que ha tenido nuestro país para, de esta manera, lograr obtener un panorama más completo del mismo.

SECCION I:

DE 1821 A 1847

La división del estudio de nuestras constituciones en dos períodos, no tiene otro objetivo que el de lograr una estructura del trabajo más simple y más clara, que permita un desarrollo completo y ordenado.

(74) Ver Constitución Política de la República de Costa Rica, de 7 de noviembre de 1949. Anotada y Concordada por Carlos Manuel Argüedas, San José, Editorial Costa Rica, 1981, pp. 84-87.

A. CONSTITUCION FEDERAL DE CENTROAMERICA DE 1824.

Es ésta la primera Constitución que menciona algo acerca del principio de irretroactividad, así como también es la primera que contiene un capítulo dedicado a las libertades individuales. Sin embargo, el principio en cuestión se encuentra ubicado, en el Título XI: Disposiciones generales, en el artículo 175, inciso 8), que establece: *"No podrán el Congreso, las Asambleas, ni las demás autoridades...dar leyes de prescripción retroactivas..."* (75).¹ Se trata de una disposición establecida en términos generales, sin excepciones ni condicionamientos, la cual no hace referencia alguna a la aplicación retroactiva que pueden dar los Tribunales a la ley.

B. LEY DE BASES Y GARANTIAS DE 8 DE MARZO DE 1841.

Esta Constitución establece en su artículo 2, inciso 2, punto 9, el derecho de todo costarricense a no ser juzgado por ley dada después del hecho o retroactiva (76).² Tiene esta disposición un carácter más bien procesal, que restringe en mucho, el alcance del principio de irretroactividad pues no contempla hipótesis como la emisión de leyes con carácter retroactivo, que puedan eventualmente causar perjuicio, o que los jueces puedan, en ejercicio de su función, dar aplicación retroactiva a la ley. Es bueno destacar el hecho de que, aún en términos restringidos, es la primera vez que se establece este principio como un derecho que tienen los costarricenses.

C. CONSTITUCION POLITICA DEL ESTADO DE COSTA RICA DEL 9 DE ABRIL DE 1844.

El artículo 21 de esta Constitución establecía: *"Toda ley ex post facto ó retroactiva, es esencialmente injusta o tiránica y todos y cada uno de los habitantes tienen derecho á oponerse á su ejecución, cualquiera que sea el poder que la haya emitido"* (77). No sólo se establece el principio de la irretroactividad de la ley, sino que se pasa a calificar a la ley retroactiva como *"injusta ó tiránica"*. Contempla también la hipótesis de ejecución de la ley, lo que le da a este texto más amplitud que la que tenía su antecesor. Además es importante destacar que de la redacción del artículo se desprende la posibilidad de que la ley retroactiva sea expedida no sólo por el Congreso, sino también por el Poder Ejecutivo, al expresar al final del mismo, que cualquiera tiene derecho a oponerse a su ejecución *"cualquiera que sea el poder que la haya emitido"*.

CH. CONSTITUCION POLITICA DE 1847.

Dispone esta Constitución en su artículo 9, dentro de los derechos naturales y civiles de los costarricenses que: *"Toda ley, decreto y orden comienzan a regir desde el día de su publicación, y no puede emitirse ninguna disposición legialtiva para arreglar hechos pasados"* (78).³ La primera parte de este artículo establece el principio de que la ley rige para el futuro, a partir del día de su publicación (79).⁴ Esto quiere decir, que la ley estará dotada de validez de regulación respecto de todos aquellos actos, hechos o situaciones que se sucedan con posterioridad al momento de su vigencia.

(75) Constitución Federal de Centroamérica de 22 de noviembre de 1824, art. 175. Ver PERALTA, Hernán, *Las Constituciones de Costa Rica*, San José, Instituto de Estudios Políticos, 1962, pp. 195-196.

(76) Ley de Bases y Garantías, art.2. Ver PERALTA, *Op. cit.* p. 230.

(77) Constitución Política del Estado de Costa Rica, de 9 de abril de 1844, art. 21. Ver PERALTA, *Op. cit.* p. 290.

(78) Constitución Política del 10 de febrero de 1847. Ver PERALTA, *Op. cit.* p. 324.

(79) Al hablar de ley, nos referimos al concepto amplio de la misma, o sea ley en sentido material.

La segunda parte señala que no pueden emitirse disposiciones legislativas para arreglar hechos pasados, con lo cual se está refiriendo específicamente a la ley, dejando por fuera entonces al decreto y la orden. Interpretando este artículo a contrario sensu, se podría pensar que estos últimos tendrían eventualmente validez para afectar esas situaciones pasadas. Llegamos así al problema del alcance amplio o restringido que se le dé al término "*ley*"; también se deja por fuera la hipótesis de la aplicación retroactiva de la ley.

SECCION II:

DE 1859 A 1917.

Seguidamente se continuará con el desarrollo del estudio sobre el desenvolvimiento del principio de irretroactividad a través de las constituciones de nuestro país. Se analizarán ahora, las últimas cuatro cartas fundamentales que tuvo nuestro país, antes de la que actualmente nos rige.

A. CONSTITUCION DE 1859.

El principio de la irretroactividad está consignado en esta Constitución en su artículo 22, el cual expresaba: "*La ley no tiene efecto retroactivo*" (80). No contempla el mismo, ninguna excepción, ni condición especial que lo afecte.

B. CONSTITUCION POLITICA DE 1869 Y 1871 (81).

En iguales términos se expresan estas dos cartas fundamentales, en los artículos 21 y 26 respectivamente. Parece aludir en todo caso más a la aplicación de la ley por parte de los Tribunales, que a su emisión por el órgano legislativo.

C. CONSTITUCION POLITICA DE 1917.

Artículo 14: "*A ninguna ley se dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna o de sus derechos patrimoniales adquiridos*" (82). Es el artículo más similar al consignado en nuestra Constitución actual. Establece cierto tipo de condicionamiento, como es, el daño a una persona, a sus derechos patrimoniales adquiridos, lo cual parece indicar que de no darse los mismos, la ley sí podría tener efecto retroactivo. Es importante observar que se incorpora al texto la palabra "*perjuicio*", que da una especial connotación al mismo, pues permite considerar que pueden darse algunas leyes cuyo eventual efecto retroactivo sea beneficioso para las personas.

SECCION III:

LA CONSTITUCION POLITICA DE 1949.

Luego del análisis anterior, se llega finalmente a la Constitución de 1949, vigente en la actualidad, que en su artículo 34 consigna el principio de irretroactividad de la ley. Para comprender claramente por qué nuestros legisladores redactaron ese artículo tal y como quedó finalmente, es importante analizar algunos documentos que le antecedieron y otros que explican las razones.

(80) Constitución Política del 27 de diciembre de 1859, art. 22. Ver PERALTA, *Op. cit.* p. 400.

(81) Constitución Política del 15 de abril de 1869.
Constitución Política del 7 de junio de 1871. *Ibid.* p. 457.

(82) Constitución Política de 8 de junio de 1917. *Ibid.* P. 607.

nes que los llevaron a esa decisión final. Esto será lo que trataremos a continuación.

A. PROYECTO DE CONSTITUCION POLITICA PRESENTADO POR LA JUNTA FUNDADORA DE LA SEGUNDA REPUBLICA.

La intención de quienes redactaron el mencionado proyecto, fue producir un documento que resumiera los más avanzados principios jurídicos, económicos, políticos y sociales adaptables a nuestras propias y particulares circunstancias. Algunos de estos principios eran:

- Se reitera la fe en la democracia.
- Se considera a la persona humana como un individuo dueño de inalienables derechos a su libertad espiritual, política y económica.
- La República se funda en el principio de igualdad entre los hombres.
- El Estado es la organización principal cuya labor será cumplir los fines de la Nación y mantener el orden social, respetando siempre la libertad y derechos individuales.

A continuación se pasará a analizar cómo se consigna en él, el principio de la irretroactividad. Está ubicado dentro del Título IV que se refiere a los Derechos y Deberes Individuales, en el Capítulo III que consigna los derechos y deberes relacionados con la seguridad jurídica, en el artículo 41. Este establece, no el principio general de la irretroactividad de la ley, sino las excepciones al mismo, consideradas por la Junta como las más adecuadas. Así, se dispone que la ley sólo podrá tener efecto retroactivo en perjuicio de derechos patrimoniales adquiridos, mediante ley extraordinaria dictada por causa de evidente interés público; en materia penal, cuando favorezca al reo; en materia procesal, cuando no altere la validez de las actuaciones anteriores.

Es nuestro parecer, que las excepciones al principio mencionado que establece ese artículo constituyen una limitación y no se toma en cuenta la posibilidad de que el efecto retroactivo de la ley beneficie a las personas. Se considera que resulta más conveniente redactar el principio de la irretroactividad en términos más amplios.

B. ACTAS ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE.

Es aquí donde se encuentra la discusión que antecedió a la redacción definitiva del artículo 34. La razón que motivó a los legisladores a reformar el artículo que consagraba el principio de la irretroactividad, reside en que consideraron que no era cierto que la ley nunca tuviera efectos retroactivos, pues la realidad demostraba lo contrario. Fue así como, el representante Fournier, apoyando la primera moción presentada por la fracción Social Demócrata tendiente a reformar el artículo en cuestión, dijo que *"el principio escueto de la Constitución del 71 de que la ley no tiene efecto retroactivo no es cierto, pues existen toda una serie de excepciones a la regla... En Costa Rica se han dictado numerosas leyes reconocidas por los Tribunales con el carácter de retroactivas, como la llamada Ley de Moratoria promulgada el año de 1929"* (83). La mencionada moción establecía una serie de excepciones al principio de la irretroactividad de la ley, lo cual fue considerado perjudicial por parte del diputado Ortiz, para quien *"era mala la práctica de establecer excepciones a una regla general en una constitución, pues a menudo se corre el riesgo de no incluir todas las excepciones del caso..."* (84).

La moción en cuestión fue retirada, para dar paso a una presentada por el diputado Vargas Fernández, que recogía el criterio sustentado por don Alberto Brenes Córdoba en relación a cuándo una ley no podía tener efecto retroactivo, que era el siguiente: *La ley no tiene efecto retroactivo en perjuicio de derechos adquiridos o de situaciones jurídicas consolidadas*" (85). Esta moción también fue retirada. Se presentaron algunas más: la de los diputados

(83) Actas Asamblea Nacional Constituyente (A.A.N.A.O. No. 103, art. 3, Tomo II, p. 461).

(84) A.A.N.C. No. 103, art. 3, Tomo II, p. 462.

(85) *Ibid.* p. 462.

Baudrit Solera y Fournier, la del diputado Fournier, la del representante Desanti, la del diputado González Hernán, pero todas corrieron igual suerte que las anteriores.

Más tarde, el representante Rojas Espinoza presentó una nueva propuesta que contenía tres excepciones básicas:

- relativa a materia civil, en casos de extraordinario interés público.
- en materia penal, para favorecer al reo.
- en materia procesal.

En términos generales son las mismas expuestas en el Proyecto presentado por la Junta. La razón de estas excepciones, explicó su exponente, era darles un reconocimiento expreso y así evitar que el principio fuera redactado en términos absolutos, tal y como estaba entonces.

El dilema se presentó entonces, entre conservar el texto hermético de la Carta del 71 o acoger la tesis del diputado Rojas Espinoza. Para el representante Acosta Piépper, conservar el texto consagrado por la Constitución del 71 era faltar a la verdad y desconocer la necesidad de aceptar la retroactividad de la ley en ciertas ocasiones, en que ésta podía resultar beneficiosa.

Para el representante Bonilla Arias la fórmula más adecuada era la presentada originalmente por los señores Baudrit González y B. Fournier, pues contenía un principio muy importante, que se había omitido en otras mociones y era *"que la retroactividad de la ley no puede afectar situaciones jurídicas consolidadas, lo que significaba respecto hacia el patrimonio costarricense. Realmente en ninguna forma se puede ir contra un derecho patrimonial consolidado"* (86).

Posteriormente el diputado Baudrit Solera expresó que la fórmula inicial presentada por la fracción Social Demócrata a la que se le había incorporado el pensamiento de don Alberto Brenes Córdoba parecía ser lo que buscaba la Asamblea; las excepciones apuntadas por él eran las correctas y además, con esta acción se rendiría un justo homenaje a tan notable jurista. Tal proposición fue acogida con mucha satisfacción por parte de los constituyentes. El diputado Rojas Espinoza varió su moción, a fin de establecer primero el pensamiento de Brenes Córdoba y a continuación las excepciones por él propuestas. Se acordó votar la moción por partes. El representante Rojas Espinoza acogió la fórmula sugerida por el diputado Volio Jiménez, para que la primera parte de la moción se leyera así: *"A ninguna ley se la dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna, de sus derechos patrimoniales adquiridos o de situaciones jurídicas consolidadas"* (87). Sometida a votación esta parte de la moción, fue aprobada; se procedió luego a votar la segunda parte, la que fue desechada.

Así finalmente el texto se aprobó tal y como hoy lo conocemos y se ubicó primero como el artículo 34, dentro del Capítulo de Garantías Individuales de nuestra Constitución (88).

CAPITULO III:

LEGISLACION POSITIVA

Se analizará en este capítulo cómo está establecida la irretroactividad de la ley en la legislación positiva, sea en los Pactos Internacionales y en las leyes de nuestro país.

Por ser la irretroactividad un principio general que incide de distinta forma en cada materia específica, al analizar las leyes de nuestro país, se estudiarán no sólo cómo se consigna el principio, sino también los efectos, las consecuencias que produce el mismo en cada caso específico y las excepciones que con respecto a él se establecen.

(86) *Ibid.* pp. 556-557.

(87) A.A.N.C. No. 114, art. 3, Tomo II, p. 559.

(88) A.A.N.C. No. 179, art. 4, Tomo III, p. 607

SECCION I:

PACTOS INTERNACIONALES

Es importante estudiar estos pactos, pues debe recordarse que forman el otro grupo de documentos que consignan los derechos públicos subjetivos, tan importantes para el ser humano. Analizaremos cuatro de estos pactos, por considerarlos como algunos de los que han tenido mayor influencia en nuestra legislación positiva. Es bueno recordar que los países que hayan firmado estos pactos, están *obligados* a observar sus disposiciones, aunque no siempre suceda así.

A. DECLARACION DE LOS DERECHOS HUMANOS DEL HOMBRE Y DEL CIUDADANO DE 1789.

Este es un documento, cuyo sentido y alcance es universal, lo cual lo distingue de otros documentos anteriores y posteriores a él. En el preámbulo de esta Declaración, se establece que los representantes del pueblo francés *"considerando que la ignorancia, el olvido o el desprecio por los derechos del hombre son las únicas causas de los males públicos y de la corrupción de los gobiernos, han resuelto exponer, en una declaración solemne, los derechos naturales, inalienables y sagrados del hombre, a fin de que esta Declaración, teniéndola siempre presente todos los miembros del cuerpo social, les recuerde constantemente sus derechos y deberes..."* (89).

El artículo VIII de esta declaración, establece claramente que nadie podrá ser castigado en virtud de una ley establecida y promulgada con anterioridad al delito y legalmente aplicada. A pesar de que el alcance del principio de irretroactividad se limita a su aplicación en materia penal, es muy importante que se haya consignado en un documento de tanta trascendencia como lo es esta Declaración, considerándosele pues como un derecho sagrado e inalienable del hombre.

B. DECLARACION UNIVERSAL DE LOS DERECHOS HUMANOS.

Uno de los preámbulos de esta declaración, establece que *"la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana"* (90), y luego se agrega en otro que el desconocimiento y menosprecio de los derechos del hombre ha dado lugar a actos de barbarie ultrajantes para la conciencia de la humanidad. Se deduce claramente el ánimo de quienes elaboraron este documento de proclamar la existencia de una serie de derechos del hombre, necesarios para su desarrollo como persona.

El artículo 11, inciso 2 de esta Declaración, consigna el principio de la irretroactividad de la ley, circunscrito de nuevo a materia penal. Se considera que la razón que explica el por qué de esta limitación es que posiblemente se consideró que era al aplicarse esta clase de ley donde el eventual efecto retroactivo que pudiera dársele a la misma, causaría mayor perjuicio a las personas, al incidir directamente en la esfera de libertad de los individuos.

C. CONVENCION AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS (PACTO DE SAN JOSE) Y PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLITICOS.

El Pacto de San José señala en su artículo 9, párrafos segundo y tercero que: *"Tampoco se puede imponer pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito, la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará con ella"* (91).

(89) Asamblea Nacional Constituyente, *Declaración de Derechos y Deberes del Hombre y del Ciudadano*, 1789.

(90) O.N.U. *Declaración Universal de los Derechos Humanos*, de 10 de diciembre de 1948.

(91) Convención Americana sobre Derechos Humanos de 22 de noviembre de 1969, art. 9.

De nuevo se ha de hacer referencia a la irretroactividad en materia penal, como un medio para proteger a las personas y al delincuente. La primera parte de este artículo contempla el fenómeno de la "ultraactividad", pues establece que en caso de que se emitiera una nueva ley que fije una sanción más fuerte para un hecho determinado, se aplicará al delincuente lo dispuesto por la ley derogada, si la misma estaba vigente al momento de cometerse el delito.

En idénticos términos se expresa el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en su artículo 15, párrafo segundo, por lo que vale para él todo lo dicho anteriormente.

SECCION II:

LEY SUSTANTIVA

Se analizará a continuación la problemática que plantea el principio de la irretroactividad en algunas ramas específicas del Derecho y las consecuencias o efectos que de tal aplicación se derivan, que nunca son las mismas para todas ellas, pues cada una tiene sus propias características y particularidades.

A. DERECHO PENAL.

Las leyes son expresión de los valores sociales, por lo que no pueden ser eternas; cuando la escala de valores cambia, la ley deberá ser sustituida, pues de lo contrario se corre el riesgo de que se vuelva ineficaz; esta sucesión de leyes crea algunos problemas.

Nos dice Rodríguez Devesa que, "*el ámbito temporal de la ley penal está bajo el signo del principio de identidad entre su vigencia formal y la material*" (92). La vigencia formal abarca el período que va desde que ésta entra en vigor hasta que es derogada; la vigencia material consiste en la aplicación de la ley a los hechos ocurridos bajo su imperio. En principio de identidad mencionado líneas atrás, consiste en que la vigencia material de la ley debe coincidir con el período de vigencia formal. Es decir que en principio, la ley penal se aplicará solamente a los hechos ocurridos durante su vigencia formal.

Esta idea se expresa a través del principio de la irretroactividad, el cual constituye la regla general en materia penal. La excepción a esta regla y al principio de identidad, es la retroactividad de la ley penal más favorable. Al respecto nos dice Fontán Ballestra: "*La garantía de la ley previa, por una parte, y el interés de la punición, basado en la defensa social por la otra, hacen que la ley penal deba ser aplicada retroactiva y ultraactivamente cuando es más benigna*" (93).

Nuestro Código Penal establece el principio de irretroactividad en varios artículos: así el artículo 11 nos dice que "*los hechos punibles se juzgarán de conformidad con las leyes vigentes en la época de su comisión*" (94). Se soluciona así el eventual conflicto que podría surgir entre dos leyes en lo concerniente a cual debe aplicarse al ilícito. Por otra parte el artículo 1 exige que para poder considerar un hecho como delito y castigar, es necesario que previamente haya sido declarado así por una ley (95).

(92) RODRIGUEZ DEVESA, José Ma. *Derecho Penal Español*, Madrid, Gráficas Carrasa, 6a. Edición, Tomo I, 1979.

(93) FONTAN BALLESTRA, Carlos, *Tratado de Derecho Penal*, San José, Editorial Estudiantil, Tomo I, 1a. Edición, 1982, p. 283.

(94) *Código Penal y leyes conexas*, Ley No. 4573 de 4 de mayo de 1970, San José, Librería Lehmann, 2a. Edición preparada por el Lic. Attilio Vincenzi, 1981, art. 11.

(95) Este principio ha obtenido rango internacional, pues está expresado en la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, art. 11 y en la Convención Europea de Salvaguardia de los Derechos del Hombre y de las Libertades Fundamentales de 4 de noviembre de 1950, art. 7.

En cuanto a las medidas de seguridad, nuestro Código en su artículo 15 dispone que *"se aplicará la ley vigente en el aumento de la sentencia y las que se dicten durante su ejecución"*(96). La razón de esto es que se presume que esta ley será más favorable para el delincuente y la sociedad.

Ya se dijo anteriormente que en materia penal, la irretroactividad de la ley era la regla y la retroactividad la excepción. Vamos a referirnos a este punto. Se aplica retroactivamente una ley, cuando ésta le sea más favorable al reo; así lo dispone el artículo 12 del Código Penal. El problema se presenta aquí al tratar de determinar cuándo una ley favorece al delincuente, el establecer qué criterios son válidos para definir tal situación.

La primera dificultad consiste en determinar, si para establecer cuál ley es más favorable al reo, deben considerarse las penas en abstracto señaladas por las leyes, o las penas en concreto que se le fijarían al delito. Según Rodríguez Devesa *"ha de utilizarse el criterio concreto"* pues sería *"una burla de la ley al decir al reo: imponemos una pena más severa, v. gr., de la que resultaría con la ley actual porque 'en abstracto' la pena es 'más benigna'"* (97).

Para determinar cuál ley es más favorable al reo, debe prestarse atención a todos los detalles legales y reales del caso concreto (98). Cuando hay que decidir cuál ley aplicar, de dos que señalan un mismo tipo de pena para el delito con variación tan sólo en el monte de la misma, consideramos que realmente no hay problema alguno. Lo contrario sucede cuando las leyes en cuestión fijan cada una diferentes clases de penas para un mismo delito (por ejemplo: una restrictiva de libertad de larga duración y otra privativa, de corta duración). En tales casos, deberá prestarse mucha atención a la situación concreta del delincuente, tratando de beneficiarlo todo cuanto sea posible.

Otro aspecto importante relacionado con el principio de la retroactividad en materia penal, es el de las leyes intermedias y el de las llamadas leyes penales temporales. Sin embargo, y debido de nuevo al problema de espacio, no nos es posible tratarlo aquí; no obstante consignamos algunos libros que pueden dar ideas claras sobre esos puntos (99).

B. DERECHO ADMINISTRATIVO.

Se ha visto ya cómo el principio de la irretroactividad está íntimamente ligado a la idea de seguridad, indispensable en las relaciones jurídicas. Este principio se aplica también a los actos administrativos, pues si los órganos administrativos pudieran dar carácter retroactivo a sus decisiones, se produciría en los administrados un permanente sentimiento de inseguridad. Es así, *"como en relación con la aplicación en el tiempo de las normas del Derecho Administrativo, rige la regla de Derecho común de que las normas comienzan su vigencia con la publicación..."*

Nos dice Manuel Díez, que desde fines del Siglo XIX la Jurisprudencia del Consejo de Estado francés declaró nulos los actos administrativos que adolecían del vicio de retroactividad. Sin embargo, no fue hasta el 16 de julio de 1948, en el caso *"Société de filatures et tissages de Madagascar"*, que el Consejo de Estado dispuso que las decisiones administrativas sólo podían disponer para el futuro (101).

(96) Código Penal, art. 15.

(97) Ver RODRIGUEZ DEVESA, José Ma. *Op. cit.* p. 207.

(98) Ver FONTAN B., Carlos. *Op. cit.* p. 288.

(99) Para obtener información sobre estos puntos, consultar los libros citados en este trabajo, de los autores JOSE MA. RODRIGUEZ DEVESA y CARLOS FONTAN BALLESTRA.

(100) GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo. *Curso de Derecho Administrativo*, Madrid, Editorial Civitas, Tomo I, 1980, p. 75.

(101) DIEZ, Manuel. *El acto administrativo*, Buenos Aires, Tipográficas Editora Argentina, S.A., 2a. edición, 1961, p. 493.

De nuevo se ha de hacer referencia a la irretroactividad en materia penal, como un medio para proteger a las personas y al delincuente. La primera parte de este artículo contempla el fenómeno de la "ultraactividad", pues establece que en caso de que se emitiera una nueva ley que fije una sanción más fuerte para un hecho determinado, se aplicará al delincuente lo dispuesto por la ley derogada, si la misma estaba vigente al momento de cometerse el delito.

En idénticos términos se expresa el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en su artículo 15, párrafo segundo, por lo que vale para él todo lo dicho anteriormente.

SECCION II:

LEY SUSTANTIVA

Se analizará a continuación la problemática que plantea el principio de la irretroactividad en algunas ramas específicas del Derecho y las consecuencias o efectos que de tal aplicación se derivan, que nunca son las mismas para todas ellas, pues cada una tiene sus propias características y particularidades.

A. DERECHO PENAL.

Las leyes son expresión de los valores sociales, por lo que no pueden ser eternas; cuando la escala de valores cambia, la ley deberá ser sustituida, pues de lo contrario se corre el riesgo de que se vuelva ineficaz; esta sucesión de leyes crea algunos problemas.

Nos dice Rodríguez Devesa que, *"el ámbito temporal de la ley penal está bajo el signo del principio de identidad entre su vigencia formal y la material"* (92). La vigencia formal abarca el período que va desde que ésta entra en vigor hasta que es derogada; la vigencia material consiste en la aplicación de la ley a los hechos ocurridos bajo su imperio. En principio de identidad mencionado líneas atrás, consiste en que la vigencia material de la ley debe coincidir con el período de vigencia formal. Es decir que en principio, la ley penal se aplicará solamente a los hechos ocurridos durante su vigencia formal.

Esta idea se expresa a través del principio de la irretroactividad, el cual constituye la regla general en materia penal. La excepción a esta regla y al principio de identidad, es la retroactividad de la ley penal más favorable. Al respecto nos dice Fontán Ballestra: *"La garantía de la ley previa, por una parte, y el interés de la punición, basado en la defensa social por la otra, hacen que la ley penal deba ser aplicada retroactiva y ultraactivamente cuando es más benigna"* (93).

Nuestro Código Penal establece el principio de irretroactividad en varios artículos: así el artículo 11 nos dice que *"los hechos punibles se juzgarán de conformidad con las leyes vigentes en la época de su comisión"* (94). Se soluciona así el eventual conflicto que podría surgir entre dos leyes en lo concerniente a cuál debe aplicarse al ilícito. Por otra parte el artículo 1 exige que para poder considerar un hecho como delito y castigar, es necesario que previamente haya sido declarado así por una ley (95).

(92) RODRIGUEZ DEVESA, José Ma. *Derecho Penal Español*, Madrid, Gráficas Carrasa, 6a. Edición, Tomo I, 1979.

(93) FONTAN BALLESTRA, Carlos, *Tratado de Derecho Penal*, San José, Editorial Estudiantil, Tomo I, 1a. Edición, 1982, p. 283.

(94) *Código Penal y leyes conexas*, Ley No. 4573 de 4 de mayo de 1970, San José, Librería Lehmann, 2a. Edición preparada por el Lic. Attilio Vincenzi, 1981, art. 11.

(95) Este principio ha obtenido rango Internacional, pues está expresado en la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, art. 11 y en la Convención Europea de Salvaguardia de los Derechos del Hombre y de las Libertades Fundamentales de 4 de noviembre de 1950, art. 7.

En cuanto a las medidas de seguridad, nuestro Código en su artículo 15 dispone que *"se aplicará la ley vigente en el aumento de la sentencia y las que se dicten durante su ejecución"*(96). La razón de esto es que se presume que esta ley será más favorable para el delincuente y la sociedad.

Ya se dijo anteriormente que en materia penal, la irretroactividad de la ley era la regla y la retroactividad la excepción. Vamos a referirnos a este punto. Se aplica retroactivamente una ley, cuando ésta le sea más favorable al reo; así lo dispone el artículo 12 del Código Penal. El problema se presenta aquí al tratar de determinar cuándo una ley favorece al delincuente, el establecer qué criterios son válidos para definir tal situación.

La primera dificultad consiste en determinar, si para establecer cuál ley es más favorable al reo, deben considerarse las penas en abstracto señaladas por las leyes, o las penas en concreto que se le fijarían al delito. Según Rodríguez Devesa *"ha de utilizarse el criterio concreto"* pues sería *"una burla de la ley al decir al reo: imponemos una pena más severa, v. gr., de la que resultaría con la ley actual porque 'en abstracto' la pena es 'más benigna'"* (97).

Para determinar cuál ley es más favorable al reo, debe prestarse atención a todos los detalles legales y reales del caso concreto (98). Cuando hay que decidir cuál ley aplicar, de dos que señalan un mismo tipo de pena para el delito con variación tan sólo en el monte de la misma, consideramos que realmente no hay problema alguno. Lo contrario sucede cuando las leyes en cuestión fijan cada una diferentes clases de penas para un mismo delito (por ejemplo: una restrictiva de libertad de larga duración y otra privativa, de corta duración). En tales casos, deberá prestarse mucha atención a la situación concreta del delincuente, tratando de beneficiarlo todo cuanto sea posible.

Otro aspecto importante relacionado con el principio de la retroactividad en materia penal, es el de las leyes intermedias y el de las llamadas leyes penales temporales. Sin embargo, y debido de nuevo al problema de espacio, no nos es posible tratarlo aquí; no obstante consignamos algunos libros que pueden dar ideas claras sobre esos puntos (99).

B. DERECHO ADMINISTRATIVO.

Se ha visto ya cómo el principio de la irretroactividad está íntimamente ligado a la idea de seguridad, indispensable en las relaciones jurídicas. Este principio se aplica también a los actos administrativos, pues si los órganos administrativos pudieran dar carácter retroactivo a sus decisiones, se produciría en los administrados un permanente sentimiento de inseguridad. Es así, *"como en relación con la aplicación en el tiempo de las normas del Derecho Administrativo, rige la regla de Derecho común de que las normas comienzan su vigencia con la publicación..."*

Nos dice Manuel Díez, que desde fines del Siglo XIX la Jurisprudencia del Consejo de Estado francés declaró nulos los actos administrativos que adolecían del vicio de retroactividad. Sin embargo, no fue hasta el 16 de julio de 1948, en el caso *"Société de filatures et tissages de Madagascar"*, que el Consejo de Estado dispuso que las decisiones administrativas sólo podían disponer para el futuro (101).

(96) Código Penal, art. 15.

(97) Ver RODRIGUEZ DEVESA, José Ma. *Op. cit.* p. 207.

(98) Ver FONTAN B., Carlos. *Op. cit.* p. 288.

(99) Para obtener información sobre estos puntos, consultar los libros citados en este trabajo, de los autores JOSE MA. RODRIGUEZ DEVESA y CARLOS FONTAN BALLESTRA.

(100) GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo. *Curso de Derecho Administrativo*, Madrid, Editorial Civitas, Tomo I, 1980, p. 75.

(101) DIEZ, Manuel. *El acto administrativo*, Buenos Aires, Tipográficas Editora Argentina, S.A., 2a. edición, 1961, p. 493.

El principio de la retroactividad afecta no sólo a los actos administrativos que impongan nuevas medidas, sino también a las decisiones que supriman medidas administrativas establecidas con anterioridad. El criterio de la retroactividad de los actos radica en la anterioridad de los efectos del acto en relación a su vigencia. El principio de la irretroactividad no impide la aplicación de un acto de un órgano administrativo a hechos anteriores, siempre que sus efectos sean posteriores a su vigencia. Es por esto, nos dice Díez que *"no debe confundirse el principio de la no retroactividad con el de la intangibilidad de los efectos individuales de los actos jurídicos"*(102). Este principio implica una prohibición para los órganos administrativos de afectar, incluso para el futuro, los derechos ya adquiridos, mientras que el principio de la retroactividad, implica la imposibilidad de que la Administración dé carácter retroactivo a sus decisiones.

En cuanto a lo que dispone nuestra Ley General de la Administración Pública en relación con el principio de la irretroactividad, el art. 140 establece que *"el acto administrativo producirá su efecto después de comunicado al administrado"*(103), lo que a contrario sensu significa que antes de entonces, no producirá ninguno. Por otra parte el artículo 142 establece que *"el acto administrativo producirá efecto en contra del administrado únicamente para el futuro, con las excepciones que se dirán"* (104). Es así como la retroactividad se califica de excepcional, con lo cual se deduce que la regla general es la irretroactividad. El inciso segundo del artículo 142 señala como condiciones para dar a un acto administrativo efecto retroactivo que *"desde la fecha señalada para el inicio de su efecto existan los motivos para su adopción, y que la retroacción no lesione derechos o intereses de terceros de buena fe"*(105). Estos son los requisitos para poder dar efecto retroactivo a un acto, a favor del administrado.

El artículo 143 de la misma ley, establece que *"el acto administrativo tendrá efecto retroactivo en contra del administrado cuando se dicte para anular actos absolutamente nulos que favorezcan éste; o para consolidar, haciéndolos válidos o eficaces, actos que los desfavorezcan"*(106). Estas son precisamente las excepciones al principio de irretroactividad de que habla el artículo 142, fuera de las cuales no pueden darse ningunas otras, por así establecerlo la propia ley.

Un aspecto importante que debe analizarse es el relacionado con la retroactividad de los reglamentos. Así, *"el principio de la no retroactividad aplicado a los actos de la administración, comporta que no serán retroactivos los reglamentos que dictaran los órganos administrativos"*(107). Esto es así pues se considera que si se diera lo contrario, se ocasionaría un gran trastorno a las situaciones producidas al amparo de éste; esta transformación sería contraria a la ley que sirve de base al acto reglamentario, el que no tiene fuerza retroactiva, salvo que así lo disponga la ley. La doctrina alemana se opone a este criterio y considera que en todo caso el reglamento podrá aplicarse retroactivamente, siempre y cuando no se extienda en el tiempo más allá de la puesta en vigencia de la ley que lo sustenta(108). Para Eduardo De Enterría *"... Todos los argumentos que justifican la regla de irretroactividad de los actos administrativos son, por tanto, trasladables a los Reglamentos"* (109).

(102) *Ibid.* p. 494.

(103) Ley General de la Administración Pública, No. 6227 de 2 de mayo de 1978, art. 140.

(104) L.G.A.P. art. 142.

(105) L.G.A.P. art. 142.2

(106) *Ibid.* art. 143 .

(107) Ver DIEZ, *Op. cit.* p. 496.

(108) *Ibid.*

(109) DE ENTERRIA, Eduardo. *Op. cit.* p. 75. En relación a este punto ya expusimos líneas atrás, lo que dispone el art. 34 al respecto.

En relación con las teorías relativas al conflicto de leyes en el tiempo, considera Díez que es aplicable al acto administrativo, la formulada por Duguit y aceptada por Jéze. En consecuencia, *"serán retroactivas las decisiones administrativas que pretendan:*

1. *aplicarse a los actos jurídicos nacidos antes de su intervención.*
2. *modificar una situación objetiva con respecto a una época anterior a su publicación.*
3. *modificar una situación subjetiva aún cuando fuere solamente para el futuro"* (110).

Existen tres límites fundamentales al principio de irretroactividad de los actos administrativos:

1. El principio de legalidad: el principio de la irretroactividad está subordinado jerárquicamente a la observación de la ilegalidad. Debido a ésto, la Administración podrá anular retroactivamente sus actos ilegales. Al anularse un reglamento por irregular, los efectos de esa anulación se producen desde el momento que fue dictado el reglamento ~~phora~~ nulo. Existirá retroactividad cuando un reglamento es revocado por irregularidades (111).

Manuel Díez, ha señalado que las decisiones administrativas retroactivas pueden ser destructivas o constructivas. Destructivas *"cuando complementan la resolución judicial"* y constructivas *"cuando el acto administrativo trata de reconstruir la fracción del ordenamiento jurídico regulado por el acto anulado"* (112). Para esto, será necesario actos con efectos externos.

2. Naturaleza del acto. Consideran Hugo Muñoz y Magda Rojas, siguiendo el criterio de Manuel Díez, que los actos declarativos, confirmativos, correctivos pueden ser retroactivos. Si es declarativo, sus efectos podrán remontarse al momento en que se origine el hecho constatado por ese acto; si un acto corrige, complementa o consolida uno anterior y asegura los efectos del primero, debe admitirse su retroactividad por la naturaleza. La retroactividad de estos actos se extenderá hasta el día en que se emitió el acto inicial que complementa o corrige, pero no antes de esa fecha (113).

3. Que para la seguridad jurídica sea indiferente la retroactividad. Si el principio de irretroactividad se estableció con el fin de dar seguridad y protección a los particulares, el mismo no tendrá objeto cuando el acto no causa perjuicio a los particulares y aún menos, si por el contrario les es ventajoso. Sin embargo, si beneficia a una persona o a un grupo de personas, pero lesione derechos o intereses legítimos de terceros, no podrá el acto tener efecto retroactivo. Esta situación la contempla el artículo 142 en su inciso segundo, cuando establece que *"para que se produzca efecto hacia el pasado a favor del administrado, se requerirá ... que la retroacción no lesione derechos o intereses de terceros de buena fe"* (114).

Considera Díez que *"el principio de la no retroactividad no proporciona al juez una simple regla de interpretación de actos administrativos equívocos, sino que se presenta como una regla de derecho objetivo cuyo cumplimiento debe observar el órgano administrativo bajo pena de nulidad de sus actos"* (115).

(110) Ver DIEZ, *Op. cit.* p. 501. Véase Título II, Capítulo II, sección I, punto A.

(111) MUÑOZ, Hugo y ROJAS, Magda, *Op. cit.* p. 36

(112) *Ibid.* p. 37.

(113) MUÑOZ QUESADA, Hugo y ROJAS CHAVES, Magda, *Op. Cit.* p. 37. La jurisprudencia francesa coincide en estas apreciaciones.

(114) L.G.A.P. art. 142. Se aplica aquí todo lo expuesto en cuanto al beneficio o el perjuicio que pueda producir la retroactividad.

(115) Ver DIEZ, *Op. cit.* p. 507.

SECCION III:

LEY FORMAL

Se tratará en esta sección, de la aplicación e incidencia del principio de la irretroactividad en materias procesales.

Se considera que este análisis es muy importante, pues las consecuencias de la eventual aplicación retroactiva de una ley, pueden causar serios trastornos a la situación de una persona, que sólo se podrán solucionar en el tanto se determine en presencia de dos leyes, cuál es la que debe aplicarse.

A. DERECHO PROCESAL PENAL

De acuerdo con el conflicto de leyes en el tiempo, el problema se presenta cuando surge un derecho procesal nuevo. En este caso, *"¿será aplicable este derecho para proceder por hechos ocurridos durante la vigencia de una ley derogada? Si la respuesta es afirmativa (como debe serlo), es aplicable la nueva norma en un proceso ya iniciado bajo el imperio de la anti-gua?"* (116).

Consideran Gómez y Herce, que la primera consideración puede resolverse afirmativamente, sin menoscabo del principio de irretroactividad. La única norma que podría tener efecto retroactivo, si la ley nueva favorece al reo, sería la ley penal.

Ahora bien, la ley procesal no establece el castigo de delitos ni faltas. Consideran estos autores que *"ningún tribunal puede proceder sino a tenor de la ley procesal vigente en el momento del proceso, sin consideración a la que pudiese regir en el momento de la perpetración del delito"* (117). La jurisprudencia, dicen ellos, ha considerado erróneamente que las leyes procesales serían retroactivas, si se aplicaran a hechos anteriores e invalidarían efectos dados, y agregan: *"la ley procesal no se aplica al hecho anterior que constituye la conducta punible, sino a los hechos y actos actuales que constituyen el contenido del proceso... el proceso se rige siempre por su ley actual"* (118). Tendrá alcance retroactivo la ley procesal *"si en caso de modificación, la nueva regla afectase a los procesos ya terminados, o a los actos procesales ya hechos, y esto, naturalmente, no ocurre"* (119).

Nuestro Código de Procedimientos Penales establece en su artículo 2 que: *"Este Código será aplicado desde que sea puesto en vigencia, aún en los procesos por delitos anteriores, salvo disposiciones en contrario"* (120). Vemos cómo se establece que el Código comenzará a surtir efectos a partir del momento en que entra en vigor, y se aplicará incluso, a los procesos de delitos efectuados antes de la vigencia del mismo. Esto, salvo disposición en contrario.

Este artículo, al hablar de procesos, parece referirse a los procesos no iniciados aún, de delitos cometidos anteriormente. Esto por tanto se considera siempre que el nuevo proceso, será mejor que el anterior y beneficiará más a la persona. Estas disposiciones son siempre de aplicación inmediata, pues miran al interés general.

En relación con el proceso, debe distinguirse entre los procesos aún no iniciados y los procesos pendientes. Además, ya en el inicio, debe separarse la fase sumaria y el juicio pro-

(116) GOMEZ ORBANEZA, Emilio y HERCE QUEMADA, Vicente, *Derecho Procesal Penal*, Madrid, Artes Gráficas y Ediciones, S.A., 8a. Edición, 1975, p. 27.

(117) GOMEZ O. y HERCE QUEMADA, *Op. cit.* p. 27.

(118) *Ibid.* pp. 27-28.

(119) *Ibid.* p. 28.

(120) Código de Procedimientos Penales, Ley No. 5377 de 19 de octubre de 1973, San José, Librería Lehmann, 2 edición preparada por el Lic. Atilio Vincenzi. 1978, art. 20.

piamente dicho. La fase sumaria está formada por toda una sucesión de actos de averiguación, de recopilación de materiales; el juicio oral forma una unidad coherente y cerrada. De esto se deduce que sería contrario a su propia naturaleza, que se interrumpiera o fraccionara por la promulgación de una nueva ley. Por esto, se sigue el principio de que *"un juicio abierto conforme a la ley antigua debe ser regulado en su unidad, hasta su término por una misma ley. Pero anulado el acto y mandado a reponer, la reposición habrá de acomodarse a la ley nueva"* (121).

En contraposición a esto, la fase sumaria, por su misma naturaleza, admite en su curso cualquier cambio en la ley reguladora, y agregan los citados autores: *"Incluso el fin de la justicia penal exige, cuando ese cambio ocurra, que el sumario se acomode desde entonces, en cuanto sea posible, al derecho nuevo, sobre todo si el juicio que ha de seguirla ha de conformarse a la nueva ley"* (122).

Al carecer la fase sumaria de valor en sí misma para los efectos del proceso, el alcance de la actuación procesal realizada de acuerdo a la ley derogada, depende del valor que la nueva ley le dé en su relación con el juicio oral.

B. DERECHO PROCESAL CIVIL.

Las leyes procesales, al no estar expuestas directamente a la influencia del desarrollo de las relaciones sociales, tienen mayor grado de estabilidad que las otras normas jurídicas, aunque claro está, pueden también variar de cuando en cuando.

Para Hugo Rocco, *"la variación de las normas procesales puede realizarse de manera que la nueva ley procesal sea totalmente diversa a la antigua. Nacido un derecho que se ejercita en juicio, deberá aplicarse la ley procesal vigente en el lugar y al momento en que se hace valer tal derecho"* (123).

De este modo, bajo el imperio de la nueva ley no podrá pedirse la actuación de la anterior, en relación a ciertos actos que la nueva ha abrogado, prescindiendo totalmente del tiempo en que surgiera el derecho de pedirlo (124).

Por el contrario, si la ley admite nuevos modos de actuación, aumenta su número, o introduce nuevos medios puestos a disposición de los ciudadanos, esta ley será eficaz aún con relación a los derechos nacidos con anterioridad. De ella podrán valerse los titulares de aquéllos, aún cuando al momento de surgir los mismos, las disposiciones de la nueva ley, no hubiesen sido sancionadas.

Para Rocco, el surgimiento de una nueva ley puede colocarnos ante tres tipos de situaciones: (125):

1. Un proceso que está por realizarse.
2. Un proceso ya iniciado.
3. Un proceso ya concluído.

Es claro, que los procesos ya finiquitados bajo una ley anterior, no podrán ser afectados por la nueva; quedan a salvo entonces, los efectos que del proceso derivan.

En relación con la cosa juzgada, nos dice Rocco que ésta queda firme, *"aún cuando en el juicio se haya empleado medios de prueba, eventualmente abolidos por la nueva ley, y esto porque la cosa juzgada, por su naturaleza, excluye el análisis del modo como se formó"* (126).

(121) GOMEZ O. y HERCE QUEMADA, *Op. cit.* p. 28.

(122) *Ibid.*

(123) ROCCO, Hugo, *Teoría General del Proceso Civil*, México, Editorial Porrúa, S.A., 1959, pp. 151-157.

(124) Ver ROCCO, Hugo, *Op. cit.* p. 155.

(125) *Ibid.*, p. 156.

(126) *Ibid.*

En los procesos que están por iniciarse no surge ningún problema, pues evidentemente deberán regirse por las disposiciones establecidas por la nueva ley procesal.

Es entonces en los procesos pendientes donde se presentan los problemas, en cuanto a cuál ley debe aplicarse: la antigua, derogada, o la nueva que entra en vigor.

Dice Rocco que las soluciones que se han dado a esta situación, son extremas; por una parte, se dice que debe aplicarse la ley antigua hasta que el proceso finalice; por otra, se considera que debe aplicarse la ley antigua hasta que sea promulgada la ley nueva, la cual se aplicará a los actos sucesivos del proceso.

Este autor aboga por una solución intermedia, dividiendo el proceso en dos fases y aplicando la ley antigua hasta que finalice la primera fase y seguidamente en la segunda, la nueva ley. Sin embargo, nos dice Rocco, el derecho positivo resuelve estas cuestiones mediante las medidas transitorias, las cuales señalan cuándo y cómo se aplicará la ley antigua y la nueva, tratando siempre de atemperar el cambio del antiguo régimen jurídico al nuevo.

Nuestro Código de Procedimientos Civiles no tiene ninguna norma que señale el momento a partir del cual se aplica la nueva ley, ni establece nada sobre la irretroactividad en materia procesal. Habrá que remitirse entonces, a lo dispuesto por el artículo 34 de la Constitución Política.

CONCLUSIONES

El principio de irretroactividad de la ley es una garantía básica de todo Ordenamiento jurídico, que pretende dar a sus miembros seguridad jurídica con relación a sus actuaciones y a sus manifestaciones.

Es además una garantía de libertad para cada persona, en el sentido de que todas y cada una de ellas podrán actuar y expresarse sin ningún temor, con la tranquilidad de saber que si en ese momento no hay una norma que se los impida, en el futuro no surgirá otro que sancione lo que entonces hicieron.

Toda persona tiene derecho a exigir el respeto de este principio, no sólo a los jueces, cuando en cumplimiento de sus funciones aplican la ley, sino también a los legisladores, cuando la emiten. En cualquiera de estos casos, esta garantía de seguridad puede ser violada y entonces las personas tienen la posibilidad de exigir al Estado que se respete el derecho que tienen a que la ley afecte aquellos actos que se realicen posterior a su entrada en vigencia, pero nunca con respecto a lo que aconteció antes de esa circunstancia.

El principio de irretroactividad es pues, una garantía de libertad, de seguridad jurídica y un derecho público subjetivo que toda persona puede hacer valer frente al Estado.

El fin de este precepto es brindar una protección a los individuos por los eventuales daños que podrían ocasionarles una ley retroactiva. Sin embargo, si esta ley, en vez de perjudicarlos los beneficia, carecería de sentido impedir su aplicación.

Es por todo esto que el principio de irretroactividad no es absoluto. En la doctrina esto se ha discutido con el objeto de determinar cuándo puede aplicarse retroactivamente una ley, sin causar daño a los sujetos.

Es así como han surgido gran cantidad de tesis, que tratan de dar respuesta a esta pregunta, la cual encierra toda una problemática jurídica.

Nuestra Constitución Política, para resolver este conflicto, adoptó el criterio sustentado por la Teoría Clásica, en el sentido de que una ley nunca podría violar derechos adquiridos y que de hacerlo, adolecería del vicio de retroactividad.

No comparto esa tesis pues considero que es ambigua, vaga e imprecisa, ya que ni siquiera la doctrina se ha puesto de acuerdo en determinar cuándo estamos o no frente a un derecho adquirido. En consecuencia, nuestros Tribunales al resolver "conflictos de leyes en el tiempo", pueden haber cometido más de una injusticia, porque ante casos específicos han considerado que se estaba en presencia de un derecho adquirido, cuando en realidad no era así.

Y aquí se presenta otro gran peligro, en cuanto a que al no haber acuerdo en la doctrina sobre cuándo existe un derecho adquirido, e incluso al haberse formulado tantas teorías al respecto,

el Juez no tiene fundamentos claros, precisos y firmes que apoyen su decisión y en última instancia, se corre el riesgo de que al pronunciarse, tenga un margen de libre apreciación muy amplio. Esto no es siempre conveniente, tomando en cuenta las consecuencias tan serias que para las personas puede tener su fallo.

Por todo eso, considero que nuestro Ordenamiento no acogió la mejor posición, ni la más justa para resolver el problema en cuestión.

No se puede determinar tampoco si los jueces al aplicar este principio han ampliado o restringido su sentido, precisamente por ser éste tan impreciso y no permitir que se fijen límites concretos.

Es mi criterio, que de todas las posiciones examinadas que pretenden dar respuesta al problema de cuándo puede aplicarse retroactividad a una ley, la mejor y la que parece brindar una solución más justa es la formulada por el autor mexicano Ignacio Burgoa.

La virtud que observo en su exposición es que no entra a clasificar las situaciones y a definir las, con el riesgo que eso conlleva, de dejar por fuera algún caso, sino que señala tres elementos que están presentes siempre en toda situación (por cuanto ellos mismos la forman) y con base en el análisis que de éstos se haga, determina si estamos o no frente a una ley retroactiva. Este estudio sí tendría los fundamentos necesarios como para no temer un fallo injusto, arbitrario o erróneo.

Por último, considero correcto el criterio sustentado por la jurisprudencia mexicana, en el sentido de que cuando una ley pasa a normar por primera vez actos en los cuales los sujetos tenían plena libertad, no puede ésta afectar las consecuencias que con ocasión de dicha libertad se hayan producido.

BIBLIOGRAFIA

TRATADOS:

BRENES CORDOBA, Alberto: *Tratado de las Personas*, San José, Editorial Costa Rica, 1974.

FONTAN BALLESTRA, Carlos: *Tratado de Derecho Penal*, San José, Editorial Estudiantil, Tomo I, 1982.

FORSTHOSE, Ernst: *Tratado de Derecho Administrativo*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1958.

LIBROS:

Actas Asamblea Nacional Constituyente de 1949, San José, Imprenta Nacional, Tomo II, No.103 113, 114, Tomo II, No. 170, 179, 1955.

BURGOA, Ignacio: *Las Garantías Individuales*, México, Editorial Porrúa, S.A., 12 Edición, 1979.

DIEZ, Manuel: *El Acto Administrativo*, Buenos Aires, Tipográfica Editora Argentina, S.A., 2a. edición, 1961.

GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo: *Curso de Derecho Administrativo*, Madrid, Editorial Civitas, Tomo I, 1980.

GARCIA MAYNEZ, Eduardo: *Introducción al estudio del Derecho*, México, Editorial Porrúa, S.A., 32 a. edición, 1980.

GOMEZ ORBANEJA, Emilio y HENCE QUEMADA, Vicente: *Derecho Procesal Penal*, Madrid, Artes Gráficas y Ediciones, S.A., 8a. Edición, 1975.

HERNANDEZ, Rubén: *Las Libertades Públicas en Costa Rica*, San José, Editorial Juricentro, 1980.

KELSEN, Hans: *Teoría Pura del Derecho*, San José, Editorial Estudiantil, 1982.

LATORRE, Angel: *Introducción al Derecho*, Barcelona, Editorial Ariel, 7a. edición, 1976.

NOVOA MONREAL, Eduardo: *El Derecho como Obstáculo al cambio social*, México, Siglo Veintiuno Editores, 3a. edición, 1979.

PACHECO, Máximo: *Introducción al Derecho*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1a. edición, 1976.

PERALTA, Hernán: *Las Constituciones de Costa Rica*, San José, Instituto de Estudios Políticos, 1962.

Proyecto de Constitución Política.

RODRIGUEZ DEvesa, José María: *Derecho Penal Español*, Madrid, Impreso Gráficas Carasa, Parte General, 6a. edición, 1979.

TEXTOS MIMEOGRAFIADOS:

BURGOA, Ignacio: *Las Garantías Individuales (Aspecto General)*, San José, Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica, 1983.

MUÑOZ, Hugo y ROJAS, Magda: *Jurisprudencia Constitucional Comentada 1970-1980*, San José, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica, 1980.

PECES-BARBA, Gregorio: *Derechos Fundamentales (Tema primero)*, San José, Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica, 1980.

Obras Colectivas:

SOLER, Juan José: *El Principio de Irretroactividad*, Enciclopedia Jurídica Omeba, Buenos Aires, Bibliografía Omeba, Tomo XVI, 1982.

Tesis:

MONTERO UGALDE, Lupita: *Los Derechos del Imputado en el Proceso Penal Costarricense*, San José, Tesis de Grado para optar al título de Licenciada, Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica, 1983.

Textos Legales:

Constitución Política de 7 de noviembre de 1949, San José, Imprenta Nacional, 1981.

Constitución Política de 7 de noviembre, Anotada y Concordada por Carlos Manuel Arguedas, San José, Editorial Costa Rica, 1981.

Código Penal y Leyes Conexas; Ley No. 4573 de 7 de mayo de 1970, San José, Librería Lehmann, 2a. edición preparada y actualizada por el Lic. Atilio Vincenzi, 1981.

***Código de Procedimientos Penales*, Ley No. 5377 de 19 de octubre de 1973, San José, Librería Lehmann, 2a. edición preparada por el Lic. Atilio Vincenzi, 1978.**

***Código de Procedimientos Civiles*, Ley No. 50 de 25 de enero de 1933, San José, Impresos Mil Copias, S.A., 1976.**

***Ley General de la Administración Pública*, No. 6227 de 2 de mayo de 1978, San José, Imprenta Nacional, 1983.**

***Ley de Amparo*, No. 1161 de 2 de junio de 1950, reformada por Ley no. 1495 de 9 de agosto de 1952, San José, Editorial Papiro, S.A., 2a. edición, 1983.**

***Ley de Hábeas Corpus*, No. 35 de 23 de noviembre de 1932, San José, Editorial Papiro, S.A., 2a. edición, 1983.**

Convenios Internacionales:

Asamblea Nacional Constituyente, Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, París.

O.N.U. Declaración Universal de los Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948.

Convención Americana sobre Derechos Humanos de 22 de noviembre de 1969.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 16 de diciembre de 1966.

Jurisprudencia:

RAMIREZ, Marina A., y TREJOS, Gerardo A.: *Jurisprudencia Constitucional de 1979-1982*, San José, Imprenta del Poder Judicial, 1982.

Digesto de Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia.

Otras Fuentes:

Apuntes del curso de *Introducción al Derecho*, Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica, 1981.

Apuntes curso de *Derecho Constitucional III*, Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica, 1983.

Programa de Derecho Constitucional III, Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica, 1983.

"RESPONSABILIDAD DE MENORES"

(Análisis de Jurisprudencia).

*Trabajo presentado al
Lic. Luis Baudrit Carrillo
Cátedra de Derecho de Obligaciones
por Francisco Chacón*

I

INTRODUCCION

Me ha correspondido hacer un breve estudio sobre un tema muy amplio como es el de la responsabilidad de menores. Por ello es que he creído conveniente hacer énfasis solamente sobre el tema específico que trata la sentencia que se analizó, este es el de la responsabilidad de los padres por los hechos ilícitos cometidos por sus hijos menores. Dejando así de lado la responsabilidad de tutores, encargados, jefes de colegios y escuelas, amos, etc.

Con este trabajo se ha querido conocer la doctrina que sustenta tal responsabilidad y la legislación en que se ha positivizado, junto con sus caracteres y consecuencias.

Los juristas costarricenses no se han ocupado del tema y la jurisprudencia al respecto es mínima; sin embargo, esto no ha sido óbice para que despierte grandes intereses y controversias importantes. A lo anterior habría que agregar la poca armonía de las diferentes disposiciones legales que llevan a confusiones poco benéficas lo que ha hecho que se intente lograr aquí una interpretación satisfactoria.

El estudio consta de un resumen de la sentencia en donde se resaltan los puntos importantes que nos interesan; un análisis doctrinal que nos da un amplio criterio para entender el alcance de este tipo de responsabilidad; y finalmente tratamos la legislación costarricense intentando darle una interpretación que la integre sistemáticamente; todo ello en relación a las resoluciones de nuestros tribunales.

II

RESUMEN DE LA SENTENCIA NUMERO 55 DE LA SALA DE CASACION DE LAS DIECI-SEIS HORAS QUINCE MINUTOS DEL CATORCE DE MAYO DE MIL NOVECIENTOS SETENTA Y UNO.

—Otón Murillo Mora en representación de su hijo menor Rafael Murillo Barboza contra Antonio Mora Madrigal y María Agüero Jiménez.

1.- PRIMERA INSTANCIA:

HECHOS CIERTOS:

- a) Que en el día seis de junio de mil novecientos sesenta y seis, al venir de la escuela, Marvin Mora, hijo de los demandados, sostuvo un pleito con Rafael Murillo, ocasionándole una lesión en un ojo.
- b) Que Marvin y Rafael tenían 7 y 8 años respectivamente.
- c) Que la Juez Tutelar de Menores tuvo por cometido el delito de lesiones y que a la vez tuvo como autor del mismo al menor Marvin.
- d) Que el menor Marvin, que vivía a 300 metros de la Escuela, iba y regresaba solo a sus estudios sin que sus padres le acompañaran.
- e) Que los padres del menor Marvin no se encontraban presentes en el sitio donde sostuvieron el pleito los menores.
- f) Que los padres de Marvin son conocidos como buenos padres de familia y que su hijo no

puede ser considerado como un hijo problema.

El actor basa sus pretensiones en la disposición del artículo 1047 del C. Civil, que dice que los padres son responsables del daño causado por sus hijos menores de quince años, que habitan en su misma casa.

Ya se ha probado que el menor Marvin fue el autor directo de la lesión y que al tiempo del suceso ésta tenía menos de quince años y vivía en casa de sus padres. Por ello, hay que rechazar la prueba de los demandados con la que se quiere demostrar que ellos no hubieran podido impedir el hecho, aún ejerciendo todo celo y diligencia ordinarios, ya que el art. 1047 no prevé esa salvedad. Esa disposición legal sienta invariablemente la responsabilidad de los padres para con estos hijos menores de quince años, cuando éstos incurran en el hecho dañoso como es el que fundamenta esta demanda.

La prueba ofrecida por la parte demandada se refiere a otro tipo de situaciones, como la de art. 1048, que si libra de responsabilidad civil a los jefes de colegios o escuelas por los daños en que incurran sus discípulos menores de quince años mientras estén bajo su cuidado, y también a los amos por los daños que causen sus criados menores igualmente de quince años, cuando se pruebe que no habrían podido impedir el hecho ni aún con el cuidado y vigilancia común.

El art. 8 de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Tutelar de Menores (LOSTM), expresa que *"la declaratoria de inimputabilidad o de exención de pena en favor de menores prevista en el art. 25 del C. Penal no perjudicará el ejercicio de acción civil contra ellos, por los daños y perjuicios que hubieran causado, siempre que sus alimentos quedaren asegurados conforme a la ley. Estarán también obligados a la indemnización correspondiente los padres tutores o guardadores, cuando se pruebe que habrían podido evitar el daño o que descuidaren notablemente la guarda del menor"*.

Sin embargo, este artículo sólo se refiere a aquellos infantes sordomudos de nacimiento o desde la infancia, no educados y a los que debido al estado de enajenación mental en que se encontraran en el momento del hecho, fueren incapaces de apreciar el carácter delictuoso de sus actos o de dirigir sus acciones.

Ahora bien, si de acuerdo a este art. 8, los padres de estos menores pueden ser responsables de los daños y perjuicios en que hayan incurrido éstos, con mucho más razón responderán los padres de los menores de quince años no incluidos en ese artículo.

En apoyo a las consideraciones anteriores se declara sin lugar la excepción de falta de derecho, opuesta por los demandados, y se acoge el extremo principal de la demanda en el sentido de que los demandados están obligados a indemnizar al menor perjudicado, por los daños y perjuicios causados por el delito de su hijo.

2.- SEGUNDA INSTANCIA.

El señor Juez de Primera Instancia interpretó bien el art. 8 L.O.S.T.M. ya que el Inc. 1o. original del art. 25 C. Penal, que cita la parte demandada, fue precisamente suprimida en razón de que en lo sucesivo todo lo relacionado con el juzgamiento de los hechos cometidos por los menores de diecisiete años se regularía por la legislación Tutelar de Menores y no por la común. Razón por la que no cabe la pretensión de los demandados en que se pide eximirse de responsabilidad porque a ellos no se les probó su descuido o que hubieran podido evitar el daño.

En todo caso, estimando que el párrafo segundo del ya citado art. 8, establece la responsabilidad de los padres, por los hechos delictuosos de sus hijos menores de diecisiete años, será imperativo que, en la especie, respondan los demandados, porque ellos mismos probaron que mandar a su hijo solo a la escuela. Y si eso es así, ellos deben asumir el riesgo de cargar con la responsabilidad por los daños ocasionados por sus hijos, debido al notable descuido sobre la guarda del menor, desde que no pueden los padres, en el acto, corregirlo, reprimirlo o impedir la travesura o falta.

Por otra parte, al tenor del 1047, deben los padres responder ya que ese artículo establece contra los padres una *sólididad o garantía* por los daños culposos que ocasionen sus hijos menores de quince años que vivan en su misma casa, texto que no hace ninguna excepción ni se remite

al párrafo segundo del 1048.

De todas maneras, si fuera aplicable el art. 1048, aún así responderían los aquí demandado, ya que al mandar solo a la escuela al menor de quince años se colocaron en imposibilidad de poder impedir el hecho, por no existir en el momento de cometerse el cuidado y vigilancia común u ordinaria.

En virtud de todo lo expuesto es de rigor confirmar la sentencia de primera instancia.

NOTA DEL MAGISTRADO VALLEJO:

Su desacuerdo radica en que afirma que la responsabilidad a que se refiere el art. 1047, le viene a los padres, no por su calidad de tales, sino como emanación de una culpa in vigilando y que, si ésta no logra demostrarse, resulta improcedente, por falta de causa jurídica, imponerles esa carga.

Este problema ha surgido ya que nuestro legislador dividió en dos (1047-1048), un artículo que otras legislaciones se incluye en uno solo, pues se trata de la doctrina de la culpa extracontractual de terceros.

3.- RECURSO DE CASACION

FUNDAMENTOS

A.- Infracción al art. 8 LOSTM: Según el art. 78 LOSTM se reformó el 3 del C. Penal y como consecuencia de ellos los menores de edad son inimputables penalmente, quedando sometidos a la Jurisdicción Tutelar de Menores.

Si el menor Marvin fue declarado inimputable o exento de pena se cae en las previsiones del art. 8 de la L. O.S.T.M. Y según el párrafo final de ese artículo, corresponderá a la parte actora demostrar que se pudo evitar el daño o que se descuidó notablemente la guarda. En autos consta que eso nunca se demostró y es aquí donde se encuentra la Infracción del citado artículo.

Es una verdadera temeridad afirmar que mandar solo al menor a la Escuela, implica un descuido notable. En Costa Rica, la costumbre, lo común y ordinario es que los hijos vayan y regresen solos a la escuela y ello no es implicativo de que se haya descuidado notablemente la guarda de ellos, puesto que se está haciendo lo que todo un país hace, como es obvio, público y notorio.

Además nunca se demostró que se haya podido evitar el daño.

B.- Infracción del art. 1048, párrafo segundo, en relación con el 1047, ambos del C. Civil: El capítulo del cual forman parte los dos artículos forman un todo armónico con sus respectivas directrices. De ahí que el párrafo segundo del art. 1048, contenga una regla aplicable a todos los casos de responsabilidad de terceros por los daños provenientes de menores.

Deduciéndose de ahí que cuando se pruebe que los hechos no hubieran podido impedirse ni aún con el cuidado y vigilancias ordinarias, cesará la responsabilidad.

La Sala Primera, hace separación de los artículos 1047 y 1048 del C. Civil, tirando por la borda la opinión del maestro Brenes Córdoba, quien afirma que esas obligaciones impuestas a personas extrañas a la falta productora del daño, hallan su fundamento en la suposición de que hubo un descuido de su parte en vigilar debidamente los actos del menor; por eso les es permitido en su descargo probar que no habíá estado en su mano impedir el hecho perjudicial, aún ejercitando el celo y diligencia ordinarios.

Más grave es la falta del fallo recurrido cuando se toma en cuenta que se ha probado por los demandados, que no se pudo evitar el hecho ni aún con la vigilancia común y ordinaria.

4.- RESOLUCION

—La responsabilidad indirecta, recae sobre aquellos que están obligados a responder por las consecuencias civiles del hecho ilícito, en virtud de algún vínculo que los constriñe a cumplir deberes de vigilancia o de educación o de elegir bien a quienes deben ejecutar algún acto por en-

cargo suyo. *"La falta de vigilancia o la mala elección son verdaderas culpas y constituyen otras tantas omisiones en el cumplimiento de nuestros deberes"* (Glogi).

—Los principios de la responsabilidad objetiva, aparecidos en los últimos párrafos del art. 1048, fueron agregados en 1902, cuando ya nuestro legislador había adoptado la doctrina de la responsabilidad subjetiva para regular la obligación indemnizatoria por el hecho propio (1045) y la del hecho ajeno (1047, 1048).

—Como nuestro legislador subrayó el 1047 y el 1048 podría pensarse que se impuso a los padres una responsabilidad sin culpa, por el solo hecho del vínculo de sangre y con la idea de asegurar la reparación del daño. Pero debe notarse que el 1047 se refiere a los *menores que habitan en la misma casa que los padres*, ello sin duda porque sólo así es posible el poder vigilar constantemente a sus hijos.

Se trata, pues, de una responsabilidad subjetiva basada en una presunción de culpa por descuido de los padres, que admite prueba en contrario.

—En el ámbito de los hechos punibles, por su parte, sí no cabe ninguna duda pues claramente se establece que los padres responderán cuando se probare, que habrían podido evitar el daño o que descuidaren notablemente la guarda del menor.

Sí cabe recalcar la diferencia que existe en estos casos en cuanto a la carga de la prueba, ya que el C. Civil la invierte, en virtud de la presunción de culpa que recae sobre los progenitores.

—No se ha ofrecido ninguna prueba sobre el descuido de los demandados, y aunque es verdad que el hecho sobrevino cuando los padres de Marvin no estaban presentes, ello no implica descuido en circunstancias como las del caso en examen.

—Se concluye que la Sala de Instancia interpretó erróneamente los artículos 1047 del C. Civil y 8 de la LOSTM.

—Por tanto se acoge el recurso y se anula el fallo recurrido.

VOTO SALVADO DEL MAGISTRADO FERNANDEZ: Salva su voto por considerar que aunque por regla general en nuestro país, los niños van y vuelven solos a la escuela, ello no exculpa a los padres de la responsabilidad que la ley les impone; al proceder así, asumen el riesgo de cargar con dicha responsabilidad por los daños que los menores causen, cuando se encuentren libres de hacer lo que les plazca, sin que en el acto puedan los padres ejercer la vigilancia debida, para impedir las faltas que puedan cometer.

III

DOCTRINA

1.- RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL

Cuando hablamos de responsabilidad nos referimos a la obligación nacida para quien ha causado un daño a otro, de repararlo.

Pero esta responsabilidad puede tener como antecedente una obligación previa, en cuyo caso estamos ante una responsabilidad contractual. El incumplimiento de un contrato conlleva pues a ese tipo de responsabilidad.

Sin embargo, se puede responder también independientemente de toda convención anterior; la fuente de dicha responsabilidad extra-contractual sería el cometer un hecho ilícito. Así nos dice Colombo:

"La culpa imputable a una persona puede referirse a hechos que nada tienen que ver con un acuerdo de voluntades —como sería, por ejemplo, la lesión producida con un viandante con un automóvil dirigido a alta velocidad— o puede estar íntimamente ligada a un vínculo convencional preexistente, como sería la imposibilidad de cumplir con un contrato de locación porque el propietario, debido a su abandono, no ha puesto el inmueble en condiciones de ser habitado. En el primer caso se está en presencia de la llamada culpa aquiliana o extracontractual; en el segundo de la contractual" (1).

Más adelante nos define qué es la culpa aquiliana afirmando que *"es la violación del derecho ajeno cometido por negligencia del agente fuera de toda relación convencional y que trae como consecuencia la obligación de resarcir el perjuicio ocasionado"*(2).

Además, esta responsabilidad extra-contractual puede provenir de un hecho propio o de un hecho ajeno. Esto podría interpretarse en el sentido de que contraría el principio de que para que una persona pueda ser demandada por su responsabilidad, es necesario que haya causado un daño a otro por su culpa, sin embargo, adelante veremos que esta contradicción no se da.

2.- RESPONSABILIDAD POR HECHO AJENO.

La responsabilidad por hecho propio o culpa subjetiva no acarrea grandes problemas, ya sea que se derive de delito o cuasidelito, y se refieren a *"la responsabilidad de resarcimiento que a un individuo puede sobrevenir a causa de acción u omisión dolosa, o de falta, descuido o imprudencia que a otro causare daño"*(3).

Cosa distinta sucede con la responsabilidad por hecho ajeno en donde la noción tradicional de responsabilidad *"indirecta"* implica, como es sabido, la existencia de un determinado vínculo de sujeción o dependencia (familiar, tutelar, empresarial) de unas personas respecto de otras a las que se imponen ciertos deberes de guarda, tutela, educación o vigilancia con una doble finalidad: primero, para evitar que quien se encuentre en esa situación de sometimiento cause daño a terceros (función preventiva) y después, para proporcionar a las eventuales víctimas, caso de que el daño llegue a producirse, una protección jurídica más amplia y efectiva en orden a su derecho de resarcimiento (función de garantía) (4).

Dentro de este segundo tipo de responsabilidad extracontractual es donde estudiamos la responsabilidad de menores, que a continuación analizaremos.

3.- RESPONSABILIDAD DE MENORES

En nuestro país el menor no tiene capacidad contractual, por ello los actos que personalmente ejecute serán total o parcialmente nulos según, sea menor o mayor de quince años respectivamente.

En materia penal, por su parte, los menores de diecisiete años se rigen por una legislación que tiene características de amparo y tutela y no de sanción(5); en Costa Rica los menores de diecisiete años son penalmente inimputables y se hayan bajo la jurisdicción tutelar de menores.

Sin embargo, el art. 104 del C. Penal establece la responsabilidad civil del incapaz y que subsidiariamente responden los padres, tutores, etc. que hubieren podido evitar el daño o descui-

(1) COLOMBO, Leonardo, *Culpa Aquiliana*, Editorial La Ley, Tercera Edición, Buenos Aires, 1965, Tomo I, pp. 5.

(2) *Ibidem*, pp. 5.

(3) BRENES, Alberto. *Obligaciones y Contratos*, Imprenta Trejos Hermanos, San José, 1923, pp.342

(4) LEON, José María, *La Responsabilidad Civil por los Hechos Dañosos del Sometido a Patria Potestad*, en *Estudios de Derecho Civil*, Ediciones Universidad de Navarra, Pamplona, 1969, pp.269.

(5) *Exposición de Motivos, Código Penal*, Edición preparada por Atilio Vincenzi, San José, 1972, pp.17.

dado sus deberes de guarda. Una disposición semajante se contempla en el art. 8 de la Ley de la Jurisdicción Tutelar de Menores.

El art. 1047 del Código Civil dice que los padres son responsables del daño causado por sus hijos menores de quince años que habiten en su misma casa. En defecto de los padres, son responsables los tutores o encargados del menor.

En lo que a nuestro trabajo concierne nos centraremos solamente al aspecto relacionado con la responsabilidad de menores por los daños ocasionados extracontractualmente.

Evidentemente al ser los padres, tutores, etc. los responsables de los daños provocados por sus hijos menores, pupilos, etc. nos encontramos ante una responsabilidad indirecta o por hecho ajeno, pero ello no nos puede conducir a creer que no ha existido ninguna culpa por parte de los padres, tutores o encargados.

"Las personas declaradas responsables por el hecho ajeno, tales como los padres, las madres, los profesores y los artesanos, sujetos a reparar los daños causados por sus hijos, alumnos y aprendices, tienen normalmente una parte en la realización del perjuicio. Sin duda su hecho (casi siempre vigilancia insuficiente) no es la causa última del daño; esa causa última es el hecho del menor; pero no deja por eso de ser una de las causas del perjuicio que, sin ellos, no se habría realizado. Por eso resulta aquí un poco exagerado hablar de responsabilidad por el hecho ajeno: esas personas no responden por el hecho ajeno, sino por hecho personal"(6).

Tales palabras de Mazeaud y Func son complementadas más adelante, cuando asegura que *"la responsabilidad por el hecho ajeno ampliada de la esfera de las infracciones penales a la de los delitos y cuasidelitos civiles, se basa, entonces, sencillamente, sobre una falta de vigilancia, imputada a la persona declarada responsable"(7).*

Por ello no debe creerse que se trata de una responsabilidad objetiva o por riesgo, la base de la responsabilidad por hecho ajeno no puede ser sino el de la propia culpa del responsable indirecto(8). El responsable por otro ha incurrido en una culpa: ha vigilado mal o ha educado mal al hijo, al aprendiz o al alumno; de esa culpa es de la que responde. Por lo tanto, no está, en realidad, obligado por otro, sino por sí mismo, en razón de su propia imprudencia o negligencia(9).

Colocados los hijos bajo la potestad de los padres, estos están en el deber y en la situación, con la autoridad que la potestad les confiere, de mantenerlos y obligarlos a moverse dentro de los límites del deber y del respeto debido a las personas y a la propiedad ajena. Si los hijos los franquen, esa extralimitación es, en la mayoría de los casos, debida a la falta de vigilancia y cuidado de los padres o a un relajamiento de la moral y de la disciplina del hogar doméstico (10). Lo mismo podemos decir que sucede con los tutores y encargados.

En conclusión, debemos sostener que el fundamento de la responsabilidad de los padres, tutores o encargados ha de encontrarse en la culpa. Ellos responden por sus propias culpas. Por eso sólo son responsables cuando pesa sobre ellos una obligación de vigilancia y pueden librarse de tal responsabilidad demostrando que no han incurrido en culpa alguna (11).

(6) MAZEAUD, H. y L. y TUNC, A., *Tratado Teórico y Práctico de la Responsabilidad Civil Delictual y Contractual*, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1962, Tomo I, Volumen II, pp.466.

(7) *Ibidem*, pp. 467.

(8) COLOMBO, *Op. cit.* pp. 302-303.

(9) MAZEAUD, H., L. y J., *Lecciones de Derecho Civil*, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1960, Parte II, Volumen II, pp. 191.

(10) COLOMBO, *Op. cit.* pp. 328.

(11) MAZEAUD, *Op. cit.*, pp. 197.

4.- REQUISITOS DE LA RESPONSABILIDAD:

A.- Minoridad de Edad. En este sentido la doctrina ha sostenido que los padres, tutores, etc., responden cuando sus hijos son menores de edad. El precepto legal es formal, consecuentemente desde el instante en que el hijo llegue a la mayoría de edad, la presunción de culpa desaparece. Esto es así, incluso cuando siga siendo necesaria una vigilancia del hijo, caso del demente, en donde la víctima deberá probar la culpa de la persona que tenga la carga del mayor (12).

B.- El hijo debe habitar con sus padres: esto es así porque si el hijo se encuentra lejos de la casa paterna su dependencia será menos absoluta y menos directa: el ejercicio del poder del padre está menos asegurado, y su vigilancia es casi ilusoria(13). Por lo tanto, cuando la guarda del hijo ha sido confiada por los tribunales o por los mismos padres a una tercera persona, la responsabilidad de éstos no exista ya (14).

C.- El hijo debe de haber incurrido en culpa: no puede reprochársele a los padres los hechos "normales" cometidos por sus hijos, por ello sólo comprometen la responsabilidad de los padres los actos culposos del hijo(15).

5.- CONTENIDO DE LA PRESUNCION DE RESPONSABILIDAD

En este punto lo que se ha querido dilucidar es, si esa presunción de responsabilidad incluye, no sólo una falta de vigilancia, sino también una falta de educación. Si se presumiera una culpa por su parte en la educación del hijo, hay que permitirles demostrar, por lo tanto, que sí le han dado una buena educación al hijo. Ahora bien, esa prueba sería prácticamente imposible(16). Ejemplo de responsabilidad por mala educación sería el caso de los daños ocasionados por un hijo de mal carácter.

Autores como Mazeaud y Giorgi, sostienen que la presunta culpa contra los padres consiste tanto en una falta de vigilancia, como en una falta de educación (17).

Parte muy importante a destacar es en relación a la carga de la prueba, ya que como se ha considerado que el hecho de que el hijo o menor cometa un acto ilícito se debe a una culpa del padre por su falta de vigilancia o educación, esa culpa se ha transformado en una presunción legal:

"La ley impone al principal la obligación de probar que puso toda la diligencia exigible, colocándole así en una posición jurídica poco favorable, pues si no consigue articular la prueba de descargo no se exime de responsabilidad, por muy diligente que anduviese. Esto puede llevarlo a responder de daños en que no le cabe la menor culpa. La jurisprudencia y la doctrina antigua hacían descansar la responsabilidad del principal en su negligencia in eligendo, custodiando, etc., y daban por supuesto la existencia de culpa, mientras el interesado no aportara pruebas que abonasen otra cosa. La práctica y los autores modernos son harto más exigentes, pues no estiman aportada la prueba de descargo sino cuando se adoptasen todas las precauciones aconsejadas por las circunstancias, aún cuando el hecho

(12) *Ibidem*, pp. 194.

(13) MAZEAUD y TUNC, *Op. cit.* pp. 602.

(14) COLIN, A. y CAPITANT, H., *Curso Elemental de Derecho Civil*, Editorial Reus, Madrid, 1960, Tomo III, pp. 816.

(15) MAZEAUD, *Op. cit.* pp. 196.

(16) MAZEAUD y TUNC, *Op. cit.* pp. 611.

(17) MAZEAUD, *Op. cit.*, 187.

de omitirlas no suponga precisamente una culpa en el principal”(18).

Esto, aplicable al cabeza de familia, significa que para eximirse de responsabilidad debe probar que desplegó toda la diligencia, que de él era exigible para vigilar a las personas causantes del mal(19).. El probar que ha sido imposible impedir un hecho, no significa sino evidenciar que se han tomado todos los recaudos requeridos para evitar el acto, o dicho en otras palabras, que se han cumplido todos los deberes impuestos por la ley a quienes detentan la patria potestad(20).

Esa diligencia que el padre debe emplear ha de valorarse en relación con el caso concreto; no eximirá de culpa, por ejemplo, el haber esmerado la educación del hijo si en el caso concreto no le impidió, pese a su corta edad, poseer un arma de fuego que originara graves consecuencias(21).

La vigilancia activa ha de entenderse, pues, como el conjunto de medidas y cuidados que reclaman los menores de acuerdo con su edad y la educación recibida. Ella variará de una familia a otra y según las circunstancias, puesto que no podrá ser igual en el campo que en la ciudad, en un lugar libre de acehanzas peligrosas que en otro expuesto a toda clase de peligros, etc.(22). Han de tomarse en cuenta algunas circunstancias particulares de la causa y basarse sobre todo en los usos, necesidades de la vida, así como también sobre la edad y sobre el carácter del que depende de la autoridad del cabeza de familia (23).

Por otra parte, el probar que hubiera sido imposible evitar el hecho, debido a la ausencia del padre, no es suficiente para eximirse de responsabilidad, pues ello dependerá más bien de las circunstancias que antes apuntábamos, edad, duración de la ausencia, etc. Al respecto nos apunta Giorgi:

“Ciertamente, la imposibilidad no puede confundirse con el no haber estado presente; porque si el padre con su comportamiento anterior, hubiera dado al hijo medios de cometer más fácilmente el hecho ilícito, sería absurda pretensión suya la de excusarse con el no haber estado presentes. Antes bien, diremos con Pothier que la ausencia en el momento del hecho será casi siempre necesaria para excusar al padre, porque se presume que los padres habrían podido impedir el delito cuando este se cometiese en su presencia. Pero la ausencia no basta a excusarlo; es necesario que la ausencia misma no constituya una culpa. Además, es también necesario que el padre o la madre no puedan ser tachados de ninguna otra culpa anterior, sea de mala educación, sea de imprevisión o de descuido en el ejercicio de la patria potestad”(24).

Queda así resumida, cual es la doctrina que ha fundamentado la responsabilidad de los padres por los hechos ilícitos de sus hijos menores. Dicha doctrina es aplicable también en los casos de tutores y encargados.

Sin embargo, como veremos a continuación, no es posible afirmar que ésta ha sido adoptada en su totalidad por nuestra legislación. La creencia de lo contrario ha podido llevar a errores a la hora de interpretar dichas normas.

(18) TUHR, A., *Tratado de las Obligaciones*, Editorial Reus, Primera Edición, Madrid, 1934, Tomo I, pp. 286.

(19) *Ibidem*, pp. 286.

(20) COLOMBO, *Op. cit.*, pp. 341.

(21) ENNECCERUS, Ludwig, *Derecho de Obligaciones*, Editorial Bosch, Barcelona, 1966, Tercera edición, Volumen II, Parte II, pp. 1127.

(22) COLOMBO, *Op. cit.* pp. 343.

(23) Sentencia citada por MAZEAUD y TUNC, *Op. cit.*, pp. 523.

(24) GIORGI, Jorge, *Teoría de las Obligaciones*, Editorial Reus, Madrid, 1929, Volumen V, pp. 402.

IV

NUESTRA LEGISLACION: SU INTERPRETACIONE INTEGRACION

Para la regulación de estas situaciones han de tomarse en cuenta diversas disposiciones legales, que es conveniente transcribir textualmente para su mejor entendimiento:

a) Ar. 1047 Código Civil.

"Los padres son responsables del daño causado por sus hijos menores de quince años que habiten en su misma casa. En defecto de los padres, son responsables los tutores o encargados del menor".

b) Art. 8 L.O.J.T.M.:

"La declaratoria de inimputabilidad o de exención de pena en favor de menores prevista en el artículo 25 del C. Penal no perjudicará el ejercicio de la acción civil contra ellos, por los daños y perjuicios que hubieren causado, siempre que sus alimentos quedaren asegurados conforme a la ley. Estarán también obligados a la indemnización correspondiente los padres, tutores o guardadores, cuando se probare que habrían podido evitar el daño o que descuidaron notablemente la guarda del menor".

c) Art. 25 Código Penal de 1941:

"Estarán exentos de pena y sujetos a las medidas de seguridad aplicables según lo dispuesto en el Capítulo V del Título III de este libro:

1) El sordomudo de nacimiento o desde la infancia no educado; y

2) El que debido al estado de enajenación en que se encontrare en el momento del hecho, fuere incapaz de apreciar el carácter delictuoso de su acto o de dirigir sus acciones".

d) Art. 104 Código Penal vigente:

"En los casos de inimputabilidad, subsiste la responsabilidad del incapaz, siempre que queden asegurados sus alimentos o los gastos que ocasione su internamiento y de ella serán subsidiariamente responsables sus padres, tutores, curadores o depositarios que hubieren podido evitar el daño o descuidado sus deberes de guarda".

Del Art. 1047 C. Civil podemos deducir varias consecuencias:

—En primer lugar, que el legislador consagró una responsabilidad objetiva a los padres, tutores y encargados por los daños causados por sus hijos y pupilos menores de quince años.

Es cierto que nuestra legislación se inspiró en la legislación y doctrina francesa, pero ello no puede implicar que indefectiblemente lo ha incorporado en su totalidad a nuestro ordenamiento.

Y es más bien el hecho de que se conociera esa doctrina y su aplicación en el Código Francés en un solo artículo, lo que nos ha de llevar a pensar que su positivación en Costa Rica en dos artículos diferentes fue hecha adrede

Fue hecha adrede porque se quiso dejar patente, que los padres siempre responderían por esos hechos. Confirmación de lo anterior es haber bajado a quince años, lo que los otros ordenamientos reglaban con diecicho o veinte o más años.

Se disminuyó la edad, para hacer menor la posibilidad de que los padres tuvieran que responder objetivamente.

Además está inherente en el sentir popular costarricense el que los padres siempre se responsabilizan de los daños causados por sus hijos; en ese sentido la norma lo que hace simplemente

te es postivizar algo que de hecho se vive en nuestra sociedad.

El artículo 1047 no hace ninguna excepción y por ello comparto las decisiones de primera y segunda instancia en ese sentido.

—La única atenuación que sí hace nuestro ordenamiento es la de exigir que habiten en su misma casa.

De la relación de los artículos 8 LOJTM y 25 C. Penal de 1941 podemos concluir que, como lo dice el Juez de Primera Instancia, estos artículos tan solo son aplicables, cuando el menor de edad es sordomudo o incapaz mental.

En estos casos hay una responsabilidad solidaria del padre, tutor, etc. cuando se probare que el daño se hubiera podido evitar, o que faltó alguna diligencia.

Nótese que la carga de la prueba corresponde al accionante y que si la prueba no se lleva a cabo el único responsable será el menor, guardándosele claro los alimentos.

Habría que resaltar que aquí se habla de menores de edad y no de menores de quince años, razón por la cual hemos de decir que este art. 8 se aplica a los sordomudos e incapaces mayores de 15 y menores de 17, siéndoles aplicable el 1047 a los menores de 15 años en general.

El art. 104 del C. Penal que es similar al 11 del C. Penal de 1941, establece la responsabilidad subsidiaria de los padres, tutores, etc. de los menores de 17 años pero mayores de 15, cuando se probare que el daño se hubiera podido evitar o se hubieren descuidado sus deberes de guarda.

La anterior interpretación, nos daría una escala descendente de responsabilidad que esquemáticamente se reflejaría así;

<u>CONDICIONES</u>	<u>RESPONSABILIDAD DE LOS PADRES</u>
1) Padres de menores de 15 años (sean sordomudos, incapaces o normales) que habitan en su misma casa.	Responsabilidad Objetiva
2) Padres de menores de 17 pero mayores de 15 que sean sordomudos o incapaces.	Responsabilidad Solidaria sin presunción de culpa.
3) Padres de menores de 17 pero mayores de 15 que son normales	Responsabilidad Subsidiaria sin presunción de culpa.

Una interpretación diferente nos llevaría a errores como el cometido por la Sala de Casación, que al querer aplicar el art. 1047 C. Civil y el 8 LOJTM en forma conjunta, tuvieron que resolver dejando la carga de la prueba para el accionante, contradiciendo en esa forma la doctrina a que ellos habían apelado para interpretar "sistemáticamente" los artículos 1047 y 1048 del C. Civil.

Si ellos quisieron entender el significado de esos artículos como un todo armónico, con base en la doctrina y legislación francesa, entonces debieron también presumir la culpa de los padres y obligar a éstos a demostrar su diligencia y celo. Y no como sucedió en el presente caso, en que al seguir lo dispuesto por el art. 8 LOJTM, se hizo recaer la carga de la prueba en los demandantes (punto V de los considerandos).

Lo primero que hay que hacer para resolver un caso de éstos, es delimitar claramente el campo de acción sobre el cual recaerán los diferentes artículos, porque es imposible aplicarlos conjuntamente sin cometer contradicciones.

En ese orden de ideas ha de decirse que el art. 8 LOJTM no es aplicable a este caso, como tampoco lo es el art. 104 del C. Penal (o 133 del C. Penal anterior). Ello porque el menor que cometió el hecho ilícito es un menor de quince años, siendo sus padres responsables de todos los daños que éstos cometan mientras habiten la misma casa.

Incluso con una interpretación como la que se quiso hacer, relacionando los art. 8 LOJTM ni el 104 C. Penal ya que con aquella la culpa se presume, presunción legal que no establecen estos últimos artículos.

Para finalizar, he de decir que la única forma posible que veo para integrar esas diversas disposiciones, es dándole a ellas la interpretación que antes se explicó.

V

CONCLUSIONES

Luego del análisis de la sentencia y haciendo la necesaria relación con la doctrina y la legislación correspondiente, se deducen las siguientes conclusiones:

1. El legislador costarricense, aunque inspirado en la legislación y doctrina francesas no incorporó en forma exacta las disposiciones referentes a la responsabilidad de menores.
2. Antes bien, señala en el art. 1047 del C. Civil una especie de responsabilidad objetiva por los hechos dañosos cometidos por sus hijos menores de quince años, que vivan en su misma casa.
3. El art. 8 LOJTM no es aplicable en los casos de menores de quince años sino sólo en aquellos casos en que se es menor de 17 y mayor de 15 siendo éste sordomudo o incapaz. Aquí la carga de la prueba será para el accionante y los padres, tutores, etc. responden solidariamente.
4. En los casos de menores normales que sobrepasen los 15 años, pero que no alcancen los diecisiete, es aplicable el artículo 104 del C. Penal. Aquí la carga de la prueba también es del accionante y los padres, tutores, etc. responderían subsidiariamente.
5. Aún interpretándose que el 1047 C. Civil establece una culpa subjetiva, ésta ha de presumirse, quedando los padres y tutores, etc., del menor de 15 años obligados a probar su inculpatibilidad.

BIBLIOGRAFIA

BRENES, Alberto *Obligaciones y Contratos*. Imprenta Trejos Hermanos, San José, 1923.

CODIGO CIVIL

CODIGO PENAL (1941).

CODIGO PENAL VIGENTE

COLIN y CAPITANT, *Curso Elemental de Derecho Civil*, Editorial Reus, Madrid, 1960.

COLOMBO, Leonardo. *La Culpa Aquiliana*. Editorial La Ley, Tercera Edición, Buenos Aires, 1965.

ENNECCERUS, Ludwig. *Derecho de Obligaciones*, Editorial Bosch, Tercera Edición. Barcelona, 1966.

***Estudios de Derecho Civil*, Editorial Universidad de Navarra, Pamplona, 1969.**

GIORGI, Jorge, *Teoría de las Obligaciones*, Editorial Reus, Madrid, 1929.

Ley Orgánica de la Jurisdicción Tutelar de Menores.

MAZEAUD, H.L. y J. , *Lecciones de Derecho Civil*, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1960.

MAZEAUD, H. y L. y TUNC, A., *Tratado Teórico y Práctico de la Responsabilidad Civil Delictual y Contractual*, Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires, 1962.

Sentencia de Sala de Casación, No.55, 16:15 horas, 14 mayo, 1971.

TUHR, A., *Tratado de las Obligaciones*, Editorial Reus, Primera Edición, Madrid, 1934.

CAUSAS EXIMIENTES DE RESPONSABILIDAD DE LA ADMINISTRACION PUBLICA

*Trabajo presentado al Prof. Dr. Rafael González B.
Cátedra de Derecho Administrativo III
por Jorge A. Hidalgo V.*

"Conviene romper ya la identificación entre generosidad y progreso, porque la concesión de una indemnización no significa siempre progreso social sino, con harta frecuencia, ventaja individual obtenida a costa de la sociedad entera. Mala cosa es, por tanto, enfocar el tema de la responsabilidad del Estado con un planteamiento ideológico, teñido de ordinario, de parcialidad y demagogia. Es muy fácil contraponer el Poder al ciudadano y colocar a éste en posición de víctima, que debe ser protegida a ultranza. Porque en ocasiones no es así y el Poder opera de hecho como un simple instrumento de algunos ciudadanos privilegiados que viven en él y de él y que son cabalmente quienes se benefician de la denunciada generosidad" (1).

INTRODUCCION

Se pretende en este escrito establecer las principales características de las causas eximientes de la responsabilidad de la Administración Pública y, cómo para ello es necesario recurrir al Derecho Privado, sin desviarse de la teoría administrativa.

Se plantea el problema y la solución al ¿Por qué se excluye el caso fortuito como causa eximente?

Se utiliza para el desarrollo de estos planteamientos no sólo la doctrina privada y pública, sino también la legislación y jurisprudencia conexas a los mismos.

CAPITULO I

APLICACION DEL DERECHO CIVIL EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO

A pesar del desarrollo evolutivo del Derecho Administrativo, éste se ofrece en una amplia variedad de normas jurídicas (leyes, reglamentos, órdenes, circulares) de contenido muchas veces incompleto, de modo que se hace necesario recurrir a los principios jurídicos reconocidos como fuentes para completar la base jurídica de la actividad administrativa.

Así lo manifiesta la Ley General de la Administración Pública (L.G.A.P.) al expresar en su artículo 7º:

(1) NIETO, Alejandro. *Responsabilidad Civil de la Administración Pública*. Revista del Seminario Internacional de Derecho Administrativo, San José, Costa Rica, 1981, págs.574 y 575.

"Las normas no escritas —como la costumbre, la jurisprudencia y los principios generales del Derecho— servirán para interpretar, integrar y delimitar el campo de aplicación del ordenamiento escrito y tendrán el rango de la norma que interpretan, integran y delimitan".

Sin embargo, esta posible insuficiencia de conceptos, si se tiene un concepto claro de qué es el Derecho Público, cosa que en muchos casos no es frecuente entre nuestros juristas y jueces, que han sido educados en modo predominante dentro de las nociones del Derecho Civil,

"notándose la marcada tendencia entre ellos a encajar a como haya lugar las instituciones del Derecho Administrativo en las tradicionales de la legislación civil" (2).

Esa inclinación puede producir deformaciones que no solamente interesan desde el punto de vista teórico, sino que se traduce en consecuencias perjudiciales, pues tratan de regir la vida del Estado por las normas que rigen las relaciones entre los particulares, es subordinarlo al cumplimiento de condiciones que son un obstáculo para la eficaz satisfacción de las necesidades colectivas y la consecución correcta de la justicia. Por esto vemos cómo hoy en día se habla de la necesidad de crear una jurisdicción especial denominada de la función pública así como una jurisdicción penal - administrativa (3).

La L.G.A.P. ha previsto esta problemática; expresa su artículo 9:

"1. El ordenamiento jurídico administrativo es independiente de otros ramos del derecho. Solamente en el caso de que no haya norma administrativa aplicable, escrita o no escrita, se aplicará el derecho privado y sus principios".

Reafirma la ley la autonomía del Derecho Administrativo frente al Derecho Civil, pero no deja de lado la posible aplicación de éste.

Así,

"... que el derecho de la responsabilidad administrativa sea, esencialmente, es decir, en las condiciones de la aplicación de la responsabilidad, diferente del derecho privado de la responsabilidad. Nada impide por el contrario, que en cuestiones de técnica secundaria puedan producirse comparaciones cuando los problemas se plantean, de hecho, en los mismos términos, lo que, en el caso de estos problemas secundarios, es posible" (4).

CAPITULO II

EL CASO FORTUITO Y LA FUERZA MAYOR

Dentro del Derecho Privado son causas eximentes de responsabilidad del obligado tanto el caso fortuito como la fuerza mayor, según lo establece el artículo 702 del Código Civil:

-
- (2) CASTRO, Manuel, *La prescripción y su renuncia en Derecho Administrativo*. Revista de Ciencias Jurídicas No.8, noviembre, 1966, San José, pág. 103.
 - (3) ROJAS FRANCO, José Enrique. *Teoría general de la responsabilidad pública*. Academia Nacional de Derecho Público, Litografía LIL, San José, 1983, pág. 17.
 - (4) BENOIT, Francis, *El Derecho Administrativo Francés*. Instituto de Estudios Administrativos, Madrid, 1977, pág. 826. En el mismo sentido ver: GARRIDO FALLA, Fernando. *Tratado de Derecho Administrativo*. Vol. II, Centro de Estudios Constitucionales, Sexta Edición, Madrid, 1982, pag. 241.

"El deudor que faltare al cumplimiento de su obligación sea en la sustancia, sea en el modo, será responsable por el mismo hecho de los daños y perjuicios que ocasione a su acreedor, a no ser que la falta provenga de hecho de éste, fuerza mayor o caso fortuito".

No es así en el ámbito del Derecho Administrativo de nuestro país, donde se ha excluído taxativamente el caso fortuito como eximente de responsabilidad a favor de la Administración Pública según está establecido en el artículo 190 de la Ley General de Administración Pública (L.G.A.P.):

"La Administración responderá por todos los daños que cause su funcionamiento legítimo o ilegítimo, normal o anormal, salvo fuerza mayor, culpa de la víctima o hecho de un tercero".

Una parte importante de la doctrina ha sostenido que ambos conceptos jurídicos son equivalentes y, por lo tanto innecesarios enumerar ambos en los articulados de las leyes. Sostienen, que basta con enumerar uno solo de ellos, para que los acontecimientos que ambos encierran queden contemplados como causas eximientes de responsabilidad(5). Sin embargo, nuestro Código Civil, parece ser, hizo una diferencia no especificada al establecer en el artículo 703 dos condiciones especiales en las cuales el caso fortuito desaparece como causa eximente de responsabilidad y, no así, la fuerza mayor. Casos estos que son cuando el deudor ha contribuído al caso fortuito o expresamente lo ha aceptado. Esta normativa, parece reflejar el ámbito doctrinario en el cual sí se establecen diferencias sustanciales entre ambos conceptos jurídicos, existiendo varias teorías que tratan de delimitarlas (6), las cuales se hace necesario enunciar seguidamente.

CAPITULO III

RASGOS DIFERENCIALES ENTRE EL "CASO FORTUITO" Y LA "FUERZA MAYOR" EN EL DERECHO CIVIL

A. SEGUN EL ORIGEN O CAUSA DEL EVENTO IMPEDITIVO

Esta posición tiende al origen o causa del hecho, considerando como caso fortuito aquel que sobreviene por accidentes de la naturaleza y como fuerza mayor la que se produce por la interferente actuación de un tercero. Así si el hecho es ajeno a la voluntad humana y proviene de causas naturales, como el terremoto, la tempestad, la lluvia, la inundación, la muerte, etc., y, los hechos de los animales de que el deudor no sea responsable, se llama caso fortuito; si procede del hecho de un tercero, no imputable al deudor, sea legítimo, como una disposición de carácter público, o sea ilegítimo, como el robo, se denomina fuerza mayor (7). También Manresa sostiene que, la diferencia entre las dos especies estriba en que el caso fortuito como tal, es independiente, no sólo de la voluntad del deudor, sino de toda voluntad humana; la fuerza mayor procede de un acontecimiento inevitable, o del acto, legítimo o ilegítimo, de persona distinta de quien la reclama-

(5) ROJINA VILLEGAS, Rafael. *Compendio de Derecho Civil*. Editorial Porrúa, S.A., octava edición, Tomo III, México, 1978, pág. 380.

BOULANGER, Jean, *Tratado de Derecho Civil*, Ediciones La Ley, Tomo V, Buenos Aires, Argentina, pág. 108.

BRENES CORDOBA, Alberto, *Tratado de las Obligaciones y Contratos*, Imprenta Trejos Hnos., San José, 1923. pág. 93.

(6) ROJINA VILLEGAS, Rafael *Op. Cit.* págs. 379 y 380.

(7) NIETO SOTO, Francisco. *El Caso Fortuito y la Fuerza Mayor*. Ediciones Nauta, Barcelona, España, 1966, pág. 21.

ma, que supone para ésta la imposibilidad de haber cumplido su obligación (8).

B. SEGUN QUE EL EFECTO DEL HECHO RECAIGA SOBRE LA PRESTACION O SOBRE LA PERSONA DEL DEUDOR.

Esta concepción busca la línea delimitadora, atendiendo a quién recibe de un modo directo o inmediato los efectos del hecho extraño; en el caso fortuito es la prestación misma la que se resiente, mientras que en la fuerza mayor es la persona del deudor la inmediatamente afectada por el acontecer insólito. La fuerza mayor acusa violencia ejercida sobre la persona; se dice que ha estado sometida a fuerza mayor aquél que, por efecto de dicha violencia, se halló en la imposibilidad de cumplir una determinada actuación. Pero el caso fortuito tiene lugar muchas veces sin fuerza, ni presión alguna sobre la persona, sino sólo sobre la prestación o la cosa a la que la obligación se refiere (9).

C. ATENDIENDO AL GRADO DE EVITABILIDAD DEL SUCESO

Siguiendo un criterio subjetivista esta posición centra la distinción en el grado de vencibilidad o evitabilidad del acontecimiento, encajando el concepto de fuerza mayor para aquellos sucesos que vienen a irrumpir en el área obligacional, representando, por sí mismos, obstáculos invencibles para el desarrollo y ejecución del convenio o de la actividad debida; mientras que el caso fortuito implica un impedimento no absolutamente insuperable, sino en atención a las circunstancias. El caso fortuito significa así, la imposibilidad relativa de cumplimiento o ejecución de determinada actividad por parte de sujeto obligado a ello, la que éste no ha podido impedir considerado en sí mismo como "un buen padre de familia"; pero que, con una voluntad mejor armada, mejor preparada, hubiera podido impedir; es lo que los alemanes llaman impotencia del deudor: unvermogen(10). Así, siguiendo esta teoría el caso fortuito supone el fracaso de las medidas correctamente exigibles tomadas por el sujeto obligado a ello; en cambio, la fuerza mayor existe cuando el hecho excede en absoluto de las normas de previsibilidad.

D. SEGUN SEA EL HECHO INHERENTE A LA ACTIVIDAD DEL OBLIGADO O ABSOLUTAMENTE EXTRAÑO A LA MISMA

Según esta posición los hechos integrantes del caso fortuito, aunque se confíe, implícitamente en su no concurrencia, suelen o deben ser tenidos en cuenta en el curso normal de la vida, son eventos connaturales, aunque esporádicos, a la actividad empresarial, industrial, o de servicio, en que acaecen. La fuerza mayor deriva de un hecho totalmente extraño a dicho círculo de actividad, el cual se presenta de un modo inesperado, violento, insuperable.

"De un modo simplista podría reducirse a la fórmula: caso fortuito igual a obstáculo interno, fuerza mayor equivale a obstáculo externo, extraño" (11).

Así, el caso fortuito señala los hechos ciertamente imprevisibles (12), pero éstos considera-

(8) MANRESA. *Comentarios al Código Civil Español.*, Editorial Reus, Madrid, 1950, Tomo VIII, Vol. I, 5 edición, pág. 205.

(9) NIETO SOTO, Francisco, *Op. Cit.*, pág. 22.

(10) COLIN Y CAPITANT. *Curso Elemental de Derecho Civil.* Traducción y notas de De Byen, Editorial Reus, Madrid, España, 1951, Tomo III, pág. 27.

(11) NIETO SOTO, Francisco, *Op. cit.*, pág. 25.

(12) BRENES CORDOBA, Alberto, *Op. cit.*, pág. 911.

dos en el momento concreto en que ocurran, ya que, no son imprevisibles del todo en términos generales, en cuanto son inherentes al riesgo de la situación, industria, empresa o servicio; en cambio, la fuerza mayor sería aplicable sólo cuando se produjeran hechos que no tuviesen ninguna relación necesaria con la situación en que se hallase el obligado, la empresa, la industria o el servicio(13).

CAPITULO IV

RASGOS DIFERENCIALES ENTRE EL CASO FORTUITO Y LA FUERZA MAYOR EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO

Existen causas determinadas por las cuales se puede establecer que entre caso fortuito y fuerza mayor se presentan diferencias importantes dentro de la teoría del Derecho Administrativo. Sin embargo, no toda la legislación y doctrina se avoca a este tema, por el contrario, lo da por obvio, al considerar caso fortuito y fuerza mayor como conceptos jurídicos sinónimos aplicados a las mismas situaciones de hecho y consecuentemente, productores de los mismos efectos jurídicos. Sin embargo, sí pueden encontrarse diferencias, no sólo conceptuales, sino también importantes en el momento de la aplicación práctica de uno u otro concepto jurídico en cuestión. Diferencias que se han presentado tanto en la doctrina minoritaria como en la legislación y jurisprudencia (como la española, por ejemplo).

A. CONCEPTO DE "CONSERVACION NORMAL"

La noción de "conservación normal" aplicada en el Derecho Administrativo francés puede dar, aplicando nociones y principios del Derecho Privado, rasgos diferenciadores entre el caso fortuito y la fuerza mayor. Cuando el hecho causante de los daños que se pretenden imputar a la Administración, es debido al estado ruinoso de la obra,

"... en semejante caso, la jurisprudencia administrativa apela esencialmente a la noción de "conservación normal": existe responsabilidad si se prueba que el accidente es debido a un defecto de conservación normal" (14).

Entendiendo por esta última el conjunto de operaciones que el estado aparente de la obra, debía incitar al dueño (El Estado) de la misma a emprender o realizar, para mantener esta obra en su estado conforme a su afectación (15). Así por ejemplo, si una viga de un edificio público es corroída por una filtración de agua, pero cuando nada revelaba exteriormente este hecho, la Administración no será responsable de los daños que su eventual destrucción acarrearía (16). Según la jurisprudencia del Consejo de Estado francés, la carga de la prueba correspondería a la Administración Pública. El particular con sólo probar el daño sería indemnizado (17).

Atendiendo a este concepto, se podría diferenciar análogamente el caso fortuito y la fuerza mayor de acuerdo con la teoría del grado de evitabilidad del suceso (18) identificando, en el tan-

(13) PUIG BRUTAU. *Fundamentos de Derecho Civil*. Editorial Bosch, Barcelona, España, 1959, Tomo II, Vol. II, pág. 444.

(14) BENOIT, Francis Paul, *Op. cit.*, pág. 849.

(15) *Ibidem*, pág. 850.

(16) *Ibidem*, pág. 851.

(17) *Ibidem*, pág. 851.

(18) Ver Capítulo III, Punto C.

to que se pruebe, la noción de "conservación normal" como causa eximente de la fuerza mayor, ya que se aplicaría esta noción cuando el hecho productor del daño (corrocción de la viga, *supra*) excede en absoluto de las normas de previsibilidad que el obligado, El Estado, ha tomado con toda diligencia y buen proceder.

B. POR APLICACION DE LA TEORIA DEL RIESGO

En el funcionamiento o prestación de los servicios públicos directa o indirectamente prestados por la Administración, como su titular, ésta debe asumir los daños resultantes del riesgo creado, en interés de la realización de estos servicios públicos, con independencia de toda culpa objetiva o subjetiva con base en la teoría de la responsabilidad por riesgo,

"en que necesariamente hay que determinar la relación entre causa y efecto, sea entre el perjuicio y la actividad que lo produjo. De esta forma, a pesar de que la actividad haya sido correcta el ente público es responsable por haber creado el riesgo que ocasionó el daño o perjuicio" (19).

Pues bien, a los efectos de la doctrina del riesgo el caso fortuito se define, justamente, por contraposición a la *vis maior* y se caracteriza por dos notas esenciales, la indeterminación y la interioridad, cuyos contrarios, la determinación irresistible y la exterioridad, singularizan a aquélla (20). Siendo estas dos notas esenciales de la fuerza mayor, las formuladas por la teoría del hecho inherente a la actividad del obligado o absolutamente extraño a la misma (21), así como también señala esta necesaria exterioridad e irresistibilidad el Dr. Rojas Franco cuando define la fuerza mayor como sinónimo de acontecimiento extraño, imprevisible, e irresistible (22). Notas características que observa también Alessi para que se dé la exoneración de responsabilidad de la Administración, que en el caso del Ordenamiento Jurídico Italiano, se aplican al concepto de caso fortuito, pero excluyéndose la fuerza mayor como causa de exoneración. Es más que todo una cuestión terminológica, los elementos sustanciales que conforman la causa de exoneración son los mismos: exterioridad e irresistibilidad, cuando aquél expresa:

"Hemos dicho anteriormente que el artículo 2051 excluye la responsabilidad únicamente en el caso de que el daño que se vive de la cosa se haya debido a caso fortuito, es decir, a un evento exterior, imprevisible, extraño tanto al sujeto responsable como a la cosa fuente del daño" (23).

Así, la indeterminación característica del caso fortuito supone siempre que el motivo o causa del hecho productor del daño es del todo desconocido. Como decía Hauriou se trata de una "falta de servicio que se ignora" (24). El elemento esencial, es pues, el de interioridad del evento en relación a la empresa o servicio en cuyo seno se presenta el daño,

(19) ROJAS FRANCO, José Enrique, *Op. cit.*, pág. 11.

(20) GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo; FERNANDEZ, Tomás Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*. Editorial Civitas, S.A., Madrid, 1977, Tomo II, pág. 335.

(21) Ver Capítulo III, punto D.

(22) ROJAS FRANCO, José Enrique. *Op. cit.*, pág. 11.

(23) ALLESI, RENATO, *Instituciones de Derecho Administrativo*. Casa Editorial Bosch, Barcelona, España, 1970, pág. 323.

(24) Citado por GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo, *Op. cit.*, pág. 335.

"Se trata de un evento directamente conectado al objeto dañoso, a su constitución, a su naturaleza íntima, al funcionamiento mismo de la empresa o servicio que integra ese objeto" (25).

Como ya se ha notado, estos elementos faltan, por el contrario en la fuerza mayor la que se identifica por una causa extraña,

"exterior en relación al objeto dañoso y a sus riesgos propios, ordianariamente imprevisibles en su producción y, en todo caso, absolutamente irresistible, aún en el supuesto de que hubiera podido ser previsto" (26).

CAPITULO V

POSICION DE LA LEY GENERAL DE ADMINISTRACION PUBLICA

Como quedó establecido en el Capítulo II nuestra L.G.A.P. en su artículo 190, excluye el caso fortuito como eximente de responsabilidad de la Administración. Los pensamientos jurídicos que se han venido exponiendo, contienen, a mi juicio, la razón de este hecho.

Las actas en las cuales consta la discusión de esta ley en la Asamblea Legislativa en el punto 24 a) página XXXVI expresan:

"Se establece el principio general de la responsabilidad de la Administración, salvo fuerza mayor, culpa de la víctima o hecho de un tercero, con lo que se equipara la Administración al patrono del derecho común para estos efectos, y por similares razones de espíritu tutelar" (27)

Es la última parte, en que se equipara la Administración al patrono, la que da motivo para deducir que el caso fortuito se excluyó por principio y no por mera idoneidad de concepto con la fuerza mayor. Antes de la entrada en vigor de la L.G.A.P., la legislación aplicable a la responsabilidad de la Administración se centraba en los artículos 1045 y 1048 del Código Civil, siendo de éste último de donde nace esa equiparación de la Administración al patrono común, el cual, a tenor del párrafo cuarto y quinto de dicho artículo es responsable por hecho ajeno en virtud no solamente de una presunta culpa in ligendo o in vigilando, sino en atención a los nuevos riesgos que conlleva la actividad desplegada por el empresario o persona explotadora de vehículos automotores o máquinas motrices, por el hecho puro y simple del daño causado, salvo prueba de fuerza mayor o culpa de la víctima, excluyéndose del artículo el caso fortuito.

"El que está puesto a cargo del empresario, que así no quedaría liberado aún si demostrase no haber incurrido en culpa alguna, ni él ni su dependiente, mientras no probara la fuerza mayor" (28).

A pesar de que ésta última es, dentro del Derecho Civil causa genérica de exculpación, sin importancia liberadora dinámica, según expresa el Lic. Eduardo Ortiz.

(25) GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo; FERNANDEZ, Tomás Ramón, *Op. cit.*, pág. 335.

(26) *Ibidem.*

(27) Actas de la Asamblea Legislativa sobre la discusión de la Ley General de la Administración Pública. Fotocopias facilitadas por la Lic. Maruja Chacón Pacheco.

(28) ORTIZ ORTIZ, Eduardo, *La Responsabilidad del Estado en Costa Rica*. Revista de Ciencias Jurídicas No.1, San José, Costa Rica, 1963, págs. 140-141.

“en el caso de una muy específica razón, que es la necesidad de un vínculo causal entre el hecho y el daño, que sea particularmente concreto y definido, para fundar la responsabilidad estatal” (29).

Siguiendo de esta forma la teoría del riesgo antes enunciada, cuya aplicación, como se demostró, genera necesariamente una diferenciación entre el caso fortuito y la fuerza mayor, ya que, de no hacerse se podría caer en un amplio margen de irresponsabilidad estatal al caer la Administración en la posibilidad de argumentar el caso fortuito, como causa eximente entendida como hechos connaturales, inherentes a los servicios públicos mismos. Posibilidad que debía quedar definitivamente excluida no sólo, en pos de evitar un errado pronunciamiento judicial, sino también con el fin de no motivar contradicción con la doctrina seguida por la L.G.A.P.: la aplicación de la teoría del riesgo, la que, reitero, excluye como causa eximente el caso fortuito.

El seguimiento de esta teoría se desprende de las mismas actas de discusión de la ley mencionada cuando expresan:

“El principio determinante del régimen de responsabilidad que se propone es la concepción de la Administración como un riesgo social cuyos resultados lesivos han de correr por cuenta de ella y no de aquél que, siendo más pobre y, en todo caso extraño a la causa, debe estar garantizado contra todo daño proveniente de causas y de intereses extraños a su vida y a su acción” (30).

De esta forma, si se hubiera querido equiparar los términos jurídicos en cuestión debió haberse establecido, ya que, si uno de los principales gestores de la ley, como el Lic. Ortiz, los diferenciaba años antes de su promulgación y basado precisamente, por la teoría de responsabilidad acogida por la ley, parece totalmente ilógico que la exclusión de la misma del caso fortuito se halla debido a una simple cuestión terminológica.

CAPITULO VI

POSICION JURISPRUDENCIAL

Nuestra jurisprudencia ha sido clara, en cuanto a la necesaria interferencia de un acontecimiento imprevisible causante del efecto dañoso para que opere la causa eximente de responsabilidad:

“Si con buena o adecuada germinación de la semilla, o en forma defectuosa —como fue vendida— los plantíos habrían sufrido siempre la influencia del hongo nocivo que arruinó casi toda la cosecha, no es posible entonces que la actora hubiese obtenido una cosecha óptima o normal aún con semilla apropiada, y ello excluye su pretensión de que se le indemnice, en cuanto al punto, con la ganancia promedio que reclaman” (31).

También nuestra jurisprudencia, se muestra convencida en la sinonimidad de los términos jurídicos en estudio, ratificando la necesidad de que no hay prevención en estas causas de exoneración:

“No constituye fuerza mayor o caso fortuito el hecho de que un árbol de gran tamaño si-

(29) *Ibidem.*, pág. 141.

(30) Actas de la Asamblea Legislativa, *Op. cit.*, pág. XXXVI.

(31) 1966. *Arata y Salazar, Ltda. contra Consejo Nacional de Producción*. Sala de Casación, No.42, I Semestre, Tomo Unico.

tuado en la ladera de una montaña a la par de la cual pasa una línea férrea, cayera sobre ésta, ocasionando un accidente ferroviario, aún cuando el árbol hubiera sido "colladero" por mano extraña si habían circunstancias ostensibles que permitieran prever la caída del árbol" (32).

Catalogan los tribunales como fuerza mayor el estado de guerra:

"El Estado obligado a sostener una guerra civil o extranjera, en defensa del orden constitucional o de su soberanía se enfrenta a una situación de fuerza mayor" (33).

Esta situación debe ser replanteada a la luz de la responsabilidad administrativa, porque considero que no en todo caso debe el Estado ser eximido por el solo hecho de esgrimir el hecho de estado de guerra.

Cabe decir, que posteriormente a la promulgación de la L.G.A.P. no se han dado pronunciamientos jurisprudenciales, dentro de la jurisprudencia administrativa, que permitan establecer cuál es la verdadera concepción que sobre las causas eximientes de responsabilidad del Estado, tengan nuestros jueces administrativos.

CAPITULO VII

LA CULPA DE LA VICTIMA

La culpa de la víctima como causa exonerante (34) "tiene su razón de ser en que la víctima no puede pretender encontrar una causa de reparación en su propia culpa" (35). Si existe de su parte una falta voluntaria, la cosa es evidente. Si no es culpable más que de una simple imprudencia o negligencia, igualmente exonera a la Administración, pues no puede hacer recaer sobre ésta el daño que proviene de su culpa. Así lo ha expresado nuestra jurisprudencia:

"Si la causa inmediata o determinante de un accidente radica en la imprudencia grave de la víctima o en su negligencia inexcusable, la parte demandada queda exenta de responsabilidad, ya que en uno y otro supuesto es el perjudicado quien ha determinado su propio daño" (36).

Debe entenderse que se trata de una culpa y no de un hecho de la víctima ya que, por ejemplo, si un niño o un alienado resulta herido a consecuencia de un acto que ha realizado inconscientemente, no existe culpa de su parte y sin embargo su hecho ha causado el daño, el cual debe ser reparado por el Estado en el tanto que le sea imputable según el hecho mismo. Así se exonera el autor aparente del daño, justificándose en una cuestión de inimputabilidad (37).

(32) 1939. *Guillén Fletes y otra contra Northern Railway Company*. Sala de Casación, 14 de setiembre, II Semestre, Tomo Unico, pág. 1451.

(33) 1957. *Rodríguez Martínez contra El Estado*, Sala de Casación, No. 22, I Semestre, Tomo Unico, pág. 240.

(34) Art. 190 de la Ley General de la Administración Pública.

(35) RIPERT, Georges; BOULANGER, Jean, *Op. cit.*, págs. 106 y 107.

(36) 1953. *Merce Martínez contra Compañía Nacional de Fuerza y Luz, S.A.*, Sala de Casación, II Semestre, I Tomo, pág. 657.

(37) RIPERT, Georges; BOULANGER, Jean, *Op. cit.*, pág. 106.

Por otra parte, debe tenerse en cuenta la existencia en el medio social de individuos demasiado débiles para defenderse por sí mismos de ciertos peligros; un automovilista, por ejemplo, debe pensar que los niños pueden cometer ciertas imprudencias y el hecho del niño no basta para exonerarlo.

Además, el hecho de la víctima es cometido a veces para evitar las consecuencias desagradables de un daño mayor o necesario para la consecución de mejores fines, como sucede con los actos de ayuda y salvamento; en este caso la responsabilidad del accionado (El Estado) sólo podría ser suprimida si hubiera imputabilidad de culpa con respecto a la víctima.

Ahora bien, para que esta figura exonerante opere, es necesario que se rompa el nexo entre causa y efecto mediante la intervención del particular; la víctima. Intervención que rompe el nexo causal que atribuye a la Administración el deber de restitución al administrado. Sin embargo, podría suceder que el lesionado compartiera parte de su culpa con la administración, existiendo pues una culpa concurrente. Esta situación exige la repartición del monto de los daños en forma equitativa a criterio del juzgador, por lo cual no se exonera de responsabilidad en forma total al ente administrativo. Así, lo ha manifestado nuestra jurisprudencia:

"Cuando el Código Civil establece la exención de la obligación de reparar sin media la propia falta de la persona muerta o lesionada, lo hace para él, el caso en que se pueda declarar que el hecho imputable a la víctima es la única causa del perjuicio sufrido: no cuando hay falta común o culpa concurrente" (38).

De esta forma, queda expresada la necesidad de culpa por parte del lesionado y el rompimiento del nexo causal para que opere la exoneración o dado el caso, atenuación de responsabilidad imputable a la Administración (39) en el caso que nos ocupa.

CAPITULO VIII

HECHO DE UN TERCERO

Establecida como causa exonerativa en el mismo artículo 190 de la L.G.A.P. Se presenta esta figura jurídica cuando la actividad o conducta de un tercero, interfiere grotescamente el normal desarrollo de los servicios públicos, por ejemplo, provocando daños indemnizables.

Se debe entender por tercero:

"...quien no figura originariamente como parte del acto administrativo, ya sea como su figura emanativa (administración), o bien receptiva (administrado), pero que su actuación produce un daño no achacable a la Potestad Administrativa" (40).

Este tercero interfiere, al igual que en la culpa de la víctima rompiendo el nexo causal y, por lo tanto, exonerando a la Administración, pasando a considerarse como autor del perjuicio el tercero debido al efecto que su actuación causó.

"No hay por parte del Estado, ni falta de vigilancia, ni negligencia, ni falta de diligencia, ni culpa grave de su servidor, ni leve, o dolo, ni falta del funcionamiento, existe simple-

(38) 1943. *Valerín Roldán contra Compañía Bananera de Costa Rica*. Sala de Casación. I Semestre, Unico, pág. 186.

(39) Seminario de Graduación.

(40) Seminario de Graduación, *Op. cit.* pág. 239.

mente un hecho realizado por un tercero que es el que ocasionó la lesión por lo tanto se exime al Aparato Estatal de tener que responder por algo que no debe" (41).

CONCLUSIONES

- El Derecho Privado es aplicable dentro del campo del Derecho Administrativo, en el tanto que sea necesario delimitar conceptos oscuros.
- Nuestra legislación ha incluido dentro de las causas eximientes de la responsabilidad de la Administración Pública la fuerza mayor, la culpa de la víctima y el hecho de un tercero; excluyéndose, por tanto, el caso fortuito.
- La exclusión del caso fortuito no se debe, a la luz de la doctrina civil y administrativa, a una cuestión terminológica.
- Dicha exclusión, se debe a la necesaria diferencia que dentro de la teoría adoptada por la Ley General de Administración Pública en materia de responsabilidad debe de hacerse.
- La fuerza mayor es un hecho extraño y exterior; el caso fortuito es un hecho remotamente previsible, interior y connatural a la actividad administrativa.
- Nuestra jurisprudencia civil, no ha hecho esta diferencia en materia de responsabilidad administrativa.
- Debe hablarse de culpa de la víctima y no de hecho de ésta, así como debe tener capacidad de ser imputable de la misma, para que opere como eximente.
- El hecho de tercero, debe establecerse de acuerdo al grado de intervención eficaz de éste en la producción del daño.
- Tanto en el hecho de tercero como en la culpa de la víctima, es necesario apreciar el grado de participación conjunta con el culpable o responsable para aplicar la culpa concurrente.
- Para que operen las tres causas eximientes en cuestión, es necesario que rompan el nexo causal, entre la conducta administrativa y el daño que se alega.

(41) *Ibidem*, pág. 240.

BIBLIOGRAFIA

- ALLESÍ, Renato, *Instituciones de Derecho Administrativo*. Cada Editorial Bosch, S.A., Tomo II, Barcelona, España. 1970.
- BENOIT, Francis Paul. *El Derecho Administrativo Francés*. Instituto de Estudios Administrativos, Madrid. 1977.

- BRENES CORDOBA, Alberto, *Tratado de las Obligaciones y Contratos*. Imprenta Trejos Hermanos, San José, Costa Rica. 1924.
- CASTRO LOPEZ, Manuel Angel. *La prescripción y su renuncia en Derecho Administrativo*. Revista de Ciencias Jurídicas No.8, noviembre, 1966, Universidad de Costa Rica, San José.
- COLIN Y CAPITANT. *Curso Elemental de Derecho Civil*. Editorial Reus, S.A., (traducción y notas de De Buen), Tomo III, Madrid, España. 1951.
- GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo y FERNANDEZ, Tomás-Ramón, *Curso de Derecho Administrativo II*, Editorial Civitas, Madrid, España, 1977.
- GARRIDO FALLA, Fernando. *Tratado de Derecho Administrativo*, Vol. II, Centro de Estudios Constitucionales, Sexta Edición, Madrid, España, 1982.
- MANRESA, *Comentarios al Código Civil Español*. Editorial Reus, Tomo VIII, Vol. I, Quinta edición, Madrid, España, 1950.
- NIETO, Alejandro. *Responsabilidad Civil de la Administración Pública*, Revista del Seminario Internacional de Derecho Administrativo, San José, Costa Rica. 1981.
- NIETO SOTO, Francisco, *El Caso Fortuito y la Fuerza Mayor*. Ediciones Nauta, Barcelona, España. 1965.
- PUIG BRUTAU. *Fundamentos de Derecho Civil*, Editorial Bosch, Tomo I, Volumen II, Barcelona, España. 1959.
- RIPERT, Georges y BOULANGER, Jean. *Tratado de Derecho Civil*. Ediciones La Ley, S.A., (Traducción de Delia García Daireaux), Tomo V, Buenos Aires, Argentina, 1965.
- ROJINA VILLEGAS, Rafael. *Compendio de Derecho Civil*. Editorial Porrúa, S.A., octava edición, Tomo III, México. 1978.
- ROJAS FRANCO, José Enrique. *Teoría General de la Responsabilidad Pública*. Academia Nacional de Derecho Público, Litografía e Imprenta Lil, San José, 1983.
- SEMINARIO DE GRADUACION. *La Responsabilidad Administrativa en Costa Rica*. No. 609, Facultad de Derecho, U.C.R., 1982.
- CODIGO CIVIL. De 26 de abril de 1886. Tercera edición por Lehmann Editores, edición actualizada por el Lic. Atilio Vicenzi, San José, Costa Rica, 1981.
- LEY GENERAL DE LA ADMINISTRACION PUBLICA, No. 6227 de 2 de mayo de 1978. Imprenta Nacional, San José, Costa Rica, 1979.
- ACTAS DE LA ASAMBLEA LEGISLATIVA. Sobre la discusión de la Ley General de la Administración Pública. Fotocopias de la Lic. Maruja Chacón Pacheco.

“LOS SUJETOS DEL CONTRATO DE CONSTRUCCION”

*Trabajo presentado al Dr. Diego Baudrít
Cátedra de Derecho de la Contratación Privada
por Gilberth Aguilar Gutiérrez*

LOS SUJETOS DEL CONTRATO DE CONSTRUCCION

PLAN:

- I: Los sujetos del contrato de construcción, sus Derechos y Obligaciones.
- A: Determinación de los sujetos.
- B: Derechos y Obligaciones de las partes en el contrato de construcción.
- II: La Responsabilidad de los sujetos del contrato de construcción.
- A: Responsabilidad del constructor o empresario antes de la entrega de la obra.
- B: Responsabilidad del constructor o empresario después de terminada la obra.

INTRODUCCION

Para analizar los sujetos del contrato de construcción consideramos indispensable hacer mención de qué es lo que se entiende por tal Contrato. Así, por contrato de construcción tenemos a aquel convenio por el cual, una persona (contratista o empresario) se obliga respecto de otra (comitente), mediante un precio en dinero a la construcción o reparación de un edificio.

Partiendo de esta definición nos es posible localizar los elementos personales de ese contrato y a la vez, dar una concepción del mismo. Vemos que se presenta una bilateralidad o conmutatividad de prestaciones: el empresario se obliga a realizar una construcción y el comitente, se obliga al pago de un precio en dinero, que le viene a dar el carácter de oneroso. Este contrato es la vez, consensual pues no requiere de formalidades para que las partes lleguen a tal acuerdo.

Nos proponemos analizar cuáles figuras además de los que encontramos en la definición si es que las hay, pueden llegar a tenerse como sujetos del contrato y cuál es la derivación de derechos y deberes que corresponde a los sujetos propios de dicho contrato (I PARTE).

En segundo término, trataremos, aunque sea de forma sucinta, lo relativo a la responsabilidad del principal obligado, sea el constructor (II PARTE).

La responsabilidad del comitente, o dueño de la obra, la iremos desarrollando a medida que avancemos en la exposición, pues, a nuestro parecer, no requiere de un desarrollo aparte.

Conviene indicar, que nuestra legislación contiene una regulación bastante floja sobre la materia de contrato de construcción y que en pocos artículos del Código Civil trata un asunto tan complejo como éste.

I: LOS SUJETOS DEL CONTRATO DE CONSTRUCCION. SUS DERECHOS Y OBLIGACIONES.

Como principales agentes en la celebración del contrato de construcción, se encuentra al comitente por un lado como el sujeto que contrata la construcción de un edificio, puente u otro tipo de obra arquitectónica o bien, su reparación, y por otro, al contratista, que es el que se obliga a lle-

var a cabo la ejecución de la obra objeto del contrato, cuya contraprestación es el pago.

Sin embargo, la denominación del sujeto obligado a emprender la tarea de construir una obra no es unánime, por lo cual, no es raro encontrar en la doctrina y en la legislación, que a este sujeto se le llame, constructor, contratista, empresario o arquitecto. En estos dos últimos sentidos se expresa nuestro Código Civil (Arts. 1185 y ss.). Por su parte, la Ley de Construcciones No.833 de 4 de noviembre de 1949 y sus reformas, habla de Ingenieros o arquitectos (Art. 83) y el transitorio de este artículo, hace mención de los constructores autorizados.

Por tal motivo, se va a analizar cada uno de aquellos sujetos, para tratar de encontrar cuál es el requisito que debe cumplir, para tenerlo como parte obligada del contrato de construcción.

Con ello, se podrá delimitar cuáles en realidad deben ser tomados como elementos personales del contrato y favorecer así, el estudio de su responsabilidad.

A: DETERMINACION DE LOS SUJETOS:

1.- EL COMITENTE:

Hay una figura dentro del contrato que no presenta mayores problemas para su estudio. Se hace referencia al comitente o sujeto que encarga la ejecución de la obra. Es el propietario y pretende que se le realice una obra de acuerdo al objetivo y finalidad que él considere pertinentes.

Por su calidad de dueño, el comitente siempre será el sujeto pasivo del contrato que espera a que se ejecute la obra contratada. Su delimitación es, pues, clara.

No se tiene la misma suerte con la otra parte del contrato. Tal situación se presenta ya que el comitente se relaciona antes y durante la ejecución de la obra con personas como el arquitecto, el empresario, el constructor, o el contratista.

2.- EL ARQUITECTO:

Es aquella persona titulada capaz de concebir la realización de toda clase de edificios (tomando en sentido amplio el término) y de dirigir las obras necesarias para su construcción.

A este respecto, es importante distinguir por un lado, el arquitecto que se encarga del proyecto de la obra y que lleva en general la supervisión de la misma, sea, la inspección de la obra sobre el lugar de su realización y, el arquitecto empresario que además de la elaboración del proyecto y su inspección, se compromete a ejecutar la obra.

Cuando el empresario tiene a su cargo la elaboración del proyecto preexistente a la construcción que ha de llevarse a cabo, pudiendo intervenir también en la dirección, verificación de la obra y liquidación de cuentas, sólo actúa como representante del comitente, velando por los intereses de éste. No se puede en este caso, tener al arquitecto al que se le denomina proyectista, como un sujeto propio del contrato de construcción pues su vinculación contractual con el dueño de la obra, es distinta a la que tiene lugar entre comitente y el constructor, ya que con este último, se vincula mediante un contrato de construcción, mientras que con aquél celebra sólo un contrato de arrendamiento de servicios técnicos para la elaboración del proyecto solamente.

Por lo tanto, se debe considerar a este profesional con respecto al contrato de construcción como un tercero.

Sin embargo, el arquitecto puede convertirse en constructor o empresario, para la realización de su propio proyecto. Cuando ello sucede, se tiene al arquitecto empresario, como sujeto del contrato de construcción pero, se debe aclarar entonces, que el comitente no celebra dos contratos independientes, sea uno con el arquitecto proyectista y otro con el arquitecto empresario, sino únicamente uno, celebrado con este último, quien se obliga entonces a proyectar la obra y a ejecutarla, todo ello como una sola prestación.

Dentro de esta hipótesis, el arquitecto empresario será sujeto del contrato equiparado al constructor o contratista.

3.- EL EMPRESARIO, CONSTRUCTOR O CONTRATISTA:

Se debe entender por empresario, constructor o contratista, aquel sujeto que asume la obligación de hacer ejecutar la obra, sea o no arquitecto. Esa ejecución de la obra constituye la prestación característica del contrato de construcción (1).

Estos son, por excelencia, los sujetos del contrato de construcción. Por ello, cuando en el presente trabajo, se haga alusión a cualquiera de ellos, se estará haciendo referencia al otro elemento personal de tal contrato, es decir, equiparándolos entre sí. Estaría en esta categoría el arquitecto cuando extienda su actividad a la ejecución de la obra, es decir, cuando actúa como arquitecto empresario.

B: DERECHOS Y OBLIGACIONES DE LAS PARTES EN EL CONTRATO DE CONSTRUCCION:

Cada sujeto del contrato adquiere una serie de derechos y obligaciones al celebrar el acuerdo. Nos corresponde ahora su análisis y determinación.

No es ocioso a nuestros planes, mencionar que rigen los principios generales en materia de capacidad para obligarse. Ambos sujetos deben tenerla, es decir, que no estén afectados por incapacidades absolutas o relativas, pues el contrato celebrado por el absolutamente incapaz será absolutamente nulo y será anulable si se trata de uno relativamente incapaz. Dentro del concepto de capacidad, se debe incluir, los poderes o facultades que tiene una persona para actuar sobre un patrimonio ajeno o para disponer de las cosas que constituye el objeto del contrato.

1.- LOS DERECHOS Y OBLIGACION DEL COMITENTE:

Para efectos prácticos, se puede delimitar las obligaciones o deberes del comitente en tres tipos:

- a) Deber de cooperación.
- b) Deber de recepción y admisión de la obra.
- c) Pago del precio.

Cada uno de estos deberes tiene como contrapartida un derecho que supone la satisfacción de las pretensiones del Comitente.

a) EL DEBER DE COOPERACION:

La buena fe contractual impone al comitente, como parte del contenido obligacional del contrato de construcción, el deber de cooperación para poder lograr la obtención del fin perseguido con el convenio. Aunque esta obligación no sea expresa, existen muchos casos en los cuales, no se puede lograr el fin deseado en el contrato sin la ayuda y cooperación del dueño.

La omisión de este deber de cooperación implicaría, sino incumplimiento de pacto expreso, al menos una clara infracción del principio de buena fe que rige toda la contratación y provoca la "*mora accipiendi del acreedor*" que deriva en incumplimiento de deberes que imponen además de la buena fe, el uso y la ley.

Cuando el incumplimiento se ha dado en forma dolosa por el comitente, se obliga a indemnizar los daños y perjuicios causados al constructor.

Además, cuando tal incumplimiento provoca la imposibilidad de ejecución de la obra, el constructor puede, no sólo ampararse en la exceptio non adimpleti contractus, si no también, reclamar la rescisión y los daños y perjuicios.

(1) En este sentido, art. 3 del Reglamento de las Leyes Nos. 5501 y 5518 para ajustes de precios en contratos con empresas nacionales de la construcción. Decreto Ejecutivo No. 4428-MEIC de 14 de diciembre de 1974.

b) DEBER DE RECEPCIÓN DE LA OBRA:

Una vez concluida la obra en su totalidad, o por partes si así se pactó, el comitente tiene la obligación de recibirla.

La recepción es el acto mediante el cual el comitente acepta la entrega de la obra ejecutada por el empresario. Esta recepción, es una obligación condicionada a la fiel ejecución de la obra por parte del empresario, conforme a lo estipulado en el contrato o en su defecto, con arreglo al uso general, lo que implica verificación que conduce a la aprobación o rechazo de la obra, según que haya sido ejecutada o no conforme a lo pactado.

Este deber de recepción también equivale a que el propietario no tiene obligación de recibir la obra cuando no sirve a los fines normales para los que fue contratada, pues esto equivaldría a desvirtuar la verdadera naturaleza del contrato de construcción, en el cual el contratista se obliga a la ejecución de la obra convenida, conforme a lo estipulado, con lo cual la obra es apta de ser recibida.

Nuestro Código Civil prevé en su Artículo 1193, que en el contrato se pacte que la obra se ha de hacer a satisfacción del propietario y se agrega que se entienda reservada la aprobación, a falta de conformidad, al juicio pericial, de donde se desprende el comitente puede no recibir la obra ejecutada en forma distinta a lo convenido. Claro, es necesario el juicio del perito para eliminar los abusos que pueda cometer el comitente.

Puede contemplarse en el convenio, el supuesto de que se ejecute una obra por piezas o por medidas, aquí, el que la ejecuta puede exigir del dueño que la reciba por partes y que la pague en proporción. Se presume que la parte pagada, fue aprobada y recibida a satisfacción (Art. 1188 C.C.)

Se puede aclarar que carece de efectos jurídicos la mera entrega o recepción física de la obra puesto que para producir eficacia jurídica, es indispensable el reconocimiento de que su construcción es conforme al contrato. A partir de este momento es cuando se producen las consecuencias legales de la recepción, en especial la obligación de pagar el precio. Si concluida la obra, el comitente se niega a recibirla, el empresario debe intimarlo a la recepción, para que lo constituya en mora accipiendi y además, en mora debendi, porque esa negativa configura el incumplimiento de una obligación, lo cual eventualmente podrá producirle el pago de daños y perjuicios por parte del comitente.

c) EL PAGO DEL PRECIO:

El pago del precio constituye la obligación principal del comitente y debe hacerse el pago al momento de la entrega, salvo pacto en contrario.

Si el comitente no hace efectivo el pago del precio en la época convenida o a falta de pacto, en el momento de la entrega, el constructor debe hacerlo caer en mora efectuando la acción judicial correspondiente, con lo cual traslada la responsabilidad al comitente por incumplimiento de la obligación de pago.

Si la obra fue pactada para ser recibida por partes y el pago también se determinó por partes, el comitente debe pagar cada una de esas partes al ser admitidas. De lo contrario, el comitente estará incumpliendo el contrato y tendrá que soportar las consecuencias de ello, al igual que si incumpliere el deber de pagar la obra en su totalidad, cuando ya fue ejecutada totalmente.

2.- DERECHOS Y OBLIGACIONES DEL CONSTRUCTOR, EMPRESARIO O CONTRATISTA:

El empresario tiene una obligación principal: la ejecución de la obra. Conviene indicar que esta ejecución tiene tres momentos esenciales:

- a) Condiciones de realización de los trabajos
- b) Ejecución de la obra en el plazo convenido o de uso.
- c) Entrega de la obra.

a) CONDICIONES DE REALIZACION DE LOS TRABAJOS:

El empresario está obligado a ejecutar la obra en la forma convenida, es decir, de acuerdo a lo que se estipuló en el contrato y a las indicaciones contenidas en el proyecto. Cuando se presente falta de estipulación expresa sobre el particular, debe estarse a la intención de las partes y a la finalidad perseguida en el contrato.

Aparte de estas obligaciones, el constructor debe ejecutar la obra con arreglo al uso general, que también viene a modular la contratación y ejecución de construcciones.

Al respecto, el constructor debe estar atento a que los planos y el proyecto en su totalidad no presenten vicios que vengán en detrimento de la calidad de la obra. Si existen tales vicios, debe denunciarlos al arquitecto proyectista y supervisor de la obra o al comitente para que sean subsanados.

Si se produjere una negativa a rectificar el proyecto, el empresario, puede continuar los trabajos, con reserva expresa, que lo exonera de la responsabilidad (2) excepto cuando el vicio del plano comprometa la solidez de la obra, en cuyo caso, está obligado a abstenerse de ejecutar la obra, pudiendo demandar la resolución del contrato, puesto que se ha producido un incumplimiento al deber de cooperación por parte del comitente.

Un elemento indispensable en la realización de los trabajos, es la calidad de los materiales empleados. Así, cuando el empresario toma a su cargo el suministro de los materiales, debe ajustarse a las indicaciones contenidas en los documentos del contrato, en cuanto a su calidad y cantidad. Si se ha estipulado que se usarán materiales de primera calidad, así debe cumplirse. A falta de estipulación, el empresario cumple utilizando materiales de mediana calidad.

Cuando ha sido el comitente el que tiene a su cargo el suministro de materiales, el constructor tiene la obligación de examinarlos para determinar su idoneidad con la obra y debe poner en conocimiento de aquél, los vicios o defectos que puedan tener. El constructor puede continuar la obra, luego de haber informado al comitente, estándose en este aparte a lo que también se dispone en cuanto a los vicios de los planos y del proyecto respecto del constructor (ver nota anterior).

b) EJECUCION DE LA OBRA EN EL PLAZO CONVENIDO O DE USO:

Como parte del cumplimiento de la obligación del constructor, tenemos la ejecución de la obra en el plazo convenido en el contrato. A falta de estipulación, se debe considerar la duración que en la ejecución de una obra de similitud, se usa en el lugar.

Cuando el constructor incumple esta obligación, debe, si ha habido culpa suya, indemnizar al comitente en lo que corresponda. El plazo, es el lapsó prudencial de tiempo, durante el cual, el constructor promete llevar a cabo la construcción.

c) ENTREGA DE LA OBRA:

Concluída la obra, el empresario, está obligado a entregarla al comitente y éste a recibirla.

Sin embargo, la ley le da al constructor el derecho de retención, cuando el comitente, incumple su deber de pago por la ejecución de la obra, hasta que tal obligación se lleve a cabo.

Tomando en consideración estas tres situaciones, el incumplimiento del constructor se puede dar por diversas formas como son, la inejecución parcial o total cuando no se ha ejecutado en forma debida; retardo en la ejecución o ejecución tardía, cuando no se ha concluído en el tiempo oportuno y, ejecución defectuosa, cuando contiene vicios que perjudican la obra.

Se debe indicar que el simple retardo o la inejecución de mérito a la exceptio non adimpleti contractus, pero, a los efectos de accionar contra el constructor, es indispensable la previa constitución en mora.

(2) Sobre el particular, el art. 1187 del C.C. contiene un tratamiento diverso a la doctrina según veremos en el apartado B de la segunda parte.

II: LA RESPONSABILIDAD DE LOS SUJETOS DEL CONTRATO DE CONSTRUCCION

En este aparte, interesa analizar la responsabilidad que surge para las partes con motivo del contrato de construcción.

Se debe aclarar que en el transcurso del trabajo, se ha analizado cuáles son las obligaciones que tiene que cumplir el comitente, y cuál es el tipo de sanción que se produce cuando, precisamente, incumple lo convenido. Es por ello, que dedicaremos aquí un mayor esfuerzo a estudiar la responsabilidad del constructor o empresario, sujeto al cual, por ser el que tiene a su cargo la prestación mayor, sea la ejecución de la obra, le recae en mayor grado, lo relativo a la responsabilidad.

Se basará el análisis en la responsabilidad del empresario o constructor antes de la entrega de la obra, sea una responsabilidad meramente contractual para pasar luego, a la responsabilidad a que se enfrenta este sujeto después de que ha concluido la obra.

A: RESPONSABILIDAD DEL CONSTRUCTOR O EMPRESARIO:

Para el estudio de la responsabilidad es conveniente dividir en tres situaciones, las hipótesis en las cuales se presenta la responsabilidad contractual del constructor.

1.- RESPONSABILIDAD ANTES DE LA ENTREGA DE LA OBRA:

El artículo 1184 de nuestro Código Civil, trata de la responsabilidad del constructor o empresario durante la ejecución de la obra, es decir, antes de ser entregada, que denota en consecuencia, que el constructor asume el riesgo que la ejecución de la obra trae consigo, la cual debe ser concluida totalmente y además, debe ser apta para su fin y destino.

Dice el artículo que el constructor o empresario que se ha obligado a poner su trabajo o industria, no puede reclamar ningún precio o retribución, si se destruye la obra por caso fortuito antes de haber sido entregada.

Se ha visto que la entrega física no implica recepción y que este opera para liberar de responsabilidad al constructor, sólo cuando el comitente verifica y recibe sin observaciones ni reparos, la obra ejecutada.

En consecuencia, el pago se produce al entregarse la obra, y si ésta no se puede entregar, no hay razón para que aquél sujeto cobre "estipendio" por el trabajo realizado.

El artículo 1183 hace mención de la situación en la cual el empresario no solo se obliga a poner su trabajo o industria sino además, los materiales necesarios, y la obra parece.

Se estipula en dicho artículo, que el empresario debe sufrir la pérdida en el caso de destruirse la obra antes de ser entregada, pero hace la salvedad de que no será responsable si el comitente se encuentra en mora al no recibirla en su tiempo.

Aplica dicho artículo el principio de que las cosas perecen, aumentan o de deterioran para su dueño, por lo que tampoco tendría opción a reclamar u obtener remuneración alguna por la pérdida de la obra por caso fortuito o también, por fuerza mayor. Igual situación se presentará si los materiales hubieran sido aportados por el comitente, éste perdería lo aportado. Sin embargo, en esta hipótesis, si el comitente aportó materiales de mala calidad, y el constructor advirtió tal circunstancia al dueño o comitente, el empresario tendrá derecho a percibir estipendio. Lo tendrá también cuando ha habido morosidad por parte del comitente para recibir la obra, y ya se le ha constituido en mora (Según se desprenda del artículo 1184 C.C.).

La responsabilidad del constructor abarca también la situación en que el material aportado por el comitente no era apto para la ejecución de la obra, y no lo advirtió al dueño.

Por ello, será responsable del daño ocasionado si la obra resultó ser defectuosa en su ejecución o bien, si se destruyó por causa de la mala calidad de dichos materiales utilizados (Art. 1186 C.C.).

2.-RESPONSABILIDAD POR TRABAJOS REALIZADOS POR LAS PERSONAS QUE OCUPA EN LA OBRA:

El empresario o constructor tendrá que emplear trabajadores para ejecutar la obra, y por estar bajo su dirección y dependencia, será responsable por el daño causado por éstos. Esta responsabilidad se deriva directamente del contrato, pues el empresario se obliga a ejecutar la obra, y la forma o medio que utilice para ello, será enteramente de su responsabilidad. En este sentido, el constructor es responsable, por todas las personas que ocupe en la obra, directa o indirectamente, con lo cual se quiere significar que lo es, no sólo de los que él contrata directamente como empleados suyos, sino de aquellos que participan en la ejecución de la obra, pero que entran gracias a la utilización de subcontratistas y son por lo tanto, dependientes indirectos del constructor.

3.- RESPONSABILIDAD POR INOBSERVANCIA DE LAS DISPOSICIONES PUBLICAS SOBRE MATERIA DE CONSTRUCCION:

Existen una serie de leyes y reglamentos de obligado acatamiento para los constructores o empresarios. En ellos se dispone qué requisitos se deben cumplir, para que la construcción pueda llevarse a cabo. Aunque el contrato de construcción sea omiso sobre este particular, las partes deben ajustar sus conductas y procedimientos a dichas normas.

El constructor, encargado de la ejecución de la obra debe velar porque tales condiciones se cumplan a cabalidad. Si no lo hiciere, y por ello causa daño al comitente o terceros, será responsable y tendrá que acarrear con los perjuicios e indemnizaciones correspondientes.

Cuando el constructor no cumple con estas exigencias, y se afecta al comitente, su responsabilidad es contractual pues del contrato, se deriva el cumplimiento de tales requisitos. Cuando el afectado es un tercero, la responsabilidad del constructor es extracontractual.

Hay que aclarar que la responsabilidad del constructor no exime al comitente de la responsabilidad, que pueda asumir por daños causados a terceros. Sin embargo, debe analizarse en el caso concreto, si el comitente puede repetir lo que debió responder como indemnización si no ha existido culpa de su parte y sí del constructor y por tanto, será el constructor en última instancia quien asuma los daños y perjuicios, bajo esta perspectiva.

B: RESPONSABILIDAD DEL CONSTRUCTOR O EMPRESARIO DESPUES DETERMINADA LA OBRA:

La terminación de la obra y su recepción por parte del comitente son finalidades propias del contrato de construcción. Una vez que el comitente ha recibido la obra aprobándola y haya pagado el precio convenido, el contrato ha cumplido su cometido. Sin embargo, la responsabilidad del constructor traspasa este momento y responderá entonces por la ruina total o parcial de la obra, por el destrozo que sufra la misma, siempre que tales hechos procedan de vicio de construcción o de vicio del suelo o de mala calidad de los materiales que se hayan empleado en la obra. Sobre este particular, es que se consignó por el legislador el artículo 1185 del C.C., el cual agrega que tal responsabilidad dura cinco años contados desde la recepción de los trabajos, sea de la obra ejecutada.

Se considera que el artículo tiene un fundamento de orden jurídico y moral lo cual lo convierte en norma de aplicación general. El comitente al contratar con el constructor, está considerando que la obra que se va a ejecutar será bien realizada, de acuerdo con la técnica y a sus perspectivas. Por tal razón, confía en que el constructor la ejecutará no sólo tomando en cuenta la realización de su prestación en forma completa y eficaz basándose en lo estipulado en el contrato, sino también en la buena fe de la ejecución.

Así, al recibir la obra, no se excluye la responsabilidad del constructor o empresario por los vicios ocultos de que habla el artículo. Es más, el Código en su artículo 1187 indica que ni el constructor ni el arquitecto pueden invocar como excusa para eximirse de la responsabilidad

del artículo 1185, el hecho de haber prevenido al propietario de los vicios del suelo, o de los peligros de la construcción o de la mala calidad de los materiales. Impone por tanto tal artículo, al constructor, la abstención de llevar a cabo la obra, pues si él ejecuta a pesar de los vicios y la obra peca y cause daños al comitente, será responsable hasta por cinco años después de su entrega.

Al mencionar el artículo 1187 al arquitecto o empresario, se considera que toma en cuenta el caso de que el arquitecto haya tomado también la construcción de la obra, pues en esta condición se convierte en empresario, lo cual viene a ser reafirmado cuando el artículo 1185 dice que bastará que el arquitecto haya dirigido los trabajos, para que le sea aplicable lo establecido por esta norma. Aquí, el arquitecto sólo realiza la labor de supervisar los trabajos en condición de asesor del comitente y por tal circunstancia, deviene responsable por su falta de pericia, o negligencia.

Si sucediera que la obra se arruina o se derrumba, el empresario será responsable de los daños y perjuicios causados y además, deberá ejecutar de nuevo la obra puesto que ha incumplido con el contrato pero esta vez, la construcción correrá por su cuenta y riesgo. En caso de negativa, el comitente podría hacerla ejecutar por un tercero teniendo el empresario que abonar los costos de la misma, así como los daños y perjuicios causados.

BIBLIOGRAFIA

BORDA, Guillermo A., *Tratado de Derecho Civil Argentino*, Tomo II, Contratos, II Edición Actualizada, Buenos Aires, Editorial Perrot, 1969.

Código Civil de Costa Rica, Edición Revisada por el Lic. Atilio Vincenzi, San José, Litografía e Imprenta Lehmann, 1975.

ENCCERUS, Ludwig, KIPP Theodor, WOLFF, Martín, *Tratado de Derecho Civil*, Tomo II, Volumen II, Primera Parte, Barcelona, Bosch, Casa Editorial, 1966.

Ley de Construcciones, Decreto Ley No. 833 del 4 de noviembre de 1949 y sus reformas.

Legislación al día, Recopilación del Lic. Oscar Chacón Jinesta.

Ley de Protección a las Empresas Constructoras Nacionales, No. 4864 de 19 de octubre de 1971, Legislación al día, Recopilación del Lic. Oscar Chacón Jinesta.

Ley del Colegio Federado de Ingenieros y Arquitectos de Costa Rica.

MO, Fernando F., *El Contrato de Construcción Privada*, Buenos Aires, Roque de Palma Editor, 1959.

Reglamento a las Leyes Nos. 5501 y 5518 para ajustes de precios en contratos con empresas nacionales de la construcción, Decreto Ejecutivo No. 4428 MEIC de 14 de diciembre de 1974.

SANCHEZ FONTANS, José, *El Contrato de Construcción*, Tomos I y II, Montevideo, Editorial M.B.A., 1953.

SANTOS BRIZ, Jaime, 'El Contrato de Ejecución de obra y su problemática jurídica', *Revista de Derecho Privado*, mayo de 1972, pp. 379 a 419.

"EL DERECHO DE PRIORIDAD COMO EFECTO DEL CONTRATO DE INQUILINATO O COMO OBLIGACION LEGAL A LA LUZ DE UNA SENTENCIA DE LA CORTE DE CASACION"

*Trabajo presentado al Dr. Diego Baudrit Carrillo,
Cátedra de Derecho de la Contratación Privada
por José Miguel Villalobos Umaña.*

INTRODUCCION

La regulación en nuestro ordenamiento jurídico del régimen inquilinario tiene la particularidad de ser una especie de agregados producto de varias leyes, sin guardar en modo alguno una uniformidad que le confiera un verdadero carácter de régimen.

Desde la Ley No. 101 del 16 de julio de 1942, que se ha considerado como el punto de partida de las normas especiales sobre inquilinato en Costa Rica(1) a pesar de haberse regulado el alza de precios de casas y locales en el artículo 9 de la denominada Ley de Subsistencias e Inquilinato, No.6 de 21 de setiembre de 1939, se han emitido diez leyes, hasta la última la Ley No. 6387 de 5 de setiembre de 1979. Algunas de ellas son leyes interpretativas, otras de fondo, pero, en general, se han emitido y tramitado en forma apresurada, debido en parte a los múltiples intereses que, con o sin razón de ser, han girado siempre alrededor de esta materia, y a la falta de previsión de nuestros legisladores(2).

La doctrina y la jurisprudencia costarricense se han visto obligadas a interpretar en múltiples casos las disposiciones de nuestro régimen inquilinario, pero en el caso que nos ocupa, el derecho de prioridad, no han profundizado lo suficiente, por lo que existen gran cantidad de lagunas y dudas, unas de las cuales serán el objeto del presente estudio. La unanimidad de la doctrina coincide en afirmar la particularidad del contrato de inquilinato en relación con los demás contratos civiles, por lo que gran parte de sus problemas se apartan de las reglas o principios generales que fundamentan el Derecho de obligaciones.

En el caso que se está examinando, se encuentra un claro ejemplo de esta particularidad. En principio, no debería plantearse confusión entre si un aspecto por considerar es un efecto contractual o una obligación legal, pero el derecho de prioridad que concede el artículo 9 de la Ley de Inquilinato al inquilino actual, que se ve obligado a desocupar el local por causa de reparaciones o construcción total, para ocupar prioritariamente los locales en la nueva construcción edificada, no está claramente determinado si es una obligación para el arrendador que deriva del contrato de inquilinato o es una obligación impuesta por la ley al ex-arrendador, posterior a la conclusión del contrato de inquilinato.

Aunque éste no era el aspecto de fondo, que se consideró en la resolución judicial que se comentará, si se encuentra alguna alusión en ella a este aspecto, que se considera que es el criterio de nuestro más alto Tribunal en este sentido.

Un resumen de los hechos del litigio, precederá a la transcripción de la parte de la sentencia que interesa y al análisis de los problemas resueltos por la Corte de Casación.

(1) Coto Albán (C), "*Ley de Inquilinato*", San José, 1961, p. 9.
Casafont Odor (P), "*Legislación y Jurisprudencia sobre Inquilinato en Costa Rica*", San José, 1977, p.45.

(2) Coto Albán, *Op. cit.*, p. 17.

CORTE DE CASACION, SENTENCIA DE LAS QUINCE HORAS Y TREINTA MINUTOS DEL SIETE DE AGOSTO DE MIL NOVECIENTOS CINCUENTA Y NUEVE

LUIS ROJAS PORRAS contra MARIO ARGUEDAS MURILLO y JOSE JARA SANCHEZ
(II Semestre, I Tomo, p. 380 - 442).

HECHOS:

El actor alquiló un local durante quince años, pagando una suma de noventa colones por mes, para instalar en el mismo su taller de construcción de muebles y colchones, y venta de los mismos al público. En 1956 la propietaria del inmueble y rendataria del señor Rojas vendió el inmueble a la Sociedad "Bomba de Gasolina Arguedas y Jara Limitada", de la cual son socios y gerentes los demandados, señores Arguedas y Jara. En virtud de una deuda contraída por la anterior sociedad con la Esso Standard Oil, S.A., hipotecó el inmueble a su favor para garantizar la obligación contraída, que alcanzaba una suma superior a los doscientos diez mil colones. Con el dinero prestado por la Esso, la sociedad pensaba construir un edificio acondicionado para el expendio de gasolina y demás derivados del petróleo que distribuye la Esso, en el terreno que ocupa el local que arrienda el señor Rojas. Así, la sociedad solicita a Rojas que desaloje el local que ocupa, para iniciar la nueva construcción. Este acepta desalojar el local, previa advertencia de que haría efectivo su derecho de prioridad sobre el nuevo edificio que se construyera. En tanto se realizaba la construcción, el señor Rojas se trasladó a un nuevo local, más pequeño e incómodo que el anterior.

La sociedad demolió el local y construyó en el terreno un moderno edificio con la estructura propia de una bomba de gasolina. Al terminarlo, arrendó el nuevo edificio a la Esso, que, a su vez, lo subarrendó a la sociedad, con la cláusula expresa de una prohibición de ceder el contrato sin la anuencia escrita de Esso.

La sociedad hace entonces oferta al actor para que ocupe un local construido al fondo del edificio edificado, con el propósito de hacer efectivo el derecho de prioridad de que gozaba Rojas. Ambos demandados fijaron el precio del arrendamiento del nuevo local a la suma de mil colones, todo lo cual fue en principio aceptado por el actor, quien luego hizo reparos en cuanto a la construcción que se le ofreció como nuevo local, alegando que no es adecuado para el comercio, que su ubicación es insegura y peligrosa, amén de que realmente constituye un anexo de la bomba para el lavado y engrase de vehículos.

Así entonces, Rojas rehúsa ocupar el local, por lo cual los demandados, a tenor de los trámites de Jurisdicción Voluntaria, solicitaron al Juzgado que declarara renunciado el derecho de prioridad, tal y como así lo hizo, resolución que fue confirmada por la Sala Segunda Civil.

Rojas plantea entonces un juicio ordinario contra Arguedas y Sánchez para el cobro de daños y perjuicios por habersele impedido ejercitar el derecho de prioridad de un local.

PRETENSIONES:

Rojas alega que Arguedas y Sánchez han hecho imposible el ejercicio del derecho de prioridad por su parte, pues el local que le han ofrecido no muestra las condiciones indispensables para llenar el objeto que requiere, amén de que, en virtud de que la sociedad arrendó el local a Esso que a su vez lo arrendó a la sociedad, los demandados no pueden disponer sobre el arrendamiento, sino que la que lo puede hacer es Esso. Por haber faltado a esa obligación, estima los daños y perjuicios en \$47,000, y pide se declare en sentencia que ese monto le es debido por los demandados solidariamente y de plazo vencido. Los demandados oponen la excepción de falta de derecho.

RESOLUCION DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Civil de Heredia declara sin lugar la demanda, considerando en su resolución varios aspectos de sumo interés, entre ellos el tema que se examina.

1) La naturaleza de los daños y perjuicios reclamados: provienen de la merma en el precio de venta del negocio del actor por el desplazamiento y la supresión de su línea de actividades, así como de las ganancias líquidas que dejó de obtener durante el período de tiempo transcurrido, entre su desalojo y la imposibilidad de ejercicio del derecho de prioridad.

2) Establece que debe distinguirse entre el derecho de prioridad y el contrato de arrendamiento, definiendo ambos conceptos y concluyendo en que el primero es un derecho potencial de arrendamiento, pero no es en sí el arrendamiento mismo.

3) Resuelve que los demandados imposibilitaron el ejercicio del derecho de prioridad al actor, por cuanto el local que le ofrecieron no reúne las condiciones y es inapropiado para destinarlo a la manufactura de muebles y colchones.

4) Respondiendo a uno de los argumentos del actor, resuelve que el contrato entre Esso y los demandados en nada puede afectar el derecho de prioridad del actor, pues esta es reconocida por ley, prevalece y no puede hacerla nugatoria la contratación particular, si en ella el actor no fue parte.

5) Resuelve que a los demandados no les cabe responsabilidad por haber imposibilitado el derecho de prioridad del actor, por cuanto el propietario puede darle a la nueva construcción la forma y estructura que mejor le convenga, pues la Ley de Inquilinato debe interpretarse respetando el derecho de propiedad, por lo que el derecho de prioridad ha quedado prácticamente eliminado y no existe obligación alguna de los demandados en respetarlo.

6) Los daños y perjuicios que reclama el actor son consecuencia directa del incumplimiento de un contrato de arrendamiento, pero como en el subjuicio no se ha incumplido ninguno, pues al acatar la orden judicial de desalojo por el actor terminó legalmente el contrato de arrendamiento, no hay obligación de resarcir nada.

7) De todo lo anterior concluye el Juzgado que si los daños y perjuicios reclamados derivan del incumplimiento de un contrato de arrendamiento que no existió, no están obligados los demandados a repararlos. Admite también que el derecho de prioridad puede valorarse, pero esa circunstancia pierde interés por cuanto la ley misma le concede el derecho de violarlo. Todo lo anterior por cuanto la ley se promulgó en circunstancias determinadas, por lo que no pueden perdurar con la rigidez original.

RESOLUCION DE SEGUNDA INSTANCIA:

La Sala Primera Civil, conociendo de apelaciones planteadas por ambas partes, revocó la sentencia de primera instancia. Concede la Sala que los demandados hicieron imposible el ejercicio del derecho de prioridad del actor, y que por haber faltado a su obligación son solidariamente responsables por los daños y perjuicios que han causado y lleguen a ocasionar al demandado con esa conducta.

Acepta que el propietario goza de la facultad irrestricta para ejercer el derecho de transformación en virtud de su derecho de propiedad, pero con la firma del contrato de arrendamiento con Esso los demandados se pusieron en condiciones de no poder cumplir con esa obligación, pues al arrendar el local no podían ofrecerlo al actor, y al subarrendarlo tampoco lo podían hacer. Considera que ese derecho del actor debió haberse salvado mediante una cláusula especial en el contrato con Esso.

Concluye acogiendo la acción de Rojas, revocando la sentencia apelada y estableciendo que los daños y perjuicios se liquidarán en ejecución de sentencia.

RECURSO DE CASACION DE LOS DEMANDADOS:

Los demandados recurren de la sentencia de la Sala con fundamento, entre otras, en las siguientes tesis:

- 1) En este caso el actor no posee derecho de prioridad, pues nunca se trató de un local de comercio o para profesionales, tal y como lo dispone el artículo 9 de la Ley de Inquilinato, sino de una casa de habitación.
- 2) El derecho de prioridad es una expectativa de derecho que perece como consecuencia legítima del ejercicio del derecho de transformación por los propietarios.
- 3) No existe ningún incumplimiento contractual, pues el contrato terminó al perecer la cosa que es su objeto, esto es, al demoler el local, por lo que los daños y perjuicios reclamados por el actor, que son la consecuencia directa del incumplimiento de contrato, deben declararse sin lugar.
- 4) Concluye que el contrato de demandados con Esso es un contrato de garantía con forma de arrendamiento, por lo que el local se edificó para uso y disfrute exclusivo del propietario, y ante éste no es válido ejercer el derecho de prioridad.

RECURSO DE CASACION DEL ACTOR:

Aunque la Sala concedió con lugar la demanda, el actor recurre de la sentencia en razón de que la Sala consideró que el derecho de prioridad debe interpretarse en concordancia con el derecho de propiedad que tiene el arrendador. Considera el actor que esa norma que establece el derecho de prioridad cabe dentro de las excepciones que el mismo artículo 45 constitucional imprime al derecho de propiedad, amén de que hasta que dicha norma de la Ley de Inquilinato no sea considerada inconstitucional los Tribunales deben aplicarla. Concluye afirmando que el derecho de prioridad conlleva la lógica obligación del propietario de construir un local, que contenga las condiciones indispensables para que el arrendatario llene el objeto a que destina ese local.

FALLO DE LA CORTE DE CASACION:

Ambos recursos fueron declarados sin lugar, con fundamento en las siguientes razones:

A. Recurso de la parte actora:

VII "... Es indispensable que el recurso tenga por objeto reparar perjuicios que se ocasionan a las partes, bien por infringirse las leyes o por dejarse de observar las formas esenciales del juicio...

En el caso del recurso que se atiende, debe aplicarse la misma doctrina citada en el párrafo anterior, ya que, desechado como se ha visto, el recurso de la parte demandada, queda vigente la sentencia que en él se impugnó, la cual favorece al actor en sus pretensiones, y la atención que se diera a los reclamos que ahora intenta, aún cuando fueran favorables a las tesis que expone, no podrían variar el pronunciamiento que viene hecho, y por lo mismo no deben atenderse".

B. Recurso de la parte demandada:

I "...Más este Tribunal no encuentra que se haya cometido tal yerro, pues como se ha dicho ya, la conclusión a que llegara el Tribunal al apreciar el conjunto de la prueba en que se funda la aseveración de que el actor ejecutaba actos de comercio...

Y el recurso sobre el punto, no combate la posibilidad de que ese decirse que el actor era comerciante".

II "... se puede contestar ... que la sentencia rebatida condena a los demandados a la satisfacción de daños y perjuicios, porque ellos se pusieron en condiciones de no poder satisfacer el derecho de preferencia del accionante, no por los motivos que hasta aquí se han expuesto por los recurrentes sino por los que ya se dijo, sea, que aún antes de construir se habían comprometido con un arrendamiento en favor de un extraño".

III "... la deducción de que quedó probada la inexistencia del daño, no puede acogerse, pues como se ha repetido varias veces el apoyo que le dio la sentencia de segunda instancia al resarcirse de daños y perjuicios es otro y no el en que insiste el recurso..."

IV "... no puede olvidarse que de conformidad con disposiciones legales vigentes, algunas de las cuales citan como infringidas los recurrentes, por motivos de necesidad pública, puede la Asamblea Legislativa imponer a la propiedad limitaciones de interés social; y que en todo evento, cuando por circunstancias especiales atribuibles a culpa de la parte ligada por una obligación legal, ésta se pone en condiciones de no poder cumplir el compromiso se resuelve en la satisfacción de daños y perjuicios, como ha sucedido en el caso concreto..."

VOTO SALVADO DE MAGISTRADOS VALLE Y RAMIREZ:

A. Recurso de parte actora:

I "... al ser desocupado un edificio, para demolerlo y construirlo de nuevo, termina el contrato de arrendamiento anterior, quedando tan solo al ex-inquilino el derecho de prioridad para ocupar la nueva construcción, si le conviene su arquitectura y el precio correspondiente..."

... ni el derecho de transformación ni el precio del nuevo arrendamiento tienen limitación alguna".

II "... los demandados no han podido incurrir por ese motivo en la obligación de pagar al actor los daños y perjuicios de que se queja, a base del supuesto incumplimiento del contrato de arrendamiento que entre ellos existía..."

B. Recurso de la parte demandada:

VII "De acuerdo con el criterio expuesto es evidente que ha sido violado el artículo 9 de la Ley de Inquilinato, por interpretación errónea y aplicación indebida, tanto porque el nuevo edificio fue ocupado por sus propietarios, lo que su texto permite, como haberle ofrecido aquéllos a su ex-inquilino un espacio dentro del mismo, requiriéndolo judicialmente para que lo ocupara y depositando en el Juzgado las llaves, que fueron retiradas cuando venció el término concedido al actor para que hiciera uso de su derecho, sin obtenerse de él respuesta alguna..."

COMENTARIO:

Se puede concluir de las resoluciones de los Tribunales de instancia y de la Sala de Casación, quien en esta sentencia se plantean multitud de problemas referentes al derecho de prioridad. Particularmente interesa determinar si éste es un efecto del contrato de arrendamiento o es una obligación impuesta por la ley, con el propósito de deducir si el hacer inefectivo el ejercicio del derecho de prioridad, conlleva un incumplimiento contractual o de una obligación legal.

Sin embargo, antes se debe establecer los conceptos de derecho de prioridad y de contrato de arrendamiento.

A. El derecho de prioridad:

El Juzgado de primera instancia lo definió como el derecho de preferencia que, conforme al artículo 9 de la Ley de Inquilinato, tiene todo inquilino de un local para comercio o para profesionales, cuando es desalojado del que ocupa por razones de reparaciones o de reconstrucción total del mismo, a que el propietario le dé preferencia a cualquier otra persona que en igualdad de condiciones quiera ocuparlo(3). Sin embargo, conforme a este criterio el propietario del local podría hacer totalmente inefectivo el ejercicio de ese derecho, por lo que la moderna doctrina costarricense completa la anterior definición con el criterio de que el propietario debe ofrecerle al inquilino (o ex-inquilino, dependiendo del criterio que se asuma, como veremos más adelante) una sección o local similar al que tenía en arrendamiento en la edificación reparada o demolida(4). De los criterios anteriores deriva la discusión de si el propietario está obligado, en virtud de ese derecho de prioridad, a construir un local similar al que ocupaba el inquilino, o si cumple con su obligación al preferir al inquilino sobre otro tercero en igualdad de condiciones para ocupar el nuevo local que edificó.

B. El contrato de arrendamiento:

En el transcurso del debate fue definido como un contrato perfecto bilateral o sinalagmático, y en referencia a los locales comerciales, es aquel por el cual, mediante un precio determinado que se denomina alquiler o renta, el dueño de la propiedad que se llama arrendante o locador, le confiere a otro que se llama arrendatario o locatario, el uso y disfrute del local para que lo destine a su negocio o comercio, por el tiempo convenido(5).

Es claro que ambos conceptos son diferentes, no significan lo mismo, pero ese criterio del Juzgado no resuelve el problema planteado, pues no toma posición definida en cuanto a si el derecho de prioridad es o no un efecto del contrato de arrendamiento, aunque sí podemos deducir algunos elementos de la sentencia que analizamos.

C. El derecho de prioridad como obligación legal:

Este criterio se fundamenta en que el contrato de arrendamiento se considera finalizado desde el momento en que el inquilino desaloja el local en virtud de la necesidad que tiene el propietario de hacer reparaciones o efectuar una construcción total en el inmueble que ocupa el local del inquilino. Así, si el contrato está legalmente terminado, ese derecho del ex-inquilino (pues ya ha dejado de serlo) no puede surgir del contrato, no es un efecto de éste, por lo que si el propietario hace imposible el ejercicio del derecho de prioridad no incumple el contrato, sino una obligación que le impone el artículo 9º de la Ley de Inquilinato.

La resolución del Tribunal de Instancia claramente se inclina por esta tesis, pues en repetidas ocasiones reitera que la ley es la que reconoce el derecho de prioridad(6) y que el contrato de arrendamiento terminó legalmente desde que Rojas acató la orden judicial de desalojo(7). La resolución de Casación en este aspecto es omisa, pues únicamente una vez manifiesta que lo que existe es un incumplimiento de la relación jurídica nacida de la ley y no del contrato de arrendamiento que implicaba la obligación de concederle preferencia al actor para poder ocupar un local en

(3) *Sentencias de la Corte de Casación*, Año 1959, II Semestre, I Tomo, p.391 - 392.

(4) Casafont Odor, *Op. cit.*, p. 94 - 95.

Bermúdez R. (N); "*El contrato de arrendamiento en el Derecho Civil*", Universidad de Costa Rica, 1981, p. 98.

(5) *Sentencias de la Corte de Casación*, Año 1959, II Semestre, I Tomo, p. 392.

(6) *Sentencias de la Corte de Casación*, Año 1959, II Semestre, I Tomo, p. 393.

(7) *Ibid*, p. 396 -397.

la nueva construcción(8) También en su recurso, la parte demandada expresa que no se discute en el subjudice el incumplimiento de ningún contrato de inquilinato, que no existe, sino de un derecho de prioridad(9) que debemos concluir que, si no deriva del contrato de arrendamiento anterior, proviene de una obligación legal que se impone al propietario.

Se debe apuntar también que en ningún momento el actor alegó la existencia de un incumplimiento contractual, sino que planteó que los demandados imposibilitaron el ejercicio de su derecho de prioridad, que, como lógica consecuencia, considera derivado de la ley y no del contrato de inquilinato.

La doctrina costarricense es totalmente contradictoria en este sentido aunque se debe reconocer que en ningún momento ha considerado realmente este tema. Casafont, por ejemplo, habla indistintamente del derecho del inquilino o del ex-inquilino, sin definir si el derecho surge de la ley o del contrato, o si el contrato se considera finalizado al desalojar el inquilino el local o no, pues si considera que es el inquilino al cual se le concede el derecho, estaría aceptando que el contrato de inquilinato no ha finalizado con el desalojo y que el derecho de prioridad es un efecto del contrato, mas si se refiere al ex-inquilino estaría afirmando que el contrato de arrendamiento termina con el desalojo y que el derecho de prioridad proviene de la ley y no del contrato (10,11).

De todo lo anterior se pueden deducir dos aspectos: en primer lugar, que nuestra jurisprudencia ha considerado, indudablemente, que el derecho de prioridad proviene de la ley y no del contrato, por lo que si el propietario del inmueble impide su ejercicio incumple una obligación legal y no una derivada del contrato de inquilinato que celebró, y en segundo término, que este tema no ha sido considerado en ningún momento por nuestra doctrina, que no ha definido si lo que existe es un incumplimiento contractual o un incumplimiento de una obligación legal. Aún así, Casafont denomina a este derecho como derecho de prioridad legal, con lo que se fortalece nuestra tesis (12).

D. El derecho de prioridad como efecto contractual:

Aunque como se apuntó anteriormente, el actor nunca fundamentó su acción en un incumplimiento contractual, se considera interesante plantear el derecho de prioridad como un efecto derivado del contrato de inquilinato que conlleva un derecho para el inquilino con la consecuente obligación a cargo del propietario del inmueble.

Como bien apunta el Lic. Pablo Casafont Romero, el cuerpo de leyes inquilinarias que existe en nuestro país no tiene como única finalidad la de impedir el alza desmedida del precio de los alquileres, sino que entre otras, y de primordial importancia, procura asegurar la permanencia u ocupación del inquilino en el respectivo bien, mediante el establecimiento de disposiciones legales proteccionistas con carácter imperativo o de interés público (13).

También la generalidad de la doctrina, aunque no se refiere al contrato inquilinato sino a su género, el contrato de arrendamiento, considera que es obligación del arrendador o propietario del bien el mantener en su uso, y disfrute de la cosa al arrendatario, y en caso de que perturbe

(8) *Ibid*, p. 434.

(9) *Ibid*, p. 413.

(10) Casafont, *Op. cit*, p. 79 y 95, donde en la misma página habla de inquilino y ex-inquilino.

(11) Bermúdez, *Op. cit.*, p. 93 y 99, donde utiliza ambos términos en forma indistinta.

(12) Ver Casafont, *Op. cit.*, p. 94.

(13) Casafont Romero (P), "*Vigencia de la Ley de Inquilinato*", San José, 1969, p. 7.

por acto propio ese goce del bien, no cabe duda que incurre en responsabilidad (14).

Así pues, uno de los efectos del contrato de Inquilinato es imponerle al propietario la obligación de procurarle al inquilino el uso y disfrute pacífico de la cosa, amén de la permanencia y ocupación de éste en el respectivo bien.

Sin embargo, para poder considerar el derecho de prioridad como efecto contractual se debe aceptar que el contrato de inquilinato no termina con el desalojo por el inquilino del local de comercio que ocupa, en virtud de la necesidad que tiene el propietario de hacer reparaciones en el local o de construir uno totalmente nuevo, sino que sus efectos se suspenden hasta que el inquilino ejerza su derecho de prioridad y ocupe un local en el nuevo edificio, lo que constituye, no un nuevo contrato de arrendamiento, sino la continuación del mismo. Si el inquilino no quiere ejercer su derecho, el contrato se da por terminado.

Aunque esta tesis es la que me parece más lógica, de acuerdo a lo anteriormente expuesto no creo que sea seguida por la doctrina ni por la jurisprudencia costarricense.

Es importante analizar lo que en este aspecto establece la Ley de Arrendamientos Urbanos española de 1956. Al derecho denominado en nuestro país como derecho de prioridad lo conocen en la doctrina española como derecho de retorno (15). El artículo 78 de la LAU establece que el arrendador que quiera construir una nueva edificación debe comprometerse a que el nuevo edificio contenga, al menos, una tercera parte más del número de viviendas de que disponga la anterior construcción, respetando también el número de locales de negocio que hubiere. La jurisprudencia española del Tribunal Supremo ha establecido que el derribo de la edificación produce una opción para el arrendatario (Véase bien que no se refiere a él como ex-arrendatario), entre los derechos, el de percibir una indemnización, con extinción también del arrendatario, o el de ocupar, por el mismo título de arrendamiento una habitación o local de negocio en el nuevo edificio, análogos a los que ocupaba en el derribado (Sentencia del 25 de enero de 1956) (16). De lo anterior se desprende que, si el inquilino no quiere ejercer su derecho se extingue el contrato de arrendamiento, mas si así lo hace el contrato que había concluido con el arrendador continúa. Así, si el propietario incumple su obligación y hace inefectivo el derecho de retorno (o de prioridad), incumple un contrato, más que una obligación legal.

Otra sentencia del Tribunal Supremo establece que si el arrendatario no ejercita su opción dentro del plazo concedido al efecto, incurre en causa de resolución del contrato de arrendamiento (Sentencia del 28 de junio de 1961) (17). Es importante esta sentencia porque de ella se concluye que el contrato de inquilinato no había llegado a su fin al momento en que el inquilino desaloja el local, sino que continúan sus efectos.

Se puede apreciar entonces que en el Derecho Español el allí llamado derecho u opción de retorno no es una obligación impuesta por la ley, sino un efecto del contrato de inquilinato, que no termina al desalojar el inquilino el local que ocupaba, sino que continúa hasta que el inquilino ejerza su derecho (caso en el cual sigue produciendo efectos) o termina si éste no quiere hacerlo.

-
- (14) Arias, (J), *"Contratos Civiles"*, Tomo II, Buenos Aires, 1959, p. 10.
Puig Peña (F), *"Compendio de Derecho Civil Español"* Tomo III, Volumen II, Barcelona, España, p. 708 - 709.
Josserand (L), *"Derecho Civil"*, Tomo II, Vol. II, Buenos Aires, 1951, p. 135.
Bonnecase (J), *"Elementos de Derecho Civil"* Tomo II, Puebla, México, 1945, p. 542.
Colin y Capitant, *"Curso Elemental de Derecho Civil"* Tomo IV, Madrid, 1955, p. 340.
Rojina Villegas (R) *"Compendio de Derecho Civil. Contratos"* Tomo IV, México 1982, p. 228 - 229.
- (15) Díez Picazo (L) y Guillón (A); *"Sistema de Derecho Civil"*. Volumen II, Madrid, 1978, 2a. reimpresión, p. 304.
Castán Tobeñas (J); *"Derecho Civil Español, Común y Foral"*. Tomo IV, Madrid, 1977, p. 357.
- (16) Cit. por Rodríguez Navarro (M); *"Doctrina Civil del Tribunal Supremo sobre arrendamientos urbanos"*. Madrid, 1962, p. 871.
- (17) *Ibid*, p. 868.

E. El derecho de prioridad como una limitación al ejercicio del derecho de propiedad:

Desde su punto de vista conservador y estático ya había señalado Josserand en 1939 que la legislación especial de inquilinato es atentoria de multitud de reglas que forman parte integrante del derecho natural, pues el denominado por él como derecho inviolable y sagrado de la propiedad se ve "atacado" y limitado por la nueva legislación (18).

Aunque no comparto en modo alguno el fondo de las apreciaciones de Josserand, sí coincidimos en el hecho de que la legislación inquilinaria impone al propietario arrendador limitaciones al ejercicio de su derecho de propiedad, fundamentadas en nuestro país por el párrafo final del artículo 45 de la Constitución Política. En el caso del derecho de prioridad éste no podría existir sin aceptar limitaciones al derecho de propiedad, pues si se aceptara las tesis del Juzgado, de la Sala Civil o el voto salvado de Casación ese derecho se haría nugatorio, lo que en forma consecuente lo alegaron el Juzgado y los demandados en su recurso. Lo lógico habría sido reconocer abiertamente que el derecho de propiedad está limitado por la Ley de Inquilinato y no negarlo, como lo hizo el Juzgado, o desviar la atención del problema, como lo hizo la Sala Civil, lo que impidió que la Sala de Casación se manifestara al respecto.

F. Argumentos del actor:

El fundamento de los daños y perjuicios reclamados por Rojas, se encontraban en hechos que claramente no eran resarcibles en virtud del impedimento del ejercicio del derecho de prioridad, sino que lo serían si el contrato de inquilinato hubiera sido incumplido en su totalidad. Lo que el actor debió haber hecho fue valorar el derecho de prioridad, considerando el valor del derecho de llave o punto comercial del local que ocupaba Rojas, que, como dice Casafont, es el fundamento del derecho de prioridad (19).

G. Argumentos de demandados:

Arguedas y Jara alegaron que el derecho de prioridad no puede limitar el ejercicio del derecho de propiedad por su parte, lo que como atrás quedó indicado no tiene fundamento.

H. Resolución de la Sala Civil:

La Sala revocó la resolución del Juzgado que había resuelto sin lugar la acción del actor, por cuanto consideró que con la firma del contrato de arrendamiento entre los demandados y Esso, aquéllos se pusieron en condiciones de no poder cumplir su obligación con el actor, lo cual es totalmente errado en virtud de que ese derecho de Rojas privaba sobre cualquier contrato *posterior* que celebraran los demandados, y que era inoponible ante Rojas, a tenor de lo que establece el artículo 1025 del Código Civil y el 18 de la Ley de Inquilinato, que da el carácter de orden público a esa legislación.

CONCLUSIONES

De todas las consideraciones anteriores puedo concluir lo siguiente:

- 1) El derecho de prioridad está insuficientemente regulado en nuestra Ley de Inquilinato, lo que produce problemas de interpretación que nuestra doctrina y jurisprudencia han resuelto parcialmente.

(18) Josserand, *Op. cit.*, p. 194.

(19) Casafont Odor, *Op. cit.*, p. 97.

- 2) Nuestra jurisprudencia nunca se ha planteado formalmente si el derecho de prioridad puede constituir un efecto del contrato de arrendamiento, sino que ha aceptado sin discusión que es una obligación impuesta por la ley y así lo ha manifestado expresamente.
- 3) Nuestra doctrina tampoco se ha planteado seriamente este problema, por lo que incurre en evidentes contradicciones con respecto a si el contrato de inquilinato termina con el desalojo del inquilino o continúa con el ejercicio del derecho de prioridad, denominando indistintamente al arrendador actual como inquilino o ex-inquilino.
- 4) La tendencia moderna manifiesta en la Ley de Arrendamientos Urbanos Española se inclina por considerar al derecho de prioridad como un efecto contractual, por lo cual si el propietario hace inefectivo el derecho de prioridad del inquilino, incurre en incumplimiento contractual, estando obligado al resarcimiento de los daños y perjuicios causados al inquilino.
- 5) El derecho de prioridad es una clara limitación al ejercicio del derecho de propiedad, particularmente al de transformación, pues el propietario, para hacer efectivo el derecho de prioridad del inquilino debe construirle un local similar, y si así no lo hiciere, está obligado al pago de daños y perjuicios.
- 6) La resolución de la Corte de Casación es muy pobre con relación al examen de los temas planteados, por lo cual examiné con mayor atención las resoluciones de instancia, las cuales fueron, en mi criterio, erradas. El Juzgado erró por haber fundamentado su resolución en un concepto de derecho de propiedad arcaico y obsoleto, y la de la Sala Civil por haber evadido la consideración de los aspectos verdaderamente de fondo e incurrir así en contradicciones evidentes.
- 7) Para terminar, señalo entonces que, de acuerdo a nuestra jurisprudencia y doctrina, el propietario que hace inefectivo el ejercicio del derecho de prioridad al inquilino incumple una obligación legal y no el contrato de inquilinato, que había terminado desde el momento en que el arrendatario desalojó el local de comercio. Sin embargo, por las razones anteriormente expuestas, considero esta tesis equivocada y creo que el derecho de prioridad es un efecto del contrato de inquilinato, que no termina al momento del desalojo del local, sino hasta que el inquilino no quiera ejercer su derecho de prioridad.

BIBLIOGRAFIA

- ARIAS, José; *Contratos Civiles*. Tomo II. Compañía Argentina de Editores, Buenos Aires, Argentina, 1939.
- BERMUDEZ, R., Nora; *El Contrato de Arrendamiento en el Derecho Civil*. Tesis. Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica, 1981.
- BOUNECASE, Julien; *Elementos de Derecho Civil*. Tomo II. Editorial José Cajica, Puebla, México, 1945 (Traducido por el Lic. José Cajica).
- CASAFONT O., Pablo; *Legislación y Jurisprudencia sobre inquilinato en Costa Rica*. Ediciones Juricentro, San José, Costa Rica. 1977.
- CASTAN TOBERNAS, José; *Derecho Civil Español, Común y Foral*. Tomo IV. Instituto Editorial Reus, S.A., Madrid. 1977.
- COLIN Y CAPITANT; *Curso elemental de Derecho Civil*. Tomo IV. Tercera Edición. Instituto Editorial Reus, S.A., Madrid, España. 1955. (Traducido de la segunda edición francesa).

CORTE DE CASACION: *Colección de Sentencias*. Año 1959. Segundo Semestre. Primer Tomo. Imprenta Nacional, San José, Costa Rica. 1960.

COSSIO Y CORRAL RUBIO Y ARCOS; *Tratado de Arrendamientos Urbanos*. Ediciones Rialp, S.A., Madrid, España. 1949.

COTO ALBAN, Carlos Manuel; *Ley de Inquilinato*. Librería e Imprenta Antonio Lehmann, San José, Costa Rica. 1961.

DIEZ PICAZO GUILLON; *Sistema de Derecho Civil*. Volumen II. Editorial Tecnos, Madrid. 1978.

JOSSERAND, Louis; *Derecho Civil*. Tomo II. Vol. II. Ediciones Jurídicas Europa-América, Bosch y Compañía Editores, Buenos Aires, Argentina. 1951. (Traducción de Santiago Cunchillos y Manterola, de la Edición Francesa de 1939).

RODRIGUEZ NAVARRO, Manuel; *Doctrina Civil del Tribunal Supremo sobre Arrendamientos Urbanos*. Aguilar, S.A. Madrid, España. 1962.

ROJINA VILLEGAS, Rafael; *Compendio de Derecho Civil*. Tomo IV Decimo cuarta Edición Editorial Porrúa, S.A. México, D.F. México. 1982.

LOS INTERDICTOS DE AMPARO, RESTITUCION Y REPOSICION DE MOJONES SU ANALISIS Y DIFERENCIAS

*Trabajo presentado al Prof. Lic. Orlando Aguirre
Cátedra de Derechos Reales II
por Luis Paulino Salas Rodríguez*

PRESENTACION

El sometimiento de los intereses particulares al ordenamiento jurídico creado por la comunidad social constituye una característica que evidencia un Estado de Derecho. No es sino con tal sujeción que se logran la paz y seguridad jurídica, y se rehuye de la anarquía.

Y es la tutela interdictal de la posesión un iter jurídico creado para eludir esas situaciones caóticas donde dos o más sujetos pretenden a la vez, y por medios ilegítimos, tener derecho a la detentación de una cosa poseíble.

Estas directrices sirven de orientación a efecto de escribir unas cuantas líneas en cuanto al por qué se protege la posesión y con cuáles medios, sean estos últimos los interdictos de amparo, restitución y reposición de mojones, enfatizando respecto de cada uno, los actos lesionantes de la posesión a que se oponen, con el fin primordial de lograr su verdadera caracterización y por consiguiente, su plena individualización.

De lograr tales objetivos, hemos de sentirnos satisfechos con el modesto aporte de este trabajo.

INTERDICTOS DE AMPARO, RESTITUCION Y REPOSICION DE MOJONES

I. ¿CUAL ES EL FUNDAMENTO DE LA PROTECCION POSESORIA?

La posesión es un estado de hecho. Pero, no obstante ello, resulta que en las legislaciones modernas tal situación es amparada sin adentrarse a averiguar si responde o no a un derecho de quien la ejerce, aquella efectiva tenencia de la cosa. Es un *statuo quo* que la ley obliga, aunque sea provisionalmente, a respetar, protegiendo al poseedor con medios judiciales de defensa contra quienes le ataquen. Los poseedores son tutelados por el solo hecho de serlo, posteriormente se dilucida si tienen derecho a poseer y con ello se dispensa, muchas veces, dicha tutela a situaciones de hecho que luego resultan ser ilegales (1).

Se discute cuál sea el fundamento de la protección posesoria, ya que la posesión se protege con independencia del derecho del poseedor sobre el objeto poseído, con lo cual puede resultar protegido quien carece de todo derecho sobre el mismo. Por encima del origen histórico que tal protección haya podido tener, la cuestión se trata de resolver en el plano de la filosofía jurídico-social, siendo las teorías que más difusión han alcanzado las defendidas por Savigny e Ihering, ambas de carácter relativo, ya que no sitúan el fundamento de la protección en la propia posesión, sino en motivos extrínsecos a la misma.

Se distingue entre Teorías relativas y absolutas por una clasificación que hiciera el mismo Ihering de las teorías que explican el fundamento de la protección de la posesión en su obra

(1) ARIAS RAMOS, J. y ARIAS BONET, J. *Derecho Romano*. Edit. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1979, pág. 277.

"Fundamento de la protección posesoria" y que pasamos a desarrollar para tener una visión global del problema (2).

A TEORIAS RELATIVAS.

La protección de la posesión no tiene su fundamento en la posesión misma, sino:

1) En la interdicción de la violencia.

a. Savigny acentúa, principalmente, el motivo jurídico privado que asiste al poseedor (la perturbación posesoria es un delito contra el poseedor).

b. Rudorff, por el contrario, se fija más en el motivo jurídico público que asiste a la comunidad. (La perturbación de la posesión es un atentado contra el orden jurídico).

2) En el gran principio de derecho, según el cual "*nadie puede vencer jurídicamente a otro, si no tiene motivos preponderantes en qué fundar su prerrogativa*" (Thibaut).

3) En la prerrogativa de la probidad, en virtud de la cual se debe suponer, hasta prueba en contrario, que el poseedor que puede tener un derecho a la posesión tiene, en realidad, ese derecho (Röder).

4) En la propiedad. La posesión es protegida:

a. Como propiedad probable (o posible); tal es la opinión antigua.

b. Como propiedad que empieza (Gans).

c. Como complemento necesario de la protección de la propiedad (Ihering).

B. TEORIAS ABSOLUTAS

La posesión es protegida por sí misma, en atención a que:

1) Es la voluntad en su encarnación real (Gans, Puchta, Bruns).

2) "*Sirve como la propiedad al destino universal del patrimonio, a la satisfacción de las necesidades de la Humanidad por medio de las cosas y para el poder libre que sobre ellas se ejerce, su fin es conservar el estado de hecho de las cosas*" (Sthal).

Vale la pena comentar algunas de estas teorías y otras que Ihering no incluye en su clasificación por ser más modernas.

La teoría absoluta de Gans está inspirada en la filosofía hegeliana y se formula según la inviolabilidad de la voluntad. Sostiene que la detención de la cosa considerada como un acto de la voluntad del sujeto puede encontrarse en armonía con la "voluntad universal" (ley), y en tal caso existe la propiedad, o bien descansa sólo sobre la voluntad particular, y entonces hay posesión. Esta implica la voluntad incorporada a la materia; la voluntad particular contiene en sí algo de sustancial y por eso merece protección; cuando la voluntad particular de la persona se aplica a las cosas, es un derecho y debe tratarse como tal (3).

Las teorías relativas (Savigny, Rudorff, Thibaut) de la paz jurídica tienden a defender esa paz jurídica llevando a cabo una interdicción de la violencia y del ejercicio arbitrario de los derechos. El despojo y la perturbación son suprimidos porque se oponen a esta paz y al orden jurídico. La razón de la defensa de la posesión es la misma que determina el que nadie puede tomarse la justicia por su propia mano (4).

(2) Tomado de CASTAN TOBEÑAS, J. *Derecho Civil Español, Común y Foral*. Reus S.A., Madrid, T.II, Vol. 1, 1971p. 462 n. 1,;

(3) ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo. SOMARRIVA UNDURRAGA, Manuel. *Curso de Derecho Civil*. Edit. Nascimento, Santiago, 1957, t. II, p. 436.

(4) DIEZ PICAZO, Luis. GULLON, Antonio. *Sistema de Derecho Civil*. Edit. Tecnos, Madrid, Vol. III, 1978, p. 69.

En forma semejante, Ennecerus-Wolff encuentra el fundamento en que los estados de hecho existentes no pueden destruirse por actos de autoridad propia, sino que se impugnen por vías de Derecho, si con él se contradicen. La protección posesoria es la protección de la paz general, reacción contra la realización del derecho por la propia mano del lesionado y que una sociedad medianamente organizada no puede tolerar (5).

Por el contrario, Ihering ve el fundamento de la protección en la necesidad de defender de modo efectivo la propiedad; *"la protección de posesión como exterioridad de la propiedad es un complemento necesario de la protección de la propiedad, una facilitación de la prueba en favor del propietario, la cual aprovecha necesariamente también el no propietario"* (6).

Otra teoría un poco menos importante es la de la presunción o de la apariencia preconizada por Pothier y seguida por Troplong, Aubry y Rau, que justifica la protección posesoria por una presunción de propiedad: lo que la ley protege y garantiza es, más que la posesión misma, el derecho probable de propiedad que la existencia de aquella hace suponer (7).

Ferrini expone la teoría de la protección de la personalidad según la cual lo que se tutela jurídicamente no es la situación de hecho del poseedor respecto de la cosa, sino la personalidad humana que se desarrolla a través de ella. La posesión de las cosas es una condición del desarrollo de la personalidad humana, por lo cual el verdadero significado jurídico de la tutela posesoria consiste en vedar que se perturbe arbitrariamente dicho desarrollo (8).

Por último, está la teoría de la continuidad o del mantenimiento del statu quo expuesta por Phillip Heck. La protección radica en la necesidad de que la vida jurídica tenga continuidad. La continuidad es un bien por sí mismo con independencia de que exista o no derecho. El poseedor sin derecho terminará cediendo ante el propietario, pero habrá de hacerlo por las vías procedimientos jurídicos sin que la continuidad se rompa, porque la ruptura de la continuidad es siempre un daño a un interés vital. Hasta que la existencia de un mejor derecho sea establecido judicialmente, el statu quo debe mantenerse y el estado posesorio ser respetado sin modificación.

Si alguien no respeta el estado posesorio, debe restablecer dicho estado (9).

Luego de vistas algunas de las tantas teorías que sobre el fundamento de la protección posesoria se han elaborado, es evidente que no hay una posición pacíficamente aceptada. Al contrario, la diversidad es muy amplia, lo que indica la dificultad de este tema al explicarlo doctrinariamente. Sin pretender tomar partido por una u otra, labor ociosa, sí es bueno indicar que se persigue ante todo el evitar que la paz jurídica, o la continuidad si se quiere, sea perturbada. La frase *"no tomarse la justicia por propia mano"*, aplicable también a otros campos del Derecho, resulta en este caso precisa. Si se permite que cada individuo por sí y ante sí actúe sin la intercesión de un poder autorizado, por la comunidad social, nos dirigiríamos inmediatamente, a un caos, situación contraria a la que pretende el Derecho. Si bien se protegerá muchas veces al que no merece tal tutela, no es sino un mal menor en comparación con un estado de anarquía. Además, tal protección, como se sabe, es provisional, es decir, mientras se comprueba en el proceso correspondiente su derecho a la posesión. En definitiva, el que una autoridad suprapartes decida

-
- (5) Citado por DE DIEGO LORA, Carmelo. *La Posesión y los Procesos Posesorios*. Ediciones Rialp, S.A., Madrid, 1962, Vol. 1, p. 136.
- (6) ESPIN, Diego. *Manual De Derecho Civil Español*. Edit. revista de Derecho Privado, Madrid, 1968, v. II, p. 29.
- (7) ALESSANDRI, *Op. Cit.* p. 437.
- (8) DIEZ PICAZO, Luis. *Op. Cit.* P. 69.
- (9) DIEZ PICAZO, Luis. *Op. Cit.* p. 70.

a quién corresponde el derecho de poseer, es la vía más indicada para eludir la perturbación de la paz jurídica en una sociedad moderna y lo que da suficiente basamento a la protección interdictal.

II. BREVES ANTECEDENTES HISTORICOS DE LOS INTERDICTOS

Según Guillermo Cabanellas (10) la palabra interdicto significó primitivamente el decreto o mandato que mediante cierta fórmula propiciaba el pretor, para que uno de los litigantes tuviera interinamente la posesión de la cosa litigiosa y evitar conflictos hasta juzgar con mayor conocimiento y más pruebas acerca del derecho de posesión o del de propiedad. Unos derivan el vocablo del tipo de sentencia o providencia que se dictaba, *sententia interin dicta*. Otros afirman que proviene del verbo latino *interdicere*, prohibir o vedar, por la prohibición que todos ellos contenían de no perturbar al poseedor interino.

Para Justiniano la etimología se encuentra en la locución *quia inter duos dicitur* (porque es dicho entre dos).

Los interdictos posesorios romanos, en la época clásica, se dividieron en cuatro categorías: 1. los interdictos *adispiscendae possessionis*. (Estaban destinados a hacer adquirir la posesión de la cosa que aún no se hubiese poseído). -el *quorum bonorum*, el salviano, *quod legatotum* y el *possessorium*). 2) Los interdictos *recuperandae possessionis*. 3) Los interdictos *retinendae possessionis* y 4) Los interdictos *tam adispiscendae quam recuperandae possessionis*.

Los interdictos *recuperandae possessionis* se utilizaron en favor de aquellos que habían sido despojados de su posesión para que se les reintegrara. Para Petit (11) estos interdictos debió crearlos el pretor con ocasión del *ager publicus*. Cuando las leyes agrarias limitaron la extensión de las tierras que podía ocupar cada ciudadano, aumentando con ello el número de poseedores, las rivalidades y codicias, llegaron con frecuencia desposesiones violentas o clandestinas. Por otra parte, cuando se relajaron los lazos de la clientela, las patronos que querían recuperar sus tierras, concedidas a título precario, chocaron frecuentemente con la resistencia de los clientes ingratos. Como no procedía la *rei vindicatio*, pues faltaba la cualidad de propietario, y con objeto de prevenir las turbulencias, el pretor hizo uso de su autoridad para ordenar la restitución. Más tarde se ampliaría a las cosas cuyos propietarios eran los particulares.

En el Derecho clásico fueron dos las clases de interdictos para recuperar la posesión: el *interdictum de vi* y el *interdictum de vi armata*. El primero no se podía intentar luego de transcurrido un año, a partir del hecho que lo motivaba. Se daba a favor del que había sido expulsado de un fundo o impedido de entrar en él por cualquier forma de violencia que no fuese la específicamente indicada por el otro interdicto, y siempre que estuviera, cuando la violencia tuvo lugar, poseyendo *nec vi*, *nec clam* y *nec precario* respecto del adversario. Con él se obtenían la reintegración en la posesión y la indemnización de perjuicios.

El interdicto *de vi armata* se daba cuando el despojo de la posesión hubiese sido ejecutado por un grupo de hombres armados. No tenía el límite del año y prosperaba aunque se tratara de una *possessio vitiosa* (12).

Los interdictos *retinendae possessionis* defendían la posesión en caso de perturbación o molestia causada al poseedor, o también en caso de que se temiera la perturbación o molestia.

Eran dos: el *uti possidetis* y el *utrubi*. Con el primero el poseedor mantenía su posesión actual, a condición de que ésta no fuera viciosa respecto a su adversario. Estaba destinado a la verdadera *possessio*, relativa a los fundos. El vencedor conseguía la cesación de las perturbaciones y la reparación de los daños sufridos.

(10) CARBANELLAS, Guillermo. *Diccionario de Derecho Usual*. Edit. Heliasta SRL., Buenos Aires, T. II, 1976, p. 408.

(11) PETIT, Eugene. *Tratado Elemental de Derecho Romano*. Edit. Albatroz, Buenos Aires, 1970, p.929.

(12) ARIAS RAMOS, J., *Op. Cit.* p. 283.

El interdicto *utrubi* estaba modelado respecto a los esclavos, pero fue extendido a todas las cosas muebles. Considerando que las cosas muebles por eventualidades naturales, o por huida en cuanto a los esclavos y animales, pasaban fácilmente de una mano a otra, la victoria era atribuible no al poseedor actual, sino a aquel que había poseído por más tiempo en el año anterior al interdicto, *nec vi, nec clam, nec precario* con respecto al adversario (13).

Respecto a los interdictos *retinendae possessionis*, no existía ya en el Derecho justiniano la diferencia entre el *uti possidetis* y el *utrubi*; ambos se dictaban en favor de quien estaba poseyendo cuando el interdicto tenía lugar. Por lo que respecta a los *recuperandae possessionis* la dualidad de interdictos desapareció. Existía uno solo, para cualquier tipo de violencia, denominado *interdicto unde vi* (14).

Sería en el derecho canónico cuando se daría la aparición de dos nuevas instituciones:

1. la *condictio ex canone reintegrandae*, que se acordaba para el mero tenedor despojado de la cosa mueble e inmueble.
2. el *sumarissimum possessorium*, que era una medida policial destinada a mantener el orden mientras se substanció el juicio plenario de posesión. Más tarde este procedimiento se generalizó, pasando a ser la regla en el derecho alemán, italiano y francés, apartándose de la tradición romana (15).

Brevemente quedan expuestos los principales precedentes históricos del tema que analizamos.

III. ANALISIS DE LOS INTERDICTOS DE AMPARO, RESTITUCION Y REPOSICION DE MOJONES EN LA LEGISLACION COSTARRICENSE

A. IDEAS GENERALES:

Los interdictos, o, como también se les llama, las acciones posesorias, concretizan en el derecho positivo la protección que un ordenamiento jurídico otorga a la posesión; constituyen medios adecuados y eficaces que tienden a satisfacer la imperiosa necesidad de que esa situación de hecho llamada posesión sea convenientemente tutelada. Con la acción posesoria se faculta al poseedor de una cosa para solicitar a la autoridad competente le sea reconocida la posesión, ora restituyéndosela, ora manteniéndolo en ella sin perturbaciones.

Tal protección posesoria, y con esto recordamos algunas ideas de la teoría de la paz jurídica, se apoya en que la Ley no debe permitir que la situación posesoria sea atacada, ni siquiera por quien persigue un fin justo en sí (como el de hacerse con una posesión que le corresponde) y menos por quien pretende despojar injustamente al poseedor. "*El Ordenamiento Jurídico que rijá cualquier comunidad que aspire a sobrevivir y que esté medianamente organizada, lo primero que ha de prohibir es que nadie se tome la justicia por su mano*" (16).

Y esta prohibición que está directamente dirigida al perturbador o al despojante, según sea el caso, afecta de manera parecida al poseedor, pues aunque como lo señala el artículo 305 del Código Civil: "*El propietario y el poseedor de cualquier clase que sean, pueden defender su propiedad o posesión repeliendo la fuerza con la fuerza...*", tal rechazo por la fuerza se limita a situaciones en que concurran los requisitos de defensa legítima, con lo que una vez realizado el despojo o concluido el acto perturbador no puede el poseedor lesionado sino recurrir al amparo

(13) BONFANTE, Pietro. *Instituciones de Derecho Privado Romano*. Instituto Editorial Reus, Madrid, 1969, p. 365.

(14) ARIAS RAMOS, J. *Op. cit.* pp. 283-284.

(15) ALSINA, Hugo. *Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial*. Compañía Argentina de Editores SRL, Buenos Aires, T. II, 1943, p. 448.

(16) ALBALADEJO, Manuel. *Instituciones de Derecho Civil*. Derecho de Bienes, Librería Bosch, Barcelona, T. II, 1975, p. 42.

judicial, pero no tratar de restablecer el statu quo ante por su propia mano. Se trata de una facultad que *"constituye un recurso excepcional a que es lícito apelar en situaciones extraordinarias únicamente, cuando de no obrar con energía y prontitud sobrevendrían daños inmediatos..."* (17). La necesidad racional y urgente del medio empleado para impedir la agresión constituye un requisito indispensable en esta *"extensión del derecho de legítima defensa personal"* (18).

Las acciones posesorias vienen a constituir, de este modo, una vía jurídica y civilizada para dirimir las cuestiones relativas a la posesión y su tutela, proscribiendo la ejecución personal y arbitraria de lo que se supone, individualmente, se tiene derecho; al participar una autoridad suprapartes que legitime la petición subjetiva se evita el desencadenamiento de una serie de hechos violentos que atentan contra el orden y la seguridad de la comunidad jurídica.

Los interdictos encuentran su fundamento sustancial en el Código Civil y se encuentran regulados procesalmente en nuestro Código de Procedimientos Civiles. Como otra gran cantidad de disposiciones de este Código, por no decir todas, los referentes a los interdictos son casi los mismos, salvo diferente nomenclatura, a las contenidas en la Ley de Enjuiciamiento Civil Española que tiene como antecedentes las Siete Partidas, la Recopilación Castellana y la Novísima Recopilación.

Consisten en juicios sumarísimos por su tramitación abreviada, ya que deciden interinamente sobre la posesión actual y momentánea, sin perjuicio del derecho de los interesados y por su limitada cognición. Su inmediata finalidad jurídica es la protección del hecho de la posesión con esas características, actual y del momento, pues *"de no ser así no se habría establecido de modo tan preciso como lo hacen esos artículos, que en tales juicios basta que la prueba se contraiga al mero hecho de poseer"* (19).

Existe un trámite en esta clase de juicios que le da cierta característica especial pues acelera el proceso: el juicio verbal. Es el único procedimiento en los juicios de mayor cuantía que obliga a la celebración de este acto procesal. Debe celebrarse necesariamente en el propio terreno objeto de la discusión y en la audiencia que se efectúa, las partes pueden hacer gestiones en forma oral —contestar la demanda y ofrecer pruebas, tanto testimoniales como periciales— e incluso, exigirse recíprocamente confesión. Las pruebas, sólo por falta de tiempo, podrían evacuarse fuera de la comparecencia haciéndole el Juez un señalamiento próximo; y en caso de que no comparezcan las partes al acto oral el Juez resuelve sin otro trámite el interdicto (Arts. 656-657-658 CPC).

Para exigir la protección posesoria deben presentarse estos tres presupuestos:

- 1) El actor debe demostrar la posesión o tenencia de la cosa. No se exige un derecho de propiedad sin que esto signifique que el propietario poseedor pueda hacer uso de ellos. Por otra parte, y como salvedad a lo dicho, cuando se trata de servidumbres continuas no aparentes o sobre las discontinuas, el actor debe probar que tiene derecho en virtud de título derivado de quien como propietario del fundo sirviente pudo concedérselo (Art. 662 CPC).
- 2) El demandante debe demostrar los hechos perturbadores o el despojo, así como la persona autora de ellos.
- 3) Que los hechos ocurrieran dentro de los tres meses anteriores a la demanda, pues se trata de un plazo de caducidad.

El que se produzca la caducidad de la acción posesoria no impide que el actor pueda acudir a la vía declarativa para lograr el restablecimiento de sus derechos, puede utilizar acciones negatorias o reivindicatorias.

Por otra parte, la Ley determina que estas acciones de ninguna manera afectan las cuestiones de propiedad o de posesión definitiva y que por ello no se admite discusión sobre ellas, sin embargo, esto *"no implica una prohibición de que se presenten, junto con las pruebas referidas a*

(17) BRENES CORDOBA, Alberto. *Tratado de los Bienes*. Editorial Juricentro, S.A., 1981, p. 61.

(18) *Ibid*, p. 62.

(19) Casación. *Gayle Whiter vs. Scott Purves*. de las 4:21 p.m., 13 febrero 1917, I Sem., p. 109. También Tribunal Sup. Civil No. 34, 14:50 hrs., 28 marzo 1967.

la posesión, escrituras demostrativas del derecho de propiedad y en muchos casos esto es aconsejable”(20).

Legitimación activa:

No sólo es poseedor el que posee a título de dueño, para quien la posesión es el signo exterior de un derecho dominical, sino todo poseedor pues sólo importa el corpus y por consiguiente el simple ocupante o tenedor actual puede hacerla valer en juicio (arrendatario, comodatario, prendario, depositario, usufructuario, usuario) (21).

Legitimación pasiva:

En la demanda que inicia el procedimiento ha de indicarse si el conato de perturbación o el despojo se ejecutaron por la persona contra quien se dirige la acción, es decir “...necesariamente tiene que dirigirse contra quien, haya lesionado o intente lesionar los derechos de quien demanda”(22), o también contra aquél que hubiere actuado ordenando el acto, con lo que se distingue entre el autor material y el que se puede denominar autor por inducción (23).

Caso de inevitable comentario a esta parte es el de si se configura la legitimación activa del arrendatario. Se ha dudado de tal posibilidad, especialmente por los autores franceses, fundándose en que el arrendamiento no es un derecho real, sino nada más que un derecho personal de goce; y en que el arrendatario cuando se le inquieta en la posesión, puede y debe dirigirse al propietario para que haga cesar las perturbaciones (24).

La doctrina italiana, por su parte, se muestra favorable a la actuación interdictal del arrendatario contra el arrendador, sin implicar el vínculo existente entre arrendador y arrendatario. Se invocan dos razones fundamentales:

- 1) Que entre arrendador y arrendatario existe una relación obligatoria por la que se encuentran determinados los derechos y obligaciones respectivos de ambas partes.
- 2) Que siendo el interdicto un juicio especial en el que no deben plantearse cuestiones de derecho, el examen de la relación contractual arrendaticia, o de las situaciones de ellas derivadas conducirían a ese inhábil planteamiento (25).

En Costa Rica tal posibilidad se origina en los artículos 305-307-317-1136 del Código Civil, 654-660 y 661 del Código de Procedimientos Civiles. Además, los Tribunales así lo han entendido.

“El arrendatario, para disfrutar del derecho de gozar del inmueble a él arrendado, tiene la posesión material del inmueble y entonces como cualquier poseedor tiene derecho a establecer el interdicto que requiera el amparo o la restitución de esa posesión y aún cuando los actos perturbadores o privadores de su posesión provengan del propietario o arrendante que los realiza en relación a otro inmueble colindante también de su propiedad; el inquilino puede establecer contra aquél el interdicto pues no se hacen distingos privando al locatario del ejercicio de esas acciones posesorias contra su locador y no es lícito distinguir donde la

-
- (20) SANABRIA CASTRO Wilson. *Doctrina y Jurisprudencia Sobre los Interdictos*. Tesis, Facultad de Derecho, UCR, 1970, p. 27.
 - (21) PRIETO CASTRO FERRANDIZ. *Derecho Procesal Civil*. Edit. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1969, v. II, p. 100.
 - (22) Casación. *González Lehmann vs. Gutiérrez Rojas*. 7 abril 1933, p. 331.
 - (23) DE LA PLAZA, Manuel. *Derecho Procesal Civil Español*. Edit. Rev. de Derecho Privado, Madrid, V. II, Primera Parte, 1955, p. 305.
 - (24) BRENES CORDOBA, Alberto. *Op. Cit.* p. 65.
 - (25) DE LOS MOZOS, José Luis. *Tutela Interdictal de la Posesión*. Edit. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1962, p. 193.

ley no distingue”.

(Tribunal Sup. Civil No.441 de las 16:40 hrs. 28 julio 1967).

Asimismo, no le quita ese derecho de acclonar la circunstancia de que, cuando se le inquie- ta en la posesión, el arrendatario pueda dirigirse al arrendante para que haga cesar las perturba- ciones, porque esto *“hay que entenderlo como una facultad de su parte, o sea que se trata de una garantía más para el arrendatario, que no se va en menoscabo de su acción contra el tercero”*. Porque puede ocurrir que el tercero Inquietante esté en colusión con el arrendante, y que por tal motivo éste no haga la defensa de la posesión del inquilino; o también que la perturbación venga directamente del arrendante, y entonces a él no podría acudir el inquilino para que lo pro- teja(26).

Con esto queda claro que el arrendatario se encuentra legitimado para Interponer una acción interdictal contra su arrendante.

En la otra cara de la moneda se ha afirmado que no puede negarse que *“efectivamente el arrendador se halla amparado por la tutela interdictal frente al arrendatario”*.

Así lo afirma De los Mozos (27) y aclara:

“Una cosa es que el arrendador no pueda usar el interdicto por falta de pago de las pensio- nes o por la terminación del plazo contractual, o de sus prórrogas, por ejemplo, en vez de acudir al procedimiento de desahucio; y otra, bien distinta, que pueda defender su posesión, no sólo contra la perturbación de un tercero que obre por su propia cuenta, o con la tole- rancia y consentimiento del propio arrendatario, sino contra éste, en todas aquellas relacio- nes de hecho que no deriven del contrato”.

Pareciera tener razón este autor en cuanto a que esa posibilidad se limitaría a aquellas situa- ciones fuera de la relación obligatoria derivada del arrendamiento, pero tales situaciones serían pocas y de mínima importancia.

Objeto de los interdictos:

Lo que se busca proteger no es la propiedad sino la detentación o posesión de las cosas o de cualquier derecho real poseíble. Así lo dispone la Ley procesal: *“Los interdictos sólo pro- cedan respecto de bienes raíces y de ninguna manera afectan las cuestiones de propiedad o de posesión definitiva”* (Art. 653). La expresión bienes raíces hace referencia también a los dere- chos reales poseíbles, pues no se restringe a los bienes inmuebles, aunque regularmente se utilicen como sinónimos.

Dentro de los derechos reales poseíbles se encuentran las servidumbres que también pueden ser objeto de protección interdictal. Como lo dice la resolución de la Sala Segunda Civil (No. 23, 9 hrs., 10 enero, 1965):

“La jurisprudencia nacional ha mantenido el criterio de que se puede defender el uso de la servidumbre por medio de un interdicto de amparo de la posesión”.

Sin embargo, se presenta un especial problema con las servidumbres continuas no aparentes o discontinuas. Según el artículo 308 del Código Civil, tratándose de estos dos tipos de servi- dumbres el demandante debe fundarse en título que provenga del propietario del fundo sir- viente, o de aquellos de quienes éste lo hubo. Idea semejante recogió el artículo 662 del Código de Procedimientos Civiles.

Se habla de servidumbres continuas no aparentes de aquellas cuya existencia no se revela a la simple vista por carecer de obras externas que las indiquen (por ejemplo las de no edificar más alto y la de acueducto subterráneo). Y de servidumbres discontinuas de aquellas que necesi- tan para ejercerse actos sucesivos del dueño del fundo dominante como lo son la de senda, la

(26) Juzgado Quinto Civil. San José. 16 hrs. 19 noviembre de 1968.

(27) DE LOS MOZOS, José Luis. *Op. Cit.* pp 199-200.

de sacar agua, etc. Ambas sólo pueden constituirse por convenio o por última voluntad. Y se exige título hábil, puesto que como no son susceptibles de ser conocidas con facilidad por la persona a quien perjudican, *"más bien conviene considerarlos como actos abusivos del quejoso o que los ejerce por mera tolerancia; que como derechos adquiridos de manera legal, mientras no demuestre lo contrario con título derivado de quien como dueño del fundo sirviente pudo concedérselo (28).*

Por otra parte, se advierte que de no existir el título, tales situaciones de hecho, por no ser demostrables fácilmente, no se consolidan en situaciones de derecho por usucapión (Art. 854 CC). Y como lo conveniente es proteger la situación de hecho cuando corresponda a una situación potencialmente usucapible, tales servidumbres no son tuteladas interdictalmente, con lo que el perturbado o el despojado sin título hábil no puede decirse que hayan sufrido de tales lesiones posesorias.

A pesar la falta de publicidad o de si son equívocas, y de la imposibilidad de adquirirlas por prescripción positiva, algún autor (29) sostiene la tesis contraria apoyándose en la doctrina italiana moderna. Así para él la falta de publicidad no es problema y el que no sean susceptibles de adquirir por prescripción no afecta pues *"esto no tiene nada que ver con la protección interdictal, ya que la usucapión es un efecto que pertenece a otra esfera diferente"* con lo que termina afirmando *"que pueden ser poseídas tales servidumbres y amparadas por la tutela interdictal"*.

No pareciera aplicable esta tesis en nuestro país y los argumentos que se utilizan para negarle la protección posesoria a las servidumbres continuas no aparentes y a las servidumbres discontinuas, parecen ser los más acertados. Solamente demostrando que se tiene aquel derecho real de servidumbre constituido jurídicamente y derivado del dueño del fundo sirviente procede la tutela interdictal.

B. INTERDICTO DE AMPARO DE LA POSESION.

"Al que perturbare o molestar a otro en su posesión, le prevendrá el juez que se abstenga de hacer agravio al poseedor, bajo apercibimiento de que en caso contrario se le aplicarán las penas con que la ley castiga el delito de desobediencia a la autoridad". Así sustancia el Código Civil, en su artículo 309, el derecho a la defensa de la posesión que tiene todo poseedor cuando es perturbado en ella por actos que le inquietan o que manifiestan la intención de despojarle. Formalmente son los artículos 660 a 663 del CPC los que disponen esta posibilidad.

Consiste en una acción de retención o amparo que utiliza el poseedor que aún conserva la posesión, cuando es perturbado en ella por actos que manifiestan la intención de inquietarle o de despojarle o que tiene fundados motivos para creer que lo será y se dirige y se requiera al perturbador para que en lo sucesivo se abstenga de realizar tales actos y otros que manifiesten el mismo propósito(30).

Pueden recurrir a él los poseedores de bienes inmuebles o de derechos reales de servidumbre, con las condiciones expresadas líneas atrás, usufructo, uso o habitación. La posesión viciosa no confiere ese derecho si el inquietante fuere el perjudicado por el poseedor, a no ser que éste haya adquirido ya el derecho de poseer, por el transcurso del tiempo necesario. En cuanto a los copropietarios, cualquiera de ellos tiene personalidad para reclamar se le ampare contra un extraño o también contra otro condueño que le inquiete en el uso de su derecho (31).

(28) BRENES CORDOBA, Alberto. *Op. Cit.* pp 63-109.

(29) DE LOS MOZOS, José Luis. *Op. Cit.* pp 232-233.

(30) DIEZ PICAZO, Luis. *Op. Cit.* p. 80

(31) BRENES CORDOBA, Alberto. *Op. Cit.* p. 63.

Son dos los requisitos que se necesitan para poder accionar favorablemente, como lo indica esta resolución de la Sala Segunda Civil (No. 990 de las 10:15 hrs. 11 setiembre. 1959) en que se dijo: *"...se desprende, con toda claridad, como necesaria e ineludible, la obligación, por parte del accionante, de demostrar dos situaciones jurídicas particulares: una, la posesión ejercida por él sobre el inmueble respectivo; otra, la perturbación que, en su derecho, la ha causado la parte accionada"*.

Esa prueba de la posesión se contrae al mero hecho de poseer, o sea la posesión actual o momentánea (Art. 661 CPC) y de otorgarse el interdicto se producen dos efectos: uno primero, mandar mantener al actor en su posesión y el otro, requerir al demandado para que se abstenga de perturbar en lo sucesivo, bajo el apercibimiento de que en caso de proseguir con su actitud puede imponérsele prisión de quince días a un año por desobedecer la orden impartida por la autoridad judicial en el ejercicio de sus funciones (Art. 305 Cód. Penal). Asimismo puede condenársele a pagar todas las costas, daños y perjuicios (Art. 663 CPC).

El requerimiento que se hace al demandado para que se abstenga de perturbar no sólo tiene efectos actuales sino también hacia el futuro pues *"si se permitiera, que una vez restituído en su posesión el actor, continuaran los actos de perturbación, y no se le siguiera manteniendo en ella remitiéndolo a las acciones penales, o exigiéndole cada vez que hay una nueva perturbación, el establecimiento de un nuevo interdicto, se desnaturalizaría el fin primordial de la acción interdical"* (32).

ACTOS PERTURBATORIOS.

Interesa principalmente en este interdicto, comprender en qué consisten propiamente esos actos que perturban o tienden a inquietar, pues es necesario su adecuada comprensión para que se utilice correctamente.

Por ello nos dedicaremos en esta sección a tratar de entender a qué se pueden llamar actos perturbatorios.

Se ha definido la perturbación como todo embarazo, tropiezo o intento de usurpación que afecta el normal desarrollo del fenómeno posesorio como consecuencia o resultado de cualquier acto que, sin producir en el poseedor la privación de su posesión, sí la inquieta; y esto, ya se trate de actos actuales e inminentes con los cuales se exteriorice un propósito de perturbación, es decir, actos ya realizados; o actos o hechos que constituyen serio peligro o amenaza de perturbación, inquietamiento o embarazo de la posesión (33).

Este interdicto procede no sólo cuando se han realizado actos de perturbación, sino también cuando simplemente existe la amenaza o el temor de que se produzcan, es decir, lo mismo cuando han mediado actos materiales (*"vías de hecho"*) que cuando se trata de meras palabras (*turbatio verbis*). Y tales actos materiales o las palabras deben revelar la intención de perturbar, inquietar o despojar, por lo que se requiere, pues, el elemento intencional (34).

Eduardo Pallares (35) señala tres caracteres que configuran esos actos perturbatorios:

- a) Consisten en actos y no en meras intenciones o deseos. Mientras éstos no se materialicen o hagan efectivos en determinadas acciones, no existe la perturbación.
- b) Esos actos deben tender de un modo directo a realizar el despojo. En ellos debe estar manifiesta la intención de quien los realiza, de despojar al poseedor, sin lograrlo.
- c) Esos actos han de tender a una usurpación que se lleve a cabo por medio de la coacción moral o material para despojar al poseedor.

(32) Tribunal Superior Civil, Alajuela. No. 651, 10:25 hrs., 19 junio, 1962.

(33) BARRAGAN, Alfonso M. *Derechos Reales*. Edit. Temis, Bogotá, 1971. pp 343-344

(34) PRIETO CASTRO FERRANDIZ. *Op. Cit.* p. 103.

(35) PALLARES, Eduardo. *Tratado de los Interdictos*. Sin datar. p. 104.

Como ejemplos de actos materiales de perturbación pueden citarse: destrucción de cercas o alambrados de la propiedad, extracción de pedregullo, introducción de maquinaria para demoler un edificio, utilización de un pozo de agua, obstrucción de una servidumbre de acueducto (36).

Puede presentarse bajo estos aspectos:

- a) El perturbador opera directamente sobre la cosa poseída; ejecuta actos perturbadores directamente sobre ella.
- b) El perturbador tolera los actos de un tercero que inquietan la posesión de la cosa, siendo así que aquél podría y debiera impedirlos.
- c) El perturbador, sin operar directamente sobre la cosa poseída, inquieta por actos suyos, aún ejecutados en su propio terreno, el normal desarrollo del fenómeno posesorio (37).

Con estas ideas podemos analizar lo que estipula nuestro Código de Procedimientos Civiles al respecto. Según éste, la procedencia de esta acción posesoria se da cuando el poseedor o tenedor de la cosa es perturbado en ella por actos que le inquieten y que manifiesten la intención de despojarlo (Art. 660 CPC). Se nota que los actos pueden estar efectuados o a punto de realizarse, y se encuentran dirigidos por un elemento: la intención de despojo. Por supuesto, no se excluyen de esos actos los no materiales, es decir, las perturbaciones verbales, pero éstas deben estar dirigidas directamente a señalar el deseo de despojar.

El mismo artículo define la intención de despojo: *"siempre que el responsable de los hechos que se denuncian haya conocido o debido conocer sus consecuencias lesivas del derecho ajeno"*. Se atrae la intención al conocimiento de la lesión posesoria, o aún más: conocimiento que debió tener de las posibles consecuencias perturbadoras de su acto.

Cabe señalar, por otra parte, que esa intención debe entenderse como una significación objetiva del acto y no como la intención subjetiva de lesionar, lo que es lo mismo, sólo se entiende que hay intención de despojo cuando de alguna manera se exterioriza tal intención, y no es suficiente lo que el perturbador simplemente pensó o deseó. Esto se observaría, por ejemplo, en aquella situación en donde al levantar una parte de la edificación propia se hace en terreno colindante, ignorando que se invade la posesión ajena, el afectado puede interponer el interdicto de amparo aunque el constructor actuara de buena fe, pues lo que interesa es aquella intención de despojo en su significado objetivo.

C. INTERDICTO DE RESTITUCION

Una de las facultades que se concede al poseedor, de cualquier clase que sea, es la de reclamar la posesión de que ha sido indebidamente privado, reclamo que debe hacerse por vía jurisdiccional mientras el actual poseedor expoliente se oponga a restituirla, pues no es permitido que se tome la posesión de una manera violenta ni siquiera por aquel a quien legítimamente le pertenece. Debe probar aquella privación ilegal y el hecho de la posesión (Arts. 317-318 CC).

Se dirige pues este interdicto a reintegrar y reponer inmediatamente en la posesión o tenencia de una cosa al que gozaba de ella, de la cual otro le ha despojado violenta o clandestinamente (38). Esta acción es independiente de los derechos que el despojado y el despojante puedan tener sobre la cosa, ya que lo que sobre ella se resuelva en nada afecta la propiedad o el mejor derecho de poseer.

A este interdicto se le reconoce singular importancia para el orden público y para la protección de los derechos privados, por otorgarse con el fin de restablecer el orden de las cosas, altera-

(36) ALSINA, Hugó. *Op. Cit.* p. 470.

(37) BARRAGAN, Alfonso. *Op. Cit.* p.344.

(38) CABANELLAS, Guillermo. *Op. Cit.*, p.410.

do mediante un despojo, pues son antecedentes obligados de él un poseedor que no consiente en ser desposeído y un reclamante que de hecho, violenta o clandestinamente, y no sirviéndose de la intervención judicial, ha procedido a vencer la inconformidad del poseedor del momento; con lo que la vía interdictal existe para contrarrestar sin dilación los efectos de esos procedimientos, como remedio legal, pronto y único para volver a las personas a la situación que tenían antes de las vías de hecho (39).

Se han señalado los elementos característicos del interdicto de restitución:

- a) Privación injusta de la posesión, lo cual significa que debe haberse consumado por medios ilícitos, sin mediar orden judicial impartida conforme a los procedimientos consagrados;
- b) Se busca una doble finalidad: de un lado, se persigue la restitución de la cosa, por lo cual las cosas deberán volver al estado anterior al despojo; y de otro lado, el pago de la indemnización de daños y perjuicios al expoliado por quien fue autor del despojo (40).

Está legitimado para accionar toda clase de poseedor y puede dirigirse tanto contra el despojante como contra el tercero que tenga en su poder la cosa sobre que versa la demanda.

La prueba de posesión, como en el interdicto anterior, se contrae al mero hecho de poseer, o sea a la posesión actual o del momento. Y en caso de otorgarse, el Juez ordena que inmediatamente se reponga al actor en la posesión y condena al demandado en las costas, daños y perjuicios (Arts. 661-665-666-CPC).

Brenes Córdoba señala que cuando el demandado por despojo alegare a su vez que su contrario, con anterioridad (pero sin que hubiere transcurrido un año), le había privado de la posesión indebidamente, el caso se resuelve en favor del que haya durado más tiempo en la tenencia de la cosa; ahora bien si las posesiones son de igual duración, del que tenga título de mejor calidad; y si los títulos son de la misma fuerza, del poseedor actual (41).

ACTOS DE DESPOJO

Se entiende el despojo como una privación consumada de toda posesión, resultado o consecuencia de actos con eficacia suficiente para hacer cesar, en concreto, la situación de hecho en que consiste la posesión, y que termina con la subordinación de la cosa a la persona (42).

Mediante actos materiales el despojante saca de la esfera de poder del poseedor o tenedor aquella cosa sobre la que éste venía ejerciendo libremente su derecho. Se interrumpe la relación de hecho entre el poseedor de la cosa y ésta, por un acto privativo que la traslada a una esfera de poder diferente, la del despojante.

Pueden realizarse de dos modos: violenta o clandestinamente, en el primer caso, expulsando o intimidando al poseedor para que abandone el fundo; en el otro, utilizando toda clase de artificio o engaño, o realizándolo secretamente.

Cuando hay violencia la restitución procede contra cualquier despojante, sin consideración a su mejor derecho de poseer, porque *"en el orden regular de las cosas, nadie está autorizado para hacerse justicia por sí mismo con abuso de fuerza"* (43).

Finalmente, el despojo tiene que serlo ilegítimo, en otras palabras, toda desposesión lícita no puede ser atacada por las acciones posesorias. Véase lo expuesto por la Sala Segunda Civil (No. 1377, 10:25 hrs. 23 diciembre, 1960): *"No puede decirse que existe despojo en los términos que la ley requiere para que la acción interdictal pueda tener cabida, sino que se está en presencia de una desposesión lícita, contra la que acción interdictal no procede. Es en otra vía donde debe la parte actora discutir sus derechos"*.

(39) Casación Gayle Whiter vs. Scott Purves. 4:21 p.m., 13 febrero 1917, I Sem. p. 110.

(40) BARRAGAN, Alfonso. *Op. Cit.* p. 351.

(41) BRENES CORDOBA, Alberto. *Op. Cit.* p. 66.

(42) BARRAGAN, Alfonso, *Op. Cit.* p. 343.

(43) BRENES CORDOBA, Alfonso. *Op. Cit.* p. 66.

D. INTERDICTO DE REPOSICION DE MOJONES

Todo aquel que posea como dueño tiene el derecho de ~~exigir~~ ^{exigir} que se ~~repongan~~ ^{repongan} los mojones que deslindan su propiedad, se exija a quien los haya movido, que los ponga a su costo y le indemnice los perjuicios que la remoción le haya causado (Art. 296 CC). La idea del deslinde procede del derecho de todo poseedor a separar sus cosas de las ajenas, evitando una confusión nada sana para la comunidad.

Se fundamenta este interdicto, como los dos anteriores, en la prohibición de tomarse la justicia por propia mano. *"...ningún propietario colindante puede, por su sola voluntad, variar la situación de los linderos aunque pretenda tener derecho de propiedad sobre determinada parcela de tierra, sino que debe acudir ala autoridad"* (Casación, *Nation Kenlock vs. Barboza Morales*, 3:10 p.m., 6 diciembre, 1929, II Sem., VII, p. 826).

Esta acción posesoria parece ser una especialización de los dos interdictos que hasta ahora hemos analizado. Interesa apreciar de cuál de ellos. En realidad no se puede decir que se trate de una tercera modalidad de protección posesoria, sino más bien una especialidad.

"El hecho que motiva este interdicto es la remoción de los mojones, acto que constituye una perturbación a la posesión por lo que bastaría con el de Amparo o de Restitución, sin embargo, se ha creado este interdicto especial para el caso en que se presente esta clase de perturbaciones" (44).

Se desprende de la idea de este autor que se trata de una especialidad del interdicto de amparo, ya que se hace referencia a la remoción como si tratara de una perturbación. Sin embargo, la Sala de Casación ha dicho que "el interdicto de reposición de mojones es una modalidad del de restitución, a lo que conduce en el fondo..." (*Nation Kenlock vs. Barboza Morales*, p. 825).

Nos inclinamos, como la Sala de Casación, a pensar que se trata de una modalidad del interdicto de restitución, ya que la alteración de límites que se produce al remover aquellos mojones motiva al perjudicado a dirigirse a la autoridad judicial para que se ordene la restitución de aquellos signos materiales divisorios a su posición anterior. No se trata de mantenerlos en donde están, pues ya no están, al haber sido arrancados del lugar que les corresponde, pueden haber desaparecido o trasladados a un lugar diferente del que les fue asignado. Se pretende por el contrario que se reintegren, no necesariamente los mismos, a su posición anterior. Interesa su existencia no en sí mismos sino en su función de señalamiento, que es lo que persigue la restitución.

Como en los otros interdictos, carece de importancia la apreciación hecha sobre autenticidad y fuerza probatoria de planos y otros documentos que puedan presentar las partes, porque se trata de una cuestión de posesión únicamente.

Tiene lugar propiamente en toda alteración de límites entre herederos, cuando se ha hecho, ya arrancando las vallas y poniéndolas en lugar distinto del que tenían, ya haciéndose una nueva cerca y colocándolas en lugar que no le corresponde (Art. 667 CPC).

Aunque el artículo habla de vallas y cercas, puesto que se trata de mojones, debe entenderse como las señales consistentes en piedras, árboles u otros elementos permanentes que se ponen en las lindes de las heredades para separarlas de manera evidente de las otras propiedades colindantes.

El poseedor perjudicado debe dirigirse contra el beneficiado de la alteración (Art. 668 CPC) pues puede ocurrir, por ejemplo, que el alterador haya sido el nuevo inquilino o el propietario que se constituye en beneficiado de aquel acto de alteración.

Dos requisitos son indispensables para lograr la tutela interdictal: comprobar la alteración de los límites y designar a quien la hizo o la mandó hacer. Logrado esto, el interdicto se dirigirá a la restitución de los límites a costa del que hizo la alteración, así como los daños y perjuicios que hubiere ocasionado. Empero, difiere el trato que se aplica al que hizo la alteración según haya habido buena o mala fe. En el primer caso, probada su evidente buena fe puede eximirse del pago de daños y perjuicios, en el segundo, hasta que el demandado niegue la alteración para que se ordene la restitución a costa de éste así como el pago de los daños y perjuicios (Art. 669 CPC).

(44) RIZO CORRALES, Angela. *Interdictos Posesorios*. Universidad Autónoma de Paraguay, León, Tesis, 1962, 56.

Queda también la posibilidad de que el poseedor perjudicado proceda a la restitución de mojones, cuando así lo sea autorizado, y todo a costa del demandado (Art. 671 CPC).

ALTERACION DE MOJONES

Consisten los actos que dan origen a esta acción, en aquellos que alteran la delimitación que existe mediante mojones entre los fundos colindantes. Se lleva a cabo o arrancando los mojones y poniéndolos en lugar distinto del que tenían, o colocando unos nuevos en el lugar que no les corresponde.

IV DIFERENCIAS BASICAS ENTRE LOS INTERDICTOS ANALIZADOS

A. DIFERENCIAS

Hemos analizado hasta ahora los interdictos posesorios cada uno por aparte. Se pretende en esta sección establecer algunos criterios de distinción entre ellos que permitan su uso adecuadamente. Claro está que se trata de un ejercicio teórico pues en la realidad, al conocerse la situación de hecho es cuando se puede determinar acertadamente el interdicto que proceda. No obstante, algunas ideas al respecto en tanto sean clarificadoras no son de más.

CRITERIO DE LA NATURALEZA DE LA ACCION:

En un interesante trabajo del Dr. Haba, comentando disposiciones correspondientes a la normativa uruguaya, llega a la conclusión que las acciones de amparo y restitución tienen diferente naturaleza jurídica. Es decir, mientras la acción de restitución se configura como una acción real, la acción de amparo es más bien de tipo personal, que nace de una obligación del perturbador de hacer cesar la perturbación.

A continuación exponemos algunos de los argumentos de su trabajo, sin perjuicio de que al final hagamos algún comentario.

Según Haba (45) la acción de restitución es una acción real porque, del mismo modo que la acción reivindicatoria, puede dirigirse contra cualquiera que posea la cosa (incluso si de buena fe). *"Quiere decir que la acción sigue a la cosa y no a la persona, igual que en las acciones reales"*. En cambio, la acción para hacer efectiva la indemnización contra el usurpador o el tercero de mala fe es una acción personal.

La acción de restitución es real ya que por su intermedio se persigue la cosa y no a la persona. El que detenta la cosa es perseguido en razón de ella. Y si la enajena, la acción—por ser real— se dirigirá contra el nuevo detentador lo que significa que la persona del demandado no tiene aquí otra importancia que la de hallarse entre el actor y el objeto de su demanda. El usurpador está obligado a restituir la cosa, pero no porque aquél sea parte de la relación jurídica entre el poseedor y la cosa. Al formarse esta relación el usurpador a nada estaba obligado: no existía obligación alguna frente al derecho real que tenía el poseedor; la obligación de entregar la cosa nació después del derecho real a causa de la violación de éste; al obligarse al usurpador a restituir la cosa se repone el derecho en su verdadero estado. La obligación del condenado es un efecto de su propio hecho y no del derecho que ha violado. Se le condena precisamente, por ser enteramente extraño a la relación jurídica en cuya virtud se reclama la cosa: se le condena como violador del derecho ajeno.

En cambio, la acción de amparo no es real porque no se dirige más que contra el perturba-

(45) HABA, Pedro E. *Naturaleza Jurídica de las Acciones Posesorias*. Revista de Ciencias Jurídicas, No. 34, San José, Enero-Abril, 1978, pp. 213-214.

dor: o sea, que sigue sólo a una persona determinada, que es el sujeto legitimado pasivamente(46)

Dicha acción no sigue a ninguna cosa, sino a una persona. No puede seguir a ninguna cosa del perturbador porque para perturbar no es necesario poseer otra cosa diferente de aquella en que se ejercita el acto de perturbación. Ni la cosa seguida puede ser aquella cuya posesión se perturba; porque aún cuando la acción se refiere a dicha cosa, no se da contra ésta ni contra quien la posee, sino en favor de ésta o de su poseedor.

En la acción de amparo, el perturbador es demandado no porque sea poseedor de alguna cosa, sino justamente porque no lo es respecto de aquella en que ha ejecutado los actos de perturbación. No puede decirse que la acción de conservar sea real por el solo hecho de que pueda ejercerla cualquiera que suceda en la posesión al perturbado; por ejemplo, el cesionario de un derecho real puede, lo mismo que su cedente, demandar a la persona obligada. Es demasiado absoluta la afirmación de que siendo la posesión un derecho real, las acciones que emanan de ella no pueden ser sino de idéntico carácter. Por ejemplo: la acción de indemnización es personal, aunque también ella nace de la posesión, como también los daños que se ejecutan contra la propiedad dan lugar a acciones personales contra quienes los hayan causado. Cuando la perturbación es producida por la posesión de otra finca diferente de aquella cuya posesión se menoscaba (cuando la perturbación es ocasionada por otra posesión), entonces sí la acción es real, por ejemplo: si se plantan árboles cuyas ramas invadan la posesión del fundo vecino.

Por nuestra parte, entendemos que el tener estas acciones por origen un derecho real no significa que ellas mismas sean reales, los ejemplos del autor son suficientes al respecto. En nuestro Derecho, tanto del despojo como de la perturbación y de la misma alteración de mojones, hechos que lesionan el derecho posesorio, surgen acciones de indemnización de los daños y perjuicios ocasionados, salvo del alterador que, como ya vimos, proceda de buena fe, pero lo contrario es la regla.

El interdicto de restitución se dirige a que se ordene "que inmediatamente se reponga al demandante en la posesión", es decir, se devuelva al despojado la cosa que le pertenece, de igual manera, el interdicto de reposición de mojones a que se restituya aquellos a su posición anterior. Entonces pareciera que la relación jurídica es entre el despojado y la cosa, y el despojante o el actual poseedor interesan en el tanto en que tengan ilegítimamente aquella cosa y no por sí mismos, por lo que estaríamos de acuerdo en que se trata de acciones reales.

En el caso del interdicto de amparo lo que se persigue es mantener al poseedor en su posesión y requerir al demandado "*para que en lo sucesivo se abstenga de perturbar*". Si bien se trata de proteger la cosa, no es con ella el problema, directamente. El sujeto que comete los actos perturbatorios tiene que cesar de efectuarlos, pues se mantiene al afectado en su posesión, lo que indica que la relación jurídica que se establece es entre el afectado y el perturbador, uno se mantiene en su situación de hecho y al otro se le impide seguir efectuando aquellos actos que hasta ahora viene realizando; de lo que se sigue: sólo procede la demanda contra aquél que perturba, es decir, persona determinada. Según estas ideas, nos encontraríamos frente a una acción personal por lo que aceptamos la tesis de Haba y la indicamos como un criterio diferenciador por lo menos en lo que se refiere a las acciones posesorias de amparo y de restitución.

CRITERIO DE LA LESION POSESORIA

La lesión posesoria es el hecho que provoca el nacimiento de la acción interdictal, la cual trata de restablecer la paz jurídica, o sea, la situación posesoria preexistente que ha sido alterada. Tal alteración puede provenir de hechos que se manifiestan de diferente manera, y en esto creemos que radica una clara distinción entre los interdictos que hemos analizado: se diferencian por la naturaleza de la lesión posesoria a que se oponen.

Con este fin nos hemos propuesto en el transcurso del trabajo concretar en qué consisten propiamente los actos perturbatorios, los actos de despojo y la alteración de mojones. Según estamos frente a algunos de ellos sabremos qué acción posesoria utilizar para la defensa de la pose-

(46) HABA, Pedro E. *Op. Cit.* p. 215.

sión.

Dijimos más atrás que los actos perturbatorios consistían en aquellos que tendían directamente al despojo, pues se manifestaba en quien los ejecutaba una intención de despojar al poseedor. Los actos de despojo se referían a actos materiales, realizados violenta o clandestinamente, que privaban consumadamente al poseedor de la cosa; sacaban de su esfera de poder la cosa sobre la que venía ejerciendo libremente la posesión. Y la alteración de mojones se producía por actos que alteraban la delimitación entre los fondos colindantes, arrancando, cambiando de lugar o colocando nuevos mojones en el lugar que no les correspondía perjudicando al poseedor.

Podemos entonces señalar que procede el interdicto de amparo cuando los actos perturbatorios, por serlo, no realizan el despojo, y el de restitución, cuando la privación se consuma. *"Sería un contrasentido utilizar el interdicto de recobrar por quien sea perturbado o inquietado en la posesión y el de retener por quien haya sido despojado de ella"* (47).

"El interdicto de amparo de posesión nace de actos de un tercero que manifiestan la intención de inquietar y despojar al poseedor...mientras que el interdicto de restitución no se trata de actos meramente amenazantes, sino de un despojo consumado por la propia autoridad del despojante..." (48).

Entonces la lesión posesoria que perturba no implica despojo, pues éste equivale a un acto consumado, y sí actos que más bien amenazan de despojar. Producido el despojo hay otra lesión posesoria y procede otro interdicto: el de restitución.

Ahora bien, cuando lo despojado no es cualquier cosa sino aquellos signos materiales que delimitan un fundo y se actúa con la intención de variar esos límites estamos en presencia de una alteración de mojones y procede el correspondiente interdicto. Se lesiona mediatamente a la posesión alterando sus límites.

B EL ARTICULO 664 DEL CODIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES

A pesar de los criterios diferenciadores que ya señalamos en la práctica se presentan dificultades para determinar cuándo ha habido perturbación, cuándo despojo, cuándo alteración de mojones, por ello *"las legislaciones en unos casos, como la nuestra, en la jurisprudencia en otros ordenamientos, cuando hubiere duda acerca de si ha habido despojo o simple perturbación de la posesión, y se hubiere establecido equivocadamente un interdicto por otro o todos a la vez, el Juez en vista de la situación de hecho que resulta de las probanzas, declarará con lugar el que proceda, según haya habido despojo o simple perturbación"* (49).

Esta posibilidad se presenta gracias al artículo 664 del Código de Procedimientos Civiles:

Art. 664... "cuando hubiere duda acerca de si ha habido despojo, simple perturbación de la posesión, o alteración de mojones, y si hubiere establecido equivocadamente un interdicto por otro, o todos a la vez, el Juez, con vista en la situación de hecho que resulte de las probanzas, declarará con lugar el que proceda, según que haya habido despojo, simple perturbación o alteración de mojones".

Se faculta al Juez para que quiebre el principio de la congruencia de la sentencia, al conceder algo que no se ha pedido en la demanda, pues el Juez puede, por esta norma particular, acoger el interdicto que proceda cuando se dan dos situaciones: cuando se establecen equivocadamente unos por otros o cuando se establecen todos a la vez. En el primer caso la labor del Juez consiste, con vista en la situación de hecho en establecer cuál es el correcto, aunque éste no hubiera sido incoado; en el segundo, escoger de los solicitados el que mejor proceda.

(47) *Ley de Enjuiciamiento Civil*. Comentada por Rives y Martí. Hijos de Reus, editores. Madrid, 1912, T. II, p. 294, No.1.

(48) Casación. *Gayle Whiter vs. Scott Purves*. 13 febrero 1917, p. 111.

(49) Tribunal Sup. Civil. Alajuela. No.651, 10: 25 hrs. 19 junio, 1962.

Se ha justificado esta norma por la finalidad común de estos interdictos dirigida a la protección de la posesión actual y momentánea (50).

Otra resolución judicial la justifica siguiendo unas ideas de Guasp en el sentido de que la unidad procedimental de los interdictos no es más que el reflejo de una verdadera unidad material o sustantiva que entre ellos existe; la defensa de una posesión es sustancialmente idéntica, ya se dirija contra un mero perturbador o contra un verdadero despojante (51).

Según Guasp: *"La consecuencia más importante que se desprende del criterio de la unidad de interdictos en nuestro derecho positivo consiste en su carácter perfectamente intercambiable, por así decirlo y en la posibilidad de que indiferentemente unas mismas circunstancias den lugar a uno u otro"* (52).

Por nuestra parte, creemos que esa posibilidad de que en caso de duda, la acción posesoria utilizada no sea la correcta y pueda el Juez, si estima que se dan los hechos de otra, fallar sobre ésta; o asimismo, que se admita la posibilidad de un ejercicio acumulado de las acciones, corresponde a facilitar la actuación de la tutela interdictal.

Realmente la defensa de la posesión en todos los interdictos es sustancialmente idéntica, varía el tipo de protección según varía la lesión posesoria, pero no estamos de acuerdo en que se hable de ellos como de carácter *"perfectamente intercambiable"*, pues cada uno se opone a un diferente acto lesionante de esa situación de hecho que es la posesión. Si en la práctica resulta difícil entablar de buenas a primeras el interdicto correcto y es necesaria una actuación jurisdiccional para fijarlo, con vista en los hechos, esto no significa, en ningún momento, de que se trate de cosas semejantes: los tres difieren en los actos lesionantes que les dan origen así como en las consecuencias que llevan consigo. Quizá una mayor elaboración doctrinal en este campo vuelva, en un futuro, totalmente obsoleto el artículo 664 de la ley procesal civil costarricense.

CONCLUSIONES

Puntualizamos aquí nuestras conclusiones:

- a) Aunque se han elaborado múltiples teorías acerca de cuál es el fundamento de la protección posesoria, creemos que, en el fondo, lo que se busca es evitar perturbaciones a la paz jurídica, que nadie se haga justicia por su propia mano, sino más bien se recurra a una autoridad judicial, colocada suprapartes, para que decida en definitiva a quien se le concede la razón de lo que pretende.
- b) Los interdictos posesorios romanos son los antecedentes históricos mediante los modernos. Los llamados *condictio ex canone reitengrandae* y el *sumarissimum possessorium*, del derecho canónico, los inmediatos precedentes, pues pasan a ser la regla en el derecho alemán, italiano y francés.
- c) Los interdictos concretizan, en el derecho positivo, la protección que un ordenamiento jurídico otorga a la posesión; constituyen medios adecuados y eficaces que tienden a satisfacer la imperiosa necesidad de que esa situación de hecho llamada posesión sea convenientemente tutelada.
- d) Aunque en una primera fase el poseedor está autorizado para defender su posesión repeliendo la fuerza con la fuerza, tal defensa se limita a situaciones en que concurren los requisitos de legítima defensa.

(50) Tribunal Sup. Civil. 14:50 hrs. 28 marzo, 1967.

(51) Tribunal Sup. Civil. Alajuela. No. 651. 10:25 hrs. 19 junio, 1962.

(52) Citado por DE LOS MOZOS, José Luis. *Op. Cit.* p. 239.

e) Procesalmente hablando, son los interdictos juicios sumarísimos por su tramitación abreviada, por lo limitado de la cognición y porque deciden interinamente sobre la posesión actual y momentánea sin perjuicio del mejor derecho de los interesados. Esa tramitación abreviada se manifiesta en mayor grado en el juicio verbal en el que debe quedar demostrada la posesión, los actos que la lesionan y que ocurren dentro de los tres meses anteriores a la demanda, bajo pena de caducidad.

f) Están legitimados activamente para ejercer estas acciones todos aquellos poseedores o teneedores actuales, inclusive el arrendatario, que si se ha cuestionado, la jurisprudencia costarricense es clara en el sentido afirmativo.

g) Como objeto de los interdictos posesorios están los bienes raíces, entendiéndose referidos también a los derechos reales poseibles, para los que basta probar la posesión actual y momentánea, excepto en el caso de las servidumbres continuas no aparentes y las discontinuas, donde sólo demostrando que se tiene aquel derecho real constituido jurídicamente mediante título hábil y derivado del dueño del fundo sirviente, por convenio o última voluntad, procede la tutela interdictal, de lo contrario se le niega tal protección.

h) El interdicto de amparo consiste en una acción de retención que utiliza el poseedor cuando es perturbado en la posesión. Consisten los actos perturbatorios en aquellos de hecho o de palabra, que tienden directamente al despojo, sin efectuarse, pues se manifiesta en quien los ejecuta una intención de despojar al poseedor, intención que se entiende en su significación objetiva, exteriorizada.

i) El interdicto de restitución se dirige a reintegrar y reponer inmediatamente en la posesión o tenencia de una cosa al que gozaba de ella, de la cual se le ha despojado violenta o clandestinamente. Los actos de despojo se refieren a actos que privan consumadamente al poseedor de su posesión pues la sacan de su esfera de poder.

j) El interdicto de reposición de mojones se dirige a exigir a todo aquel que haya alterado los límites que deslindan la posesión del afectado, para que los restituya a su lugar anterior. Se trata de una modalidad del interdicto de restitución. La alteración de mojones es producida por actos que alteran las delimitaciones entre los feudos colindantes, ya sea arrancando, cambiando de lugar o colocando nuevos mojones en el lugar que no les corresponde perjudicando al poseedor.

k) Se pueden utilizar dos criterios diferenciadores para establecer cuando estamos frente a determinado interdicto. Uno, el de la naturaleza jurídica de la acción, con el cual se entiende que la acción de restitución y la de reposición de mojones se diferencian de la de amparo en que las primeras son de naturaleza real mientras que la otra es personal. El otro, el criterio de la lesión posesoria. Por lesión posesoria se entiende el hecho que provoca el nacimiento de la acción interdictal. Según la calidad de los actos lesionantes —perturbatorios, de despojo, de alteración de mojones— podemos señalar cuándo es correcto usar determinado interdicto.

l) La defensa de la posesión viene a ser la sustancia que identifica los interdictos, sin embargo, cada uno de ellos se opone a un diferente acto lesionante de la posesión, por ello, no se trata de instituciones igualmente "intercambiables".

ll) El artículo 664 del Código de Procedimientos Civiles facilita la actuación de la tutela interdictal pues posibilita al juez, quebrando el principio de congruencia de la sentencia, para que cuando a acción posesoria que se utilice no sea la correcta, porque así lo estime según los hechos, proceda a fallar sobre la que acoja; asimismo para que se admita el ejercicio acumulado de las acciones posesorias.

BIBLIOGRAFIA

- ALBALEJO, Manuel. *Instituciones de Derecho Civil*. Derecho de Bienes, Librería Bosch, Barcelona, tomo II, 1975.
- ALESSANDRI RODRIGUEZ, Arturo. SOMARRIVA UNDURRAGA, Manuel. *Curso de Derecho Civil*. Edit. Nascimento, Santiago, Tomo II, 1957.
- ALSINA, Hugo. *Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial*. Compañía Argentina de Editores SRL, Buenos Aires, Tomo III, 1943.
- ARIAS RAMOS, J., ARIAS BONET, J. *Derecho Romano*. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1979.
- BARRAGAN, Alfonso. *Derechos Reales*. Edit. Temis, Bogotá, 1971.
- BONFANTE, Pietro. *Instituciones de Derecho Privado Romano*. Instituto Editorial Reus, Madrid, 1969.
- BRENES CORDOBA, Alberto. *Tratado de los Bienes*. Editorial Juricentro, S.A., San José, 1981.
- CABANELLAS, Guillermo. *Diccionario de Derecho Usual*. Editorial Heliasta, SRL., Buenos Aires, Tomo II, 1976.
- CASTAN TOBEÑAS, J. *Derecho Civil Español, Común y Foral*. Reus, S.A., Madrid, Tomo II, Vol. 1, 1971.
- Código Civil y de Familia*; Imprenta Mil Copias, San José, 1980.
- Código de Procedimientos Civiles*. Imprenta Mil Copias, San José, 1980.
- Código Penal*. Imprenta Mil Copias, San José, 1981.
- DE DIEGO LORA, Carmelo. *La Posesión y los Procesos Posesorios*. Ediciones Rialp, S.A., Madrid, Vol. 1, 1962.
- DE LA PLAZA, Manuel. *Derecho Procesal Civil Español*. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, Vol. II, primera parte, 1955.
- DE LOS MOZOS, José Luis. *Tutela Interdictal de la Posesión*. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1962.
- DIEZ PICAZO, Luis. GULLON, Antonio. *Sistema de Derecho Civil*. Editorial Tecnos, Madrid, Vol. III, 1978.
- ESPIN, Diego. *Manual de Derecho Civil Español*. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, Vol. II, 1968.
- HABA, Pedro E. *Naturaleza Jurídica de las Acciones Posesorias*. Revista de Ciencias Jurídicas, No.34, Enero-Abril, San José, 1978.
- Ley de Enjuiciamiento Civil*. Comentada por Rives y Martí. Hijos de Reus, Editores, Madrid, Tomo II, 1912.

PALLARES, Eduardo . *Tratado de los Interdictos*. Sin datar.

PETIT, Eugene. *Tratado Elemental de Derecho Romano*. Editorial Albatroz, Buenos Aires, 1970.

PRIETO CASTRO PERRANDIZ. *Derecho Procesal Civil*. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, Vol. II, 1969.

RIZO CORRALES, Angela. *Interdictos Posesorios*. Universidad Autónoma de Nicaragua, León, Tesis, 1962.

SANABRIA CASTRO, Wilson. *Doctrina y Jurisprudencia sobre los Interdictos*. Facultad de Derecho, UCR, Tesis, 1970.

RESOLUCIONES JUDICIALES:

CASACION:

—*González Lehmann Hnos. vs. Gutiérrez Rojas*, 10:50 a.m., 7 abril, 1933, Sem. I, vol. I.

—*Barrantes Villareal vs. Alfaro Moreira*. 2:50 p.m., 13 diciembre 1928, Sem. II.

—*Zamora Sánchez vs. Fonseca Ramírez*. 12:45 p.m., 2 febrero 1912, Sem. I.

—*Gayle Whiter vs. Scott Purves*. 4:21 p.m., 13 febrero 1917, Sem. I.

—*Nation Kenlock vs. Barboza Morales*. 3:10 p.m., 6 diciembre 1929, Sem. II, Vol. II.

Sala Segunda Civil No. 23, 9 hrs. 10 enero 1965; No. 1377 10:25 hrs. 23 diciembre 1960; No.990, 10:15 hrs., 11 setiembre 1959.

Tribunal Superior Civil No. 34, 14:50 hrs. 28 marzo, 1967.

No.2, 10 hrs. 3 enero 1968.

No. 441, 16:40 hrs. 28 julio 1967.

Tribunal Superior Civil. Alajuela No.651, 10:25 hrs. 19 junio 1962.

No.691, 9:38 hrs. 27 junio 1972.

Juzgado Quinto Civil. 16 hrs. 19 noviembre 1968, Confirmada Tribunal Superior Civil y Contencioso Administrativo, 15:30 hrs. 24 enero 1969.

"SUSPENSION DE LOS CONTRATOS DE TRABAJO"

*Trabajo presentado al Dr. Edgar Alfaro Muñoz
Cátedra de Derecho Laboral II
por Miguel A. González Salazar y
German Edo. Cascante Castillo*

I

INTRODUCCION

Con el presente trabajo se pretende cumplir con uno de los requisitos del curso de Derecho Laboral II, que imparte el Prof. Dr. Edgar Alfaro Muñoz, cual es desarrollar la institución de la Suspensión de los Contratos de Trabajo, sus causas y sus efectos, de conformidad con el programa oficial para este curso, y a la luz de la doctrina, tanto nacional como extranjera, la legislación y la jurisprudencia.

Por ser la Suspensión de los Contratos de Trabajo una institución tan amplia del Derecho Laboral, que recibe diverso trato tanto a nivel doctrinal como legislativo, no pretendemos por ello, con el presente estudio, dar por agotado el tema sino tan solo enunciar a nivel doctrinal la opinión de diversos autores, confrontada con las causas de suspensión de contratos de trabajo (individuales y colectivas) que contiene nuestra legislación laboral, la que de por sí es el objeto de este trabajo, con el propósito de formarnos un criterio más amplio sobre esta Institución, para efectos de estudio, ya que en última instancia son las circunstancias económicas, políticas y sociales de un país las que determinan las principales causas de suspensión de contratos de esa realidad determinada, las cuales deben irse adaptando día con día, a fin de que el Derecho no constituya *"un obstáculo al cambio social"*.

II

SUSPENSION DE CONTRATOS DE TRABAJO

DEFINICION

Antes de abordar el tema es preciso establecer el significado jurídico de la figura, con el objeto de determinar luego las causas legales que originan una situación suspensiva del contrato de trabajo sin responsabilidad para el patrono ni para el trabajador.

Para José Vida Soria, *"suspensión es... una vicisitud por la que puede atravesar el contrato, que en un determinado momento encuentra no cumplida la normal ejecución de las prestaciones objeto del mismo"* (1). Para Mario De La Cueva, *"la suspensión de las relaciones de trabajo es una institución que tiene por objeto conservar la vida de las relaciones, suspendiendo la producción de sus efectos, sin responsabilidad para el trabajador y el patrono cuando adviene alguna causa o circunstancia distinta de los riesgos del trabajo, que impide al trabajador la prestación de su trabajo"* (2). Según Guillermo Cabanellas, *"la suspensión consiste en la paralización de los*

-
- (1) VIDA SORIA, (José), *"La Suspensión del Contrato de Trabajo"*. Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1965, p. 3.
- (2) DE LA CUEVA, (Mario), *"El Nuevo Derecho Mexicano del Trabajo"*. Editorial Porrúa S. A., México, 1972, p. 231.

efectos del contrato de trabajo en cuanto a la prestación de servicios; y en ocasiones, también, con respecto a la retribución que debe percibir el trabajador" (3).

La definición de Vida Soria es muy amplia ya que no alude a las causas legales, a las que el ordenamiento jurídico contempla como válidas para suspender el contrato de trabajo sin responsabilidad para las partes, lo que nos parece incorrecto; la definición que da De La Cueva no parece aplicarse en forma total a Costa Rica, ya que excluye el riesgo de trabajo, el cual —como veremos oportunamente, aunque nuestro Código de Trabajo no lo menciona como causa de suspensión de contratos de trabajo, es locierto que el riesgo profesional, (accidente de trabajo y enfermedad profesional), produce los mismos efectos que otras causas que el Cósigo señala expresamente como suspensivas del contrato de trabajo. Por lo anterior, la definición que nos brinda Cabanellas nos parece la más comprensiva y exacta (.,).

Como nuestro trabajo se circunscribe al estudio de la legislación costarricense resulta conveniente establecer la opinión de nuestros Tribunales sobre lo que es la suspensión de contratos de trabajo; en lo que interesa, la Casación No. 91, II Semestre, del año 1975, Vargas Saborío contra el Estado, al distinguir entre suspensión y disolución, dice:

"La suspensión ... está condicionada por la presencia de una circunstancia que no permite que el trabajador desarrolle una actividad durante algún tiempo..., no sólo no produce la disolución de la relación de trabajo, sino que por el contrario su finalidad es mantenerla viva durante el tiempo de la condición suspensiva, con el propósito de que recupere su funcionamiento tan pronto desaparezca esa causa que la produjo y pueda surtir nuevamene todos sus efectos".

En otro aparte de la misma sentencia de Casación No. 91 indicada, el máximo Tribunal Costarricense expresa:

"... concorde con ese interés por mantener la estabilidad es la suspensión de la relación individual de trabajo, que tiene por objeto mantener la relación y suspender temporalmente la producción de sus efectos que son la obligación de prestar el servicio y la de pagar el salario, sin responsabilidad para el patrono o para el servidor, cuando adviene alguna circunstancia que impide al trabajador cumplir con sus deberes".

En síntesis, puede decirse que la suspensión de contratos de trabajo está constituída por

una inejecución temporal de alguna o algunas de las prestaciones fundamentales, como pueden ser la de ejecutar el trabajo por parte del trabajador y la de abonar la remuneración por parte del patrono, sin responsabilidad para las partes intervinientes en el contrato.

El artículo 73 del Código de Trabajo Costarricense no define lo que es la suspensión de contratos de trabajo, sino que alude a los efectos que *no* tiene la figura, diferenciándola de la disolución de los contratos, y no incluya la suspensión individual sino sólo la colectiva —parcial o total—. La suspensión individual está en otras normas: arts. 78, 79, 96, 105, etc.

III

CAUSAS INDIVIDUALES DE SUSPENSION DE CONTRATOS DE TRABAJO

Son aquellas que impiden al trabajador, considerado unilateralmente, cumplir con su obligación de ejecutar el trabajo para el que fue contratado; no se trata de un fenómeno que impida a un grupo de trabajadores de una empresa, o a la totalidad, llevar a cabo la prestación de sus servicios; dichas causales, sin embargo, no se encuentran contenidas en un solo artículo sino en

(3) CABANELLAS, (Guillermo). *"Contrato de Trabajo". (Parte General)*, Vol. III, Bibliográfica Omeba, Buenos Aires, 1964, p. 31.

(4) Para ampliar sobre definiciones de suspensión de contratos de trabajo ver: BAYON CHACON, G. y PEREZ BOTIJA, E. *"Manual de Derecho del Trabajo"*, Séptima edición, Vol. II, Madrid, 1967, p. 507.

varios, e inclusive en diferentes Capítulos (Capítulo Sexto del Título Segundo y Capítulo Segundo, Sección V, del Código de Trabajo).

ENFERMEDAD O ACCIDENTE DE TRABAJO

ENFERMEDAD:

Esta causa de suspensión individual de contratos de trabajo está contenida en el artículo 79 del Código de Trabajo. Una correcta interpretación de dicho artículo nos indica que la *"enfermedad comprobada"* que incapacite al trabajador *"para el normal desempeño de sus labores durante un período no mayor de tres meses"* es causa de suspensión sin responsabilidad para ninguna de las partes, siempre y cuando el trabajador esté protegido por el Régimen de Enfermedad y Maternidad de la Caja Costarricense de Seguro Social; supuesto en el cual el trabajador incapacitado gozará de medio salario hasta por veintiseis semanas.

En el caso contrario, esto es, que el trabajador no esté protegido por la Ley de Seguro Social o por disposiciones especiales, la enfermedad es causa de suspensión de los contratos de trabajo, pero el patrono tiene la obligación de pagar medio salario durante un mes después de un trabajo continuo no menor de tres ni mayor de seis meses; medio salario durante dos meses cuando el trabajador hubiere laborado continuamente durante un lapso mayor de seis meses y menor de nueve meses, y medio salario durante tres meses si hubiere trabajado continuamente durante más de nueve meses. El primer supuesto se extrae de la combinación del citado artículo 79 del Código de Trabajo y del artículo 35, inciso 1, del Reglamento del Seguro de Enfermedad y Maternidad, que evidentemente resulta una norma más favorable para el trabajador que la contenida en aquél, dado que, como se dijo antes, otorga un subsidio consistente en medio salario hasta por un plazo máximo de veintiseis semanas. Interpretado así el artículo 79 del Código de Trabajo, la facultad patronal de despedir al trabajador, que contiene el artículo 80, podría ejercerse hasta que transcurran las veintiseis semanas establecidas en el artículo 35, inciso 1, del Reglamento de Seguro de Enfermedad y Maternidad de la Caja Costarricense de Seguro Social. Además el patrono puede colocar interinamente a otro trabajador en lugar del incapacitado.

Sin embargo, la jurisprudencia nacional es mayoritaria en cuanto a considerar que transcurridos los tres meses de incapacidad para laborar por enfermedad, independientemente de que se trate de un trabajador asegurado o no, el patrono puede dar por terminado el contrato de trabajo, lo cual, a todas luces viene a afectar al trabajador cuya incapacidad para laborar por enfermedad exceda el lapso de tres meses, ya que perderá su empleo y la Caja Costarricense de Seguro Social no le reconocerá la prestación en dinero durante el tiempo posterior al despido (es decir, durante los tres meses posteriores al del despido) sino sólo los demás derechos como serían asistencia médica, medicamentos, etc... Según disposición expresa del artículo 26 del tantas veces citado Reglamento del Seguro de Enfermedad y Maternidad; perjuicio que confirman nuestros tribunales cuando se señala que: *"... ese medio salario no tiene el patrono obligación de pagarlo cuando la incapacidad se produce estando ya terminado el contrato laboral"* (1975. —TRIBUNAL SUPERIOR DE TRABAJO DE ALAJAJUELA, No. 1141 de las 14:08 hs. del 1 de agosto. Ordinario de J.M.U.U. c. A.R.A.).

La doctrina ha fundamentado el derecho del trabajador a seguir percibiendo la indemnización durante cierto tiempo de la incapacidad; en ese sentido Deveali expone: *"Por razones humanitarias la ley se aparta del principio que consiste en atribuir íntegramente el riesgo de accidente o enfermedad a la propia víctima. Pero también se ha guardado de hacer recaer en forma total sobre el comercio y la industria la reparación de tales infortunios, a ello se debe que el sistema autorice a continuar percibiendo el salario sólo por cierto tiempo"*(5).

Creemos que la tesis expuesta por Deveali tiene perfecta aplicación en Costa Rica para

(5) DEVEALI, (Mario L.), *"Tratado de Derecho del Trabajo"*, T. 1, Ediciones La Ley S. A., Buenos Aires, 1964, p. 511.

justificar la obligación patronal de pagar medio salario en los términos fijados en el artículo 79, párrafo segundo del Código de Trabajo.

Por otra parte, debe hacerse mención que la doctrina extranjera y la jurisprudencia nacional exigen que la enfermedad *no sea una consecuencia de culpa del trabajador*; en tal sentido la Sentencia del Tribunal Superior de Trabajo, No. 2219 de 10:30 hrs. del 11 de diciembre de 1984, que señala que la enfermedad contraída por culpa del trabajador no opera como una causa de suspensión sino más bien de despido, refiriéndose a un caso de alcoholismo; criterio similar sigue el autor Deveali quien dice: *"Para que el empleado tenga derecho a gozar de los salarios por enfermedad, es preciso que la misma le sea inculpable, es decir ajena en cualquier medida a su propia determinación"* (6).

En nuestro país, además, por vía jurisprudencial se establece que para que la enfermedad surta efectos como causa de suspensión se requiere: *"Tratándose de un trabajador asegurado, para justificar sus ausencias al trabajo, debe probar su enfermedad por medio de dictamen de la Caja de Seguro Social y no de un médico particular"* (1974. TRIBUNAL SUPERIOR DE TRABAJO, No. 23 de 9:30 hrs. del 4 de enero. Gestión de despido c. V.G.L.).

Para terminar creemos que la definición que de enfermedad nos da Vida Soria encaja perfectamente en la legislación costarricense: *"Todo proceso patológico que ocasione al que lo padece un menoscabo físico y que no sea consecuencia de, o debido a, un accidente de trabajo"* (7).

ACCIDENTE DE TRABAJO (RIESGO PROFESIONAL EN COSTA RICA):

No se encuentra expresamente contemplado como causa de suspensión, pero es evidente que tiene los mismos efectos que los fenómenos que el Código estatuye como causas de suspensión de contratos de trabajo. En Costa Rica, en realidad es el riesgo profesional el que constituye una causa de suspensión; es decir, el concepto más amplio que incluye no sólo al accidente de trabajo sino también a la enfermedad profesional.

El accidente de trabajo es definido por el Código de Trabajo en el artículo 203, párrafo segundo, de la siguiente manera: *"Accidente de trabajo es toda lesión corporal que el trabajador sufra con ocasión o por consecuencia del trabajo y durante el tiempo que lo realice o debiera realizarlo. Dicha lesión ha de ser producida por la acción repentina y violenta de una causa exterior"*. Se trata de una lesión corporal; la misma es resultado del trabajador, y no de otro fenómeno cualquiera; tal lesión debe producirse durante el período de trabajo, o al menos cuando debiera estarse ejecutando; y ha de ser producto de una *"acción repentina y violenta de una causa exterior"*, es decir no interna del organismo del trabajador, no de una deficiencia orgánica. Una definición similar a la del Código de Trabajo de Costa Rica contiene el artículo 79 de la Ley del Contrato de Trabajo Española, la cual lo contempla como: *"Toda lesión corporal que el trabajador sufra con ocasión, o por consecuencia del trabajo que ejecute por cuenta ajena"* (8); ésta contempla la ajenidad del trabajo, lo que no expresa la costarricense, sin embargo ha de sobreentenderse.

El mismo artículo 203, en su párrafo tercero, dispone los requisitos que debe reunir la enfermedad profesional: a) ha de ser resultado inmediato, directo e indudable de la clase de labores que ejecuta el trabajador, y b) provocada por una causa externa que ha actuado en una forma lenta y continua en el organismo de éste.

El ya citado artículo 203 define también, lo que es el riesgo profesional el accidente o enfermedad profesional, a que están expuestos los trabajadores a causa de las labores que ejecutan por cuenta ajena. Aquí la ley contempla la ajenidad del trabajo.

(6) DEVEALI, Marlo, *Op. cit.* p.510.

(7) VIDA SORIA, (José), *Op. Cit.* p. 4.

(8) VIDA SORIA (José), *Op. Cit.* p. 156.

La duda que puede presentarse en cuanto a si es o no una causa de suspensión de contratos, viene dada por la circunstancia de que los riesgos profesionales están regulados por un capítulo específico, diverso al correspondiente de las causas de suspensión de contratos de trabajo, en razón a sus efectos como se indicó antes. Como causa de suspensión se deriva de la combinación de los artículos 213 a 248, 249 y 250 del Código de Trabajo. El primero obliga al patrono a reponer al trabajador *"en cuanto esté capacitado y siempre que no haya recibido indemnización por incapacidad permanente, ni haya transcurrido un año, a partir de la fecha en que quedó incapacitado"*. El segundo establece la obligación del patrono de procurarle al trabajador una nueva ocupación, siempre que sea posible, cuando no pudiere emplearse en la original, estando facultado para tal efecto a realizar los movimientos de personal necesarios. El tercero señala la facultad patronal de emplear un trabajador sustituto, el cual no tendrá derecho a ninguna indemnización si hubiese que reintegrar al incapacitado. Reunidos los requisitos anteriores, es decir que la incapacidad no exceda de un año y que el trabajador no haya recibido pago por concepto de incapacidad total permanente, evidentemente el contrato de trabajo respectivo se encuentra suspendido. Esta tesis la confirman Bayón Chacón y Pérez Botija, cuando textualmente manifiestan: *"Los accidentes de trabajo pueden producir incapacidad laboral transitoria, o invalidez provisional o permanente, de diversos grados. Hasta que no se produzca una declaración de posibilidad de reanudación del trabajo, aunque con limitaciones, el contrato queda en suspenso y el salario sustituido por las prestaciones de la seguridad social"* (9).

Por último, resulta conveniente introducir el texto de un extracto de sentencia que define o distingue claramente el accidente de trabajo y la enfermedad profesional; dicho texto es el siguiente:

"La diferencia esencial entre accidente de trabajo y enfermedad profesional radica en que el primero se produce siempre por la acción repentina y violenta de una causa exterior (Independientemente de la constitución orgánica de la víctima) mientras que la enfermedad se presenta bajo la forma de un proceso lento y continuado, proveniente de una causa igualmente lenta y durable; aunque bien puede presentarse en forma repentina y violenta, siempre que su evolución haya sido progresiva en el organismo del individuo afectado" (10).

PRISION:

Esta causa de suspensión está expresamente contemplada como tal en el artículo 78 del Código de Trabajo. Comentando dicho artículo, el Licenciado Alvaro Valerio Sánchez dice: *"La norma legal... por ser omisa, hace necesario analizar varias situaciones; así la misma señala como requisitos que el arresto o prisión preventiva sean seguidos de sentencia absolutoria, omitiéndose la posibilidad de que el proceso respectivo termine con un auto de sobreseimiento definitivo, o bien que dicho proceso se suspende si es dictado un auto de sobreseimiento provisional o prórroga extraordinaria. No obstante esa omisión, no existe duda de que ambas situaciones, para los efectos legales consiguientes se equiparan a la sentencia absolutoria. Por el contrario, si el trabajador sometido al proceso no obtiene sentencia absolutoria, no existe obligación patronal de readmitir al trabajador, ya que se estaría en presencia de la causal del inciso k del artículo 81 del Código de Trabajo"* (11).

El Tribunal Superior de Trabajo de Alajuela, en sentencia No. 775 de 16:12 hs. del 10 de junio de 1974, en Ordinario de J.A.Q.C. c. C.B. de C.R., expone:

"En las detenciones o arrestos que las autoridades judiciales hagan de un trabajador en los que de hecho, o legalmente no haya la posibilidad de que se produzca una sentencia con-

(9) BAYON CHACON, G. y PEREZ BOTIJA, E. *"Manual de Derecho del Trabajo"*, Séptima Edición, Imprenta José Luis Cosano, Vol. II, Madrid, 1967.

(10) Cas. No. 18 de 15 hrs. del 3 de abril de 1974.

(11) VALERIO SANCHEZ, (Alvaro). *"Conceptos sobre algunos aspectos de la Relación Laboral"*, Tercera Edición, Editorial Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1972, p. 26.

denatoria o absolutoria, es menester, para determinar si tal evento suspende o no el contrato de trabajo, investigar las causas del arresto o la detención, con el propósito de saber si hubo o no en ello responsabilidad del trabajador, responsabilidad que debe ser clara, evidente, porque los casos dudosos deben ser resueltos a favor del trabajador”.

En un evento como el que expone la sentencia, si no hay responsabilidad del trabajador en la causa que motiva el arresto o detención, el contrato queda suspendido, lo mismo sucede si hay duda.

Por su parte, la Sala de Casación, en sentencia No. 128 de las 15:30 hrs. del 16 de octubre de 1975, en Ordinario de F.A.G. c. C.C.S.S., manifiesta: *“Si en contra del trabajador de confianza está en trámite un proceso por administración fraudulenta, tal situación afecta la confianza en él depositada y en esas circunstancias el patrono puede hacer valer la suspensión del contrato mientras se esclarecen los hechos que dieron lugar a que se decretara en su contra la prisión”.* Esta resolución contempla el caso de la prisión preventiva, o sea que hay en un curso un proceso contra el trabajador, sin embargo, el artículo 78 también contempla el arresto que administrativa o judicialmente se haga del trabajador; a este respecto nuestros tribunales consideran que si el arresto está motivado por ebriedad no es causa de suspensión sino más bien de disolución del contrato de trabajo (en tal sentido ver: 1974. TRIBUNAL SUPERIOR DE TRABAJO DE ALAJUELA, No. 775 de 16:12 hrs. de 10 de junio. Ordinario de J.A.Q.C. c. C.B. de C.R.).

Cuando el trabajador sufre arresto o prisión preventiva debe avisar al patrono, dentro de los tres días siguientes, de la causa que le impide asistir a su trabajo, y una vez cesada la misma, a reanudarlo dentro de los dos días siguientes.

Esta es una causa de suspensión sin responsabilidad para las partes. En España no se contempla como causal independiente y los tratadistas la incluyen en los supuestos de fuerza mayor temporal. (12).

Mario De La Cueva considera que en el caso de prisión preventiva, si se declara la culpabilidad del trabajador se producirá la disolución característica de la relación de trabajo; de lo contrario, el patrono debe cubrir al trabajador los salarios que deje de percibir *porque cuando la causa que motivó la prisión preventiva provenía de la defensa de la persona o intereses del patrono, se trata de un riesgo de empresa.* (13).

De lo expuesto anteriormente se deduce que la prisión preventiva y el arresto son causa de suspensión de contratos de trabajo, sin responsabilidad para las partes, cuando el hecho que los motiva es inculpable para el patrono y para el trabajador, puesto que impide la ejecución del trabajo por parte del asalariado durante el tiempo que éste se ve privado de su libertad.

SUSPENSION DISCIPLINARIA:

Esta causal de suspensión de los contratos de trabajo, se fundamenta en que: *“La posibilidad de aplicar sanciones debe serle conocida a la empresa, como consecuencia de sus poderes directivos”* (14).

En la legislación costarricense no está contemplada expresamente como una causa de suspensión y menos aún definida. Sin embargo, conforme a los artículos 66, 67 y 68 del Código de Trabajo, se señala como una facultad patronal siempre y cuando esté contenida en un Reglamento Interior de Trabajo, que debe ser aprobado por la Oficina Legal del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social y elaborado por el patrono en conformidad con la legislación laboral existente y los contratos de trabajo establecidos que se pone en conocimiento de los trabajadores con quince días de anticipación al día en que empezará a regir, mediante dos ejemplares ubicados en dos de los sitios más visibles del centro de trabajo.

(12) VIDA SORIA, (José), *Op. Cit.* p. 197.

(13) DE LA CUEVA, (Mario). *Op. Cit.* p. 235.

(14) DEVEALI, (Mario), *Op. Cit.* p. 535.

La ley establece un límite máximo de ocho días de suspensión del trabajo por esta causal, sin goce de sueldo y como requisito de eficacia el haber oído al interesado y a los compañeros que éste indique para probar su inculpabilidad (artículo 68, inciso e). Sin embargo, *ha de decirse que la ausencia del Reglamento Interior de Trabajo, por no ser obligatoria su emisión no impide, a nuestro juicio, de conformidad con los principios generales del Derecho Laboral, que el patrono pueda suspender a un trabajador, en vez de despedirlo, cuando así pudiere hacerlo.*

En síntesis, la sanción disciplinaria es una causa de suspensión del contrato de trabajo sin responsabilidad para el patrono; pero la misma debe estar en íntima relación con la causa que la motiva, con la indisciplina que se pretende corregir; de tal suerte que si se da una suspensión desproporcionada, el trabajador está facultado para alegar el pago del tiempo que constituya exceso en la suspensión.

MATERNIDAD:

Esta es una causa de suspensión contenida en otras legislaciones y desarrollada como tal por la doctrina extranjera. En nuestro país pareciera que está contemplada como un derecho de la trabajadora embarazada impuesto por el Derecho en forma de protección como parte de la seguridad social, según se desprende de los artículos 95 y 96 del Código de Trabajo, y artículo 43 del Reglamento del Seguro de Enfermedad y Maternidad de la Caja Costarricense de Seguro Social. Sin embargo, por una práctica antijurídica se ha configurado, de hecho aunque no de derecho, como una causa de suspensión del contrato de trabajo *sin responsabilidad para el patrono ni a la trabajadora*, en el sentido de que se ha venido incumpliendo el pago de las dos terceras partes del sueldo que le corresponde a la trabajadora durante su incapacidad, cuando no se abonare a vacaciones, o lo que le falte para que lo reciba completo si está acogido a los beneficios de la Caja Costarricense de Seguro Social, por parte del patrono. En consecuencia, la práctica ha sido que, en tratándose de trabajadoras aseguradas, el patrono sólo concede la licencia para que se ausente del trabajo y no le paga la proporción del salario a que está obligado, recibiendo aquellas sólo el 50^o/o de su sueldo mensual durante los treinta días anteriores y posteriores al parto que le concede el Seguro Social conforme el artículo 43 del ya citado Reglamento. De conformidad con el artículo 96 tiene derecho a conservar su empleo.

CAUSAS DE SUSPENSION COLECTIVA DE CONTRATOS DE TRABAJO

Están contenidos en los artículos 73 a 77 del Código de Trabajo y las causas, concretamente en el artículo 74, sin embargo, éstas deben completarse con la huelga y el paro, contenidos en los artículos 364 y siguientes y 372 y siguientes, respectivamente.

El artículo 74 contiene tres incisos que contemplan causas de suspensión colectiva, parcial o total, de contratos de trabajo: a) La falta de materia prima para llevar adelante los trabajos, siempre que no sea imputable al patrono.

Esta es una causa de suspensión de contratos de trabajo sin responsabilidad para ninguna de las partes, siempre y cuando la carencia de materia prima *no sea imputable al patrono*, pues de serlo deberá pagar los salarios durante el tiempo que por esa circunstancia hayan dejado de prestar su servicio los trabajadores (Art. 69 - 9). Por ejemplo, los eventos o dificultades que puedan hacer difícil la consecución de la materia, tales como el aumento en los costos, los defectos de ella, la escasez en el mercado nacional, vienen a constituir *“riesgos de empresa, eventualidades previsibles y naturales de la actividad empresarial y en consecuencia, no configuran la causal establecida en el inciso a) del artículo 74 del Código; por otra parte, si el patrono no ha agotado todos los medios posibles para conseguir la materia prima o con su negligencia e imprevisión ha hecho que la misma falte, tampoco se inserta esa falta de materia prima en la citada causal, dado que existe culpa patronal.* La regla opera en el sentido de que el patrono debe demostrar la falta de materia prima y que esa carencia no le es imputable a él.

b) La fuerza mayor o el caso fortuito, cuando traiga como consecuencia necesaria, inmediata y directa la suspensión del trabajo.

Nuestra ley no distingue la fuerza mayor y el caso fortuito sino que los equipara como cau-

sas de suspensión, igual sucede en España(15). Sin embargo, en doctrina suelen diferenciarse ambos conceptos aludiéndose por caso fortuito a lo imprevisible, y por fuerza mayor lo inevitable(16). Tal distinción, por lo dicho antes, no tiene utilidad práctica en nuestro Derecho Laboral.

Para que operen legalmente como causa de suspensión de contratos sin responsabilidad para ninguna de las partes, se requiere: a) que sean productores de la suspensión, sin que haya otra alternativa que la paralización de labores; b) que no exista otro suceso que medie entre la suspensión y el caso fortuito o la fuerza mayor; y c) que esa suspensión sea efecto únicamente de la fuerza mayor o el caso fortuito, en los que éstos son determinantes. *Si tales fenómenos no son productores directos, necesarios e inmediatos de la suspensión/no constituyen una causal ajustada a derecho para que la suspensión se de sin responsabilidad patronal.*

Bayón Chacón y Pérez Botija consideran que la fuerza mayor es causa de suspensión siempre y cuando la imposibilidad del trabajo no sea definitiva o permanente (17). Según estos autores, las suspensiones fortuitas se caracterizan por ser ajenas a la voluntad del legislador e independientes de la decisión de los sujetos de la relación laboral (18).

Estas son las causales que más se alegan en Costa Rica para suspender los contratos de trabajo. Por ejemplo, en 1979 de un total de 23 diligencias tramitadas por la Inspección General de Trabajo en 17 se alegó el caso fortuito o la fuerza mayor.

c) La muerte o la incapacidad del patrono, cuando tenga como consecuencia necesaria, inmediata y

c) La muerte o la incapacidad del patrono, cuando tenga como consecuencia necesaria, inmediata y directa la suspensión del trabajo.

En este inciso se contemplan dos causas: la muerte del patrono por un lado, y su incapacidad por el otro. La ley se refiere al patrono persona física y no a las personas jurídicas. Las características que deben reunir esas causas vienen a ser las mismas que las de la fuerza mayor y el caso fortuito en cuanto a la provocación de la suspensión; sea, la inmediatez, la necesidad y la causalidad directa. Por la vía del ejemplo puede indicarse que si el propietario del centro de trabajo muere o se ve incapacitado para atender su empresa, pero un hijo suyo, un apoderado o un administrador, puede seguirlo atendiendo, aquél suceso no estará configurado en los supuestos que señala el inciso c) del artículo 74 del Código.

V

EL PROCEDIMIENTO

En cualquiera de los tres casos anteriores, el órgano designado por la ley ante el cual debe comprobarse la causal que da pie a la suspensión, es la Inspección General de Trabajo; el plazo para iniciar la gestión es el de los tres días posteriores al de la conclusión de aquel en que se dio el suceso justificante —es lógico— que se trata de días hábiles, siguiendo la regla procesal civil y la suspensión se hace efectiva, si se declara con lugar, “desde la conclusión del día en que ocurrió el hecho que le dio origen” (Art. 75 Cód. Trabajo); es decir, a partir del nuevo día siguiente. Apoyada en esta disposición, la Inspección General de Trabajo, ha declarado que *no puede justificarse legalmente una interrupción del trabajo cuando la misma no excede el propio día en que ocurrió el hecho causante*. Aparte de lo anterior, la Inspección ha argumentado razones prácticas muy lógicas, en el sentido de que sería imposible tramitar todas las suspensiones que se dieran con ta-

(15) VIDA SORIA, (José), *Op. Cit.* p. 185.

(16) CABANELLAS, (Guillermo), *Op. Cit.* p. 478.

(17) BAYON CHACON y PEREZ BOTIJA, *Op. Cit.* p. 509.

(18) BAYON CHACON y PEREZ BOTIJA, *Op. Cit.* p. 508.

les características, es decir, *sin que excedan de un día (19)*. La misma entidad ha considerado, también, que *no procede* el trámite de una suspensión de contratos *cuando no ha habido un suceso paralizador de las labores (20)*. La causa legal justificadora de la suspensión debe probarse por todos los medios, ya sea por parte de los herederos del patrono, como en el caso de muerte, o por ésta directamente en los demás casos —excepto que esté incapacitado, caso en el cual los familiares están facultados para realizar la gestión correspondiente—, pudiendo iniciarse ante cualquier Inspección Cantonal, Regional o Provincial del Ministerio de Trabajo. Si la Inspección de trabajo considera que no existe la causal alegada, declarará sin lugar la solicitud, esta declaratoria es importante por cuanto, en tal supuesto, *los trabajadores están facultados para dar por terminados sus contratos de trabajo con responsabilidad patronal*, esto es con derecho a pre-aviso, auxilio de cesantía y cualquier otra indemnización que pudiere corresponderles (artículo 75, párrafo 3ro.).

Cabe advertir que la resolución de la Inspección General de Trabajo en uno u otro sentido, es apelable ante el Ministro de Trabajo, dentro de los *quince días* siguientes al de su notificación, según dispone expresamente el artículo 139 de la Ley Orgánica del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, No. 1860 de 21 de abril de 1955 y sus reformas.

Como se dijo antes, el artículo 74 no agota las causas de suspensión colectiva de los contratos de trabajo aceptados en nuestro Derecho, puesto que no contiene la huelga y el paro, fenómenos que son causa de suspensión de contratos de trabajo cuando son declarados legales.

HUELGA:

La huelga se encuentra regulada, como causal de suspensión de los contratos de trabajo en el artículo 365 del Código de Trabajo, el cual textualmente dice: *"La huelga legal suspende los contratos vigentes en la empresa, lugar o negocio en que se declara, por todo el tiempo que ella dure"*. Como causal de suspensión opera la huelga legal no así la declarada ilegal, dado que el artículo 370 señala que la misma *termina, "sin responsabilidad para el patrono, con los contratos de trabajo celebrados por los huelguistas..."*. No es una consecuencia de pleno derecho.

El artículo 364 del citado cuerpo legal, define lo que es la huelga legal: *"Huelga legal es el abandono temporal del trabajo en una empresa, establecimiento o negocio, acordado y ejecutado pacíficamente por un grupo de tres o más trabajadores con el exclusivo propósito de mejorar o defender sus intereses económicos y sociales comunes"*. Esta definición sin embargo, es incompleta, consideramos más exacta la que, a contrario sensu puede extraerse del concepto que de huelga ilegal nos da el Tribunal Superior de Trabajo cuando dice: *"El movimiento de suspensión colectivo de labores que no tenga por finalidad el mejoramiento de los intereses económicos y sociales de los trabajadores, que no haya agotado de previo los procedimientos de conciliación, que no constituya el sesenta por ciento de las personas que trabajan en la empresa, lugar o establecimiento de que se trate, será declarado ilegal..." (21)*. A los elementos señalados debe agregarse que se requiere un mínimo de tres trabajadores (Art. 364 Cód. Trabajo).

Debe señalarse que la doctrina moderna, en forma mayoritaria, acepta la huelga legal como causa de suspensión de la relación de trabajo; en tal sentido expresa Deveali *"... cuando se produce un movimiento colectivo y concordado en procura de mejores condiciones de trabajo, llegando al caso de labor, como último ratio, no se proponen (los trabajadores), justamente al cese de labor, como último ratio, no se proponen (los trabajadores), justamente, romper el vínculo, sino continuar en la empresa, pero a condición de que las anteriores o actuales condiciones sean modificadas a su favor"* (22). Empero hay doctrina que dice que la huelga rompe con los

(19) Suspensión de Contratos de Trabajo en Empresa Walster S. A. No. 274.

(20) Suspensión de Contratos de Trabajo en Empresa DICIE S. A. No. 290.

(21) DEVEALI, (Mario), *Op. Cit.* p. 541; en igual sentido CABANELLAS, (Guillermo), *Op. Cit.* p. 478.

(22) CABANELLAS, (Guillermo), *Op. Cit.* p.p. 479—480.

contratos de trabajo; es la sostenida por Capitant y Cuché (23). (Pero es doctrina de pasada, salvo en la legislación belga).

José Vida Soria considera que en España, y acorde con el Decreto de 20 de setiembre de 1961, relativo a formalización, conciliación y arbitraje en las relaciones colectivas, la doctrina mayoritaria se inclina por pensar que en el caso de huelga "*legítima*" hay suspensión del contrato de trabajo, mientras que tratándose "*de la ilegítima se estima que existirá suspensión en tanto en cuanto el acreedor de trabajo no ejercite una acción de despido que el Decreto le otorga*" (24). Sin embargo, este autor considera, que si el acreedor no despidió no hay suspensión sino que el contrato sigue su curso (24).

Según Cabanellas, aún la huelga declarada ilegal no rompe, en forma automática, los contratos de trabajo, sino que es necesaria una *intimación del patrono para que los trabajadores se reincorporen a su trabajo*, y en caso de no hacerlo, entonces procede la disolución de los contratos respectivos (25). Agrega el citado autor que en los casos en que la ley declara que la huelga ilícita es causa de disolución del contrato, pero el patrono readmite a los trabajadores en su empleo, el contrato de trabajo continúa, porque el patrono ha dejado de ejercer una facultad conferida por la ley (26).

Consideramos que el criterio sostenido por los autores Vida Soria y Cabanellas, en cuanto a que declarada ilegal la huelga, si el patrono no ejercita las acciones correspondientes de despido, los *contratos de trabajo* continúan vigentes, es aplicable perfectamente en nuestra legislación laboral (art. 370 Cód. Trabajo), por no existir ruptura de pleno derecho.

Por otra parte, no obstante que la Casación de las 14:30 hrs. del 16 de julio de 1948 expone:

"Procede el rompimiento del contrato de trabajo sin responsabilidad patronal, cuando los trabajadores dejan temporalmente el trabajo, para ir a forzar al patrono a que les conceda un aumento de salario, sin seguir los procedimientos que establece la ley respectiva, sino más bien promoviendo un movimiento huelguístico ilegal".

Creemos, con Cabanellas, que es necesaria una intimación patronal para que los trabajadores se reincorporen a su trabajo, sin la cual por razones de buena fe y de equidad, no se produce la disolución de los contratos en forma automática, sino que los mismos se mantienen suspendidos. La ley no lo señala. Sin embargo, podría lograrse si se toma como punto de partida de la ilegalidad de la huelga el día de declaración de ilegalidad por el Tribunal (Art. 517 C.T.).

EL PARO:

Guillermo Cabanellas dice que, en cuanto al paro patronal debe estarse a lo que dispone la legislación positiva, pero que, en general, surte los mismos efectos que la huelga (22). Esta última afirmación del autor es la que se da en Costa Rica; así el artículo 374 señala que durante el paro legal los contratos de trabajo están suspendidos, sin derecho para los trabajadores a percibir salario u otra indemnización. En caso de paros ilícitos, el artículo 378 del Código le atribuye los siguientes efectos: a) faculta a los trabajadores para pedir su reinstalación inmediata o para dar por terminados sus contratos, con responsabilidad patronal; y b) como contra partida a estos derechos del trabajador, obliga al patrono a reanudar sin pérdida de tiempo los trabajos y a pagar a los trabajadores los salarios que debieron haber perdido durante el período que estuvieron las labores indebidamente suspendidas.

La misma ley se encarga de definir el paro legal diciendo que "*es la suspensión temporal del trabajo, ordenado por dos o más patronos en forma pacífica y con el exclusivo propósito de defender sus intereses económicos y sociales comunes*". La exigencia de que sean "*dos o*

(23) VIDA SORIA, (José), *Op. Cit.* p. 342.

(24) *IBIDEM*.

(25) CABANELLAS, (Guillermo), *Op. Cit.* p. 490.

(26) CABANELLAS, (Guillermo), *Op. Cit.* p. 491.

“más” ha dificultado su ejercicio a los patronos.

VI

EFFECTOS DE LA SUSPENSIÓN DE LOS CONTRATOS DE TRABAJO:

El principal efecto de la suspensión de contratos de trabajo es el de la continuidad del trabajo (artículos 30, inciso c y 73 y 79 párrafo final); así lo señala la jurisprudencia cuando establece que la suspensión del contrato de trabajo “no sólo no produce la disolución de la relación de trabajo, sino que, por el contrario suspensiva...”(27). Tal tesis es también sostenida en doctrina (28), excepto para ciertos casos en que se requiere la prestación afectiva de servicios(29).

Entonces tenemos que el principal efecto de la suspensión de contratos de trabajo es el de la *continuidad del contrato de trabajo*, lo que se traduce en que todos los derechos y obligaciones de las partes se mantienen siempre que sobre ellos no grave la suspensión; así por ejemplo, el trabajador debe abstenerse de “realizar actos que puedan constituir faltas de respeto para el empresario o competencia desleal hacia el mismo o cualquier otro hecho que configure injuria a los intereses de aquel (30). (Artículo 81, Incisos c y 1). Igualmente el patrono está obligado a *mantener los beneficios sobre los que no grave la suspensión, tales como vivienda por ejemplo (31). Vida Soria considera que el contrato persiste incluso en lo que se refiere al trabajo y al salario y que la inejecución de estos dos aspectos es una “desactualización” de los mismos(32). Este principio de continuidad se refleja especialmente en lo que se refiere al empleo y a la remuneración, donde adquiere especial relevancia.*

A: DEL EMPLEO:

Durante el término de la suspensión el patrono está obligado a mantener la plaza al trabajador, con las características y condiciones sustanciales con que se venía dando antes del suceso suspensivo(33).

B. DE LA REMUNERACION:

Vida Soria señala que “*el requisito de la conmutatividad, esencial en la configuración jurídica del salario, impide conceptualmente, que un contrato interrumpido en el trabajo, dé derecho al trabajador al salario*”, ello sin embargo, según el mismo autor no siempre ocurre así, puesto que en algunos casos, las normas imperativas obligan al patrono a dar el salario, tales son los casos de “*interrupción*” (34). O sea, que la regla general se da en el sentido de que si no hay prestación

(27) Casación No. 91 de 10 hrs. del 30 de junio de 1975.

(28) VIDA SORIA, (José), *Op. Cit.* p.p. 62 y 63.

(29) *IDEM*, p.p. 65 y 66.

(30) CABANELLAS, (Guillermo), *Op. Cit.* p. 70. En igual sentido: VALERIO SANCHEZ, *Op. Cit.* p.p. 24 y 25.

(31) CABANELLAS, (Guillermo), *Op. Cit.* p.p. 72 y 73.

(32) VIDA SORIA, *Op. Cit.* p.p. 62 y 63.

(33) VALERIO SANCHEZ, *Op. Cit.* p.p. 24–25; VIDA SORIA, p.p. 62–63; CABANELLAS p.p. 72 y 73.

(34) VIDA SORIA, *Op. Cit.* p. 58.

de servicios no hay remuneración, salvo casos que la misma ley dispone que debe darse.

VIOLACION DE LOS CONTRATOS DE TRABAJO DURANTE LA SUSPENSION:

Al permanecer vigentes y actuales una serie de derechos y obligaciones de las partes durante la suspensión del contrato de trabajo, ello motiva que el grave incumplimiento de un deber, que debe observar una parte de la relación, constituye motivo justificado para la otra para dar por terminado el contrato. Así por ejemplo, si el trabajador violare los secretos técnicos o empresariales, el patrono estará facultado para dar por terminado el contrato sin responsabilidad suya (artículo 71, Inciso 9 y 81 inciso c del Cód. Trabajo), sin embargo, en casos de suspensión colectiva, debida al art. 74, el trabajador debe emplearse en lo que pueda; por su parte *"cualquier cambio que se opere en relación con el trabajo y que causare un perjuicio grave al servidor, dará origen a una modificación sustancial del contrato, que por lo demás, colocará al trabajador en clara posición de despido, lo que importa es que el trabajador sea readmitido, no que se conserve el puesto"* (35) en este caso con responsabilidad patronal (artículo 83, inciso j del Cód. Trabajo).

En tratándose de una suspensión motivada por enfermedad, la ley dispone que el patrono debe respetar un plazo mínimo de tres meses, de conformidad con el artículo 80 del Código de Trabajo, en el caso de trabajadores no asegurados en el Régimen correspondiente del Seguro Social, o no protegidos por disposiciones especiales como podría ser una Convención Colectiva que dispusiera mejores derechos para el trabajador. Vencido ese plazo, el patrono está facultado para dar por concluido el contrato de trabajo, con el pago del pre-aviso el auxilio de cesantía y demás indemnizaciones a que tuviere derecho el trabajador de que se trate. Si el patrono irrespetase el plazo citado de tres meses, y da por roto el contrato de trabajo antes de concluido el mismo, deberá pagar los extremos legales citados y también el medio salario a que estuviere obligado, según el caso.

En caso de trabajadores protegidos por el Seguro Social, e integrando lo dispuesto en los artículos 79 y 80 del Código de Trabajo con el artículo 35 del Reglamento del Seguro de Enfermedad y Maternidad de la Caja Costarricense de Seguro Social, el patrono no podría ejercer el derecho al despido antes de transcurridos seis meses de Incapacidad por enfermedad, si lo hiciese deberá pagar las indemnizaciones y además la prestación en dinero que les venía otorgando la Caja Costarricense del Seguro Social y que dejare de percibir como consecuencia del despido injustificado.

En el caso de suspensión del contrato de trabajo motivado por arresto o prisión preventiva, una vez cesada la causa, el trabajador debe reintegrarse a sus labores dentro de los dos días siguientes; de no hacerlo se configura una causa justa para el patrono para dar por terminado el contrato sin responsabilidad por su parte (artículos 78 párrafos segundo y 81 inciso 9 del Código de Trabajo).

DIFERENCIAS DE LOS EFECTOS DE LA SUSPENSION COLECTIVA Y DE LA SUSPENSION INDIVIDUAL DE CONTRATOS:

Puede señalarse, como la principal diferencia, el hecho de que la suspensión colectiva se refiere a la totalidad o una parte de los contratos de trabajo existentes en un centro de trabajo (artículo 73 del Código de Trabajo), mientras que la suspensión individual se refiere a un caso único; en el primer caso se suspenden varios contratos y en el segundo sólo uno. La denominación de suspensión colectiva y suspensión individual se derivan precisamente de esas circunstancias. Ambos tipos de suspensión, sin embargo, son semejantes en cuanto a los derechos y obligaciones que emanan de las mismas para las partes. Desde el punto de vista social, evidentemente la suspensión colectiva tiene más graves consecuencias, puesto que una gran cantidad de familias puede verse, durante algún tiempo, sin el ingreso necesario para su manutención.

(35) VALERIO SANCHEZ, *Op. Cit.* p.p. 24 y 25.

CONCLUSIONES

En doctrina se establecen diferentes clasificaciones de suspensiones de contratos de trabajo, así por ejemplo colectivas e individuales; con causa y sin causa o involuntarias y voluntarias, legales o aspectadas; con goce de salario o sin goce de él, etc. (36). En la legislación costarricense se habla de causas colectivas y causas individuales de suspensión solamente. Pero en razón de la posibilidad de contratación que tienen las partes, perfectamente podrían pactarse causas diferentes de suspensión a las señaladas en el Código de Trabajo, siempre y cuando las mismas beneficien al trabajador, pues de crearse por vía contractual causas diversas a las que contempla el Código, sin goce de salario, tales no serían procedentes, porque aquí las establecidas en la ley tendrían el carácter de taxativas.

En doctrina se señalan como causas de suspensión con goce de salario la maternidad, la enfermedad y el accidente de trabajo. En Costa Rica la maternidad, constituida por los descansos pre y post natal a que tiene derecho la trabajadora, entraña la obligación patronal de pagar las dos terceras partes del sueldo de la incapacitada si no estuviere acogida a los beneficios del Seguro Social, o a pagarlo lo que le haga falta para que aquella reciba el sueldo completo, en caso contrario, y siempre y cuando no se le abonare dicho descanso a título de vacaciones, dado que de darse este último supuesto debe pagar el salario completo (artículo 96 del Código de Trabajo). Esta obligación como vimos en su oportunidad, se ha venido incumpliendo sistemáticamente, ya que se da el descanso pero la trabajadora embarazada no ha venido recibiendo ningún porcentaje de sueldo pagado por el patrono, sino sólo la prestación correspondiente que le otorga la Caja Costarricense de Seguro Social.

En cuanto a la enfermedad, ésta sólo obliga al patrono a pagar medio salario, en los términos que la ley expresamente establece, cuando el trabajador no está asegurado ni protegido por alguna disposición especial. En los demás casos nuestro ordenamiento jurídico laboral sólo obliga al patrono a conceder la licencia correspondiente y el salario se ve sustituido por un subsidio que otorga la Seguridad Social.

En relación al accidente de trabajo, en Costa Rica no es más que una parte de un concepto más amplio que es el riesgo profesional. Este no obliga al patrono a remunerar, en ninguna forma, al trabajador durante el período de incapacidad, siempre y cuando el empleado este asegurado en materia de riesgos profesionales, pues en este caso el Instituto Nacional de Seguros subroga al patrono en su obligación de indemnizar al trabajador incapacitado (Art. 253 párrafo 2o. del Código de Trabajo). En el supuesto contrario, esto es que el servidor no este protegido por riesgos profesionales, el patrono sí se verá obligado a pagar las indemnizaciones que la ley señala, según se trate de incapacidad parcial temporal, parcial permanente, total temporal o total permanente; excepto que se demuestre en la vía judicial que el riesgo obedece a fuerza mayor extraña y sin relación alguna con el trabajo, a una provocación intencional de la víctima o al estado de embriaguez imputable a ésta (Art. 210 del Cód. de Trabajo).

Otros ordenamientos jurídicos y la doctrina extranjera contemplan una amplia variedad de causas de suspensión, tales como el servicio militar obligatorio, la excedencia, los permisos extraordinarios, actividades gremiales, etc. Sin embargo, ha de indicarse que los desarrollados anteriormente son los que reciben mayor dedicación por parte de los autores y la legislación.

Por último, debemos indicar que en doctrina se habla indistintamente de suspensión de contratos de trabajo y de suspensión de relaciones de trabajo, lo cual se deriva de que el tratadista de que se trate considere que existe o no el contrato de trabajo.

(36) CABANELLAS, (Guillermo), *Op. Cit.* p. 34.

BIBLIOGRAFIA

- BAYON CHACON, G. y otro. *"Manual de Derecho del Trabajo"*, Séptima Edición, Vol. II, Madrid, 1967.
- CABANELLAS, G. *"Contratos de Trabajo"*, Vol. III, Bibliográfica Omeba, Buenos Aires, 1963.

DEVEALI, M. *"Tratado de Derecho del Trabajo"*, T. I., Ediciones La Ley S. A., Buenos Aires, 1964.

VALERIO DÁNCHEZ, A. *"Conceptos sobre algunos aspectos de Relación Laboral"*, Tercera Edición, Editorial Ministerio de Trabajo, 1972.

VIDA SORIA, J. *"La Suspensión del Contrato de Trabajo"*, Instituto de Estudios Políticos de Madrid, Madrid, 1965.

"Código de Trabajo de Costa Rica", Anotado y Concordado, Imprenta Nacional, 1978.

"Reglamento del Seguro de Enfermedad y Maternidad", Caja Costarricense del Seguro Social, 1975.