

Revista de Ciencias Jurídicas  
Universidad de Costa Rica  
Facultad de Derecho  
Colegio de Abogados  
No. 71 - Cuatrimestral  
enero - abril - 1992 - 170 págs.

I Derecho - Revistas

Hecho el depósito de Ley.

Impreso en Costa Rica.

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

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

0034-7787

CONSEJO ASESOR:

POR EL COLEGIO DE ABOGADOS:

Lic. Bernal Ríos Robles  
Lic. Ricardo Castro Calvo

POR LA FACULTAD DE DERECHO:

Dr. Jorge Enrique Romero Pérez (Decano)  
Dr. Víctor Pérez Vargas  
Dr. Rodrigo Barahona Israel

19 ABR 2012

340  
R

No. 71/1992  
REV 156115

Q

Director y Editor

Dr. Jorge Enrique Romero Pérez



**BIBLIOTECA**  
**FACULTAD DE DERECHO**  
**UNIVERSIDAD DE COSTA RICA**

**4 DIAS**  
 ANOTADO 12 AGO 1993

UNIVERSIDAD DE COSTA RICA  
 FACULTAD DE DERECHO

COLEGIO DE ABOGADOS

**REVISTA  
 DE  
 CIENCIAS JURIDICAS**

**71**  
 (1963-1992)

**29 años**

SAN JOSE, COSTA RICA  
 1992  
 ENERO-ABRIL

JUNTA DIRECTIVA DEL  
COLEGIO DE ABOGADOS

1992

Presidente:

Lic. Rafael Medaglia Gómez

Vicepresidente:

Lic. Rodrigo Mendieta García

Secretaria:

Licda. Virginia Chacón Arias

Prosecretario:

Lic. Hernán Zamora Rojas

Fiscal:

Lic. Gilberto Corella Quesada

Tesorero:

Lic. Bernal Ríos Robles

Vocal 1:

Lic. Luis Rodríguez Picado

Vocal 2:

Lic. Ricardo Castro Calvo

Vocal 3:

Lic. José Longhi Carvajal

Vocal 4:

Lic. José Tabush Cordero

Vocal 5:

Lic. Gerardo Riba Bazo

AUTORIDADES  
UNIVERSITARIAS

Rector:

Dr. Luis Garita Bonilla

Directora Consejo Universitario:

Dra. Hilda Sancho Ugalde

Vice-Rectora de Docencia:

Dra. Yolanda Rojas Rodríguez

Vice-Rector de Investigación:

Dr. Carlos Quesada Mateo

Vice-Rector de Acción Social:

Máster Ana Teresa Álvarez Hernández

Vice-Rector de Vida Estudiantil:

Dr. Carlos Alfaro Lara

Vice-Rector de Administración:

Máster Carlos Serrano Rodríguez

Decano Facultad de Derecho:

Dr. Jorge Enrique Romero Pérez

Vice-Decano Facultad de Derecho:

Lic. Jorge Enrique Amador Madriz

Directora Instituto de Investigaciones Jurídicas:

Dra. Ligia Roxana Sánchez Boza

Decano Sistema de Estudios de Posgrado:

Dr. Luis Camacho Naranjo

Coordinador de la Comisión Editorial:

Ing. Mario Murillo Rodríguez

## PRESENTACION

Se publican en este número *ensayos* sobre el Derecho en sus aspectos comerciales, filosóficos, criminológicos, laborales, económicos; y, de contratación administrativa y teoría general.

En la sección de *documentos* se imprime la presentación del libro del Dr. Rodolfo Saborío Valverde efectuada por el jurista Eduardo Ortiz Ortiz.

*El director y editor*

## LA ADMINISTRACION DE LA SOCIEDAD ANONIMA

### III

#### PODERES DE GESTION Y PODERES DE REPRESENTACION<sup>(\*)</sup>

*Prof. Dr. Gastón Certad M.  
Catedrático de la Universidad de Costa Rica y  
de la Universidad Autónoma de Centro América*

- 13 - Limitación de los poderes de los administradores a actos de ordinaria administración.
- 14 - El poder de representación de los administradores. Limitaciones.
  - A. Limitaciones contenidas en el pacto constitutivo (o en las estatutos).
  - B. Administradores con nombramiento ordinario o especial.
  - C. Limitaciones contenidas en el acto de nombramiento.
  - III. Administrador con representación pero sin poder para delimitar la denominada "discreción" en el poder de representación y el poder de gestión.
    - D. Limitaciones contenidas en el acto de delegación.
    - E. Delegación más o menos amplia.
    - F. Administrador que presta un servicio involuntario de junta directiva.

(\*) Las partes I y II de esta investigación se publicaron en esta Revista (Nos. 69 y 70 del año 1991).

## Sumario

- 10.- Generalidades sobre el tema.
- 11.- Los poderes de gestión de los administradores y el límite natural del objeto social.
- 12.- La imposibilidad de efectuar delegaciones u otorgar mandatos a favor de terceros mediante los cuales se "vacíe" completamente el contenido de los poderes de los administradores.
- 13.- Limitación de los poderes de los administradores a actos de ordinaria administración.
- 14.- El poder de representación de los administradores. Limitaciones
  - A. Limitaciones contenidas en el pacto constitutivo (o en los estatutos).
  - B. Administradores con nombramiento nulo o anulable.
  - C. Limitaciones contenidas en el acto de nombramiento.
  - CH. Administrador con representación pero sin poder para deliberar (la denominada "disociación entre el poder de representación y el poder de gestión").
  - D. Limitaciones contenidas en el acto de delegación.
  - E. Delegación nula o anulable.
  - F. Administrador que ejecuta un acuerdo inválido de junta directiva.
  - G. Limitaciones contenidas en el poder otorgado para la ejecución de actos específicos.

H. Representación conjunta.

I. Conflicto de intereses y otras limitaciones al poder de los administradores.

J. Actos extraños al objeto social.

15.- Representación procesal y legitimación para actuar.

16.- Ratificación.



R  
Nº 71  
(ENE-ABA)  
1992

## 10.- Generalidades sobre el tema

El poder de gestión es el poder deliberativo (de administración o de decisión) de los administradores. El poder de representación es el poder de manifestar externamente, frente a terceros, la voluntad social. Mientras la ley le atribuye el poder de gestión al órgano administrativo y, así, si ese órgano está compuesto (como en nuestras sociedades anónimas) por una pluralidad de miembros, ese poder le corresponde a todos colegiadamente (arts. 181 y 184)<sup>(1)</sup>, el poder de representación es generalmente atribuido en los estatutos a quien resulte investido de un cargo particular, salvo en nuestro país, en donde dicho poder le es conferido ex lege al presidente del consejo de administración, así como a los demás consejeros que se determinen en la escritura social, con las facultades que allí se les asignen (arts. 18 inciso 12 y 182).

Muy frecuentemente, con la finalidad de darle una rápida ejecución externa a las decisiones tomadas, los accionistas le atribuyen al mismo sujeto el poder de gestión y el poder de representación: esto sucede en todos aquellos casos en que la junta directiva delega, en todo o en parte, sus propias atribuciones en uno o más de sus miembros (consejeros delegados), a quienes de esta manera se les confía, dentro de los límites establecidos por el pacto social y dentro de los límites eventualmente determinados en la delegación misma, la gestión y la representación social<sup>(2)</sup>. Aun en estas hipótesis, en donde los

- (1) De ahora en adelante, cuando citemos un artículo sin indicar el código de procedencia, se entenderá que pertenece al código de comercio.
- (2) No obstante que con la Ley Reguladora del Mercado de Valores y Reformas al Código de Comercio # 7201 del 10 de octubre de 1990 –en adelante la “Ley Reguladora”–, al primigenio artículo 182 del Código de Comercio del 64’ se le derogaron, vía su reforma, sus tres últimos párrafos –en donde (concretamente en el segundo) se decía que el concejo podía autorizar a los representantes sociales a delegar sus facultades, total o parcialmente en otros consejeros, si la escritura social lo permitía–, no creemos nosotros que ahora resulte imposible tal delegación de facultades por parte de los representantes sociales, pues resultan de aplicación a la especie las disposiciones generales en tema de mandato civil (aplicables al mandato mercantil gracias al artículo 2), que claramente estipulan que la sustitución (y la revocación también) del mandato es posible sólo cuando al mandante se le hubiere facultado expresamente para ello en el poder (arts. 1264 y 1265 del Código Civil), principio éste que también tiene plena aplicación en el mandato mercantil (art. 277). Así las cosas, al señalarse en el pacto social los alcances de los poderes de los representantes

poderes de gestión y de representación les son confiados por los accionistas al mismo sujeto, es necesario tener bien diferenciados los dos perfiles resaltados (de gestión y de representación), porque no sólo permanecen conceptualmente distintos, sino sobre todo porque la amplitud del poder de gestión puede no coincidir con la amplitud del poder de representación, con las muy relevantes consecuencias que más adelante examinaremos.

11.- Los poderes de gestión de los administradores y el límite natural del objeto social.

La jurisprudencia en forma pacífica y la mayoría de los autores italianos consideran que los poderes de gestión de los administradores en la sociedad anónima se extienden al cumplimiento de todos los actos comprendidos en el objeto social, salvo las limitaciones que resulten de la ley o del pacto constitutivo<sup>(3)</sup>.

Este principio parece desprenderse con bastante claridad de lo que establece nuestro artículo 181, en el sentido que “los negocios sociales serán administrados y dirigidos por un consejo...”; y si pensamos que los negocios sociales válidos son aquellos que realiza la sociedad dentro de los límites de

sociales, hoy deberá expresamente indicarse si tienen las facultades de sustituir –y en quién o quienes– y revocar sustituciones; caso contrario, no podrán efectuarlas.

En cuanto a la delegación de las demás facultades del consejo (administrativa y ejecutiva) –hipótesis contemplada en el derogado penúltimo párrafo del repetido 182–, ella nos parece hoy también factible, siempre que se estipule en forma expresa en el pacto social, con base en el inciso 19 del artículo 18.

Sobre la delegación de funciones del consejo de administración véase nuestro trabajo “La administración de la sociedad anónima. I. Composición y funcionamiento del órgano gestor”, en el número tras anterior de esta misma Revista, bajo el numeral 4.

- (3) Para un cuadro sintético de la jurisprudencia italiana, véase Bonelli, Franco, “*Gli amministratori di società per azioni*”, Giuffrè Editore, Milano, 1985, p. 93, nota 14. En cuanto a la doctrina, consúltese Abbadessa, Pietro, “*La gestione dell' impresa nella società per azioni*”, Giuffrè Editore, 1975, pp. 29 ss., 40 ss.; Allegri, Vincenzo, “*Amministratori e consiglio direttivo*”, en *I Grandi Problemi della S.p.a. nelle Legislazioni Vigenti*, dirigido por Giuseppe Rotondi, C.E.D.A.M., Padova, 1976, pp. 824 ss.; Borgioli, A., “*I direttori generali di società per azioni*”, Giuffrè Editore, 1975, p. 275 s.; Corsi, F., “*Il concetto di amministrazione nel diritto privato*”, Giuffrè Editore, 1974, pp. 131 ss., 240-248; Iglesias Prada, Juan Luis, “*Administración y delegación de facultades en la sociedad anónima*”, Editorial Tecnos S.A., Madrid, 1971, pp. 99 ss.; Weigmann, R., “*Responsabilità e potere legittimo degli amministratori*”, U.T.E.T., Torino, 1974, pp. 71 ss.

su objeto o actividad social, entonces esto equivale a decir, no otra cosa, que *el poder de gestión de los administradores comprende todo acto incluido dentro de ese objeto social*. Además, es evidente que los administradores al exteriorizar la voluntad social han de estar dotados de la capacidad necesaria para poder desarrollar tal cometido; pero del mismo modo resulta natural que dicha capacidad únicamente tenga un determinado campo de desarrollo constituido por el objeto social o la empresa a ejercer. Con esta expresión del 181, nuestro legislador ha querido inicialmente avocado al desarrollo de la función administradora y depositario de las facultades gestoras.

Algunos autores afirman, sin embargo, que los administradores, teniendo como función administrar la empresa social, tienen poderes deliberativos que, por amplios que sean, permanecen siempre en el ámbito de la gestión, de donde no les estaría permitido “modificar la estructura industrial o financiera de la empresa, ni enajenar un sector de la hacienda social o un paquete accionario o una participación mayoritaria en otra sociedad”<sup>(4)</sup>. Pero a semejante posición se le objeta que también dichos actos –que con expresión sintética se denominan “actos de organización de la empresa social”– están comprendidos en la actividad de administración que compete a los administradores<sup>(5)</sup>. Sobre el particular se ha observado además, que mientras la actividad de gestión puede corresponderle también a otros sujetos –como a los gerentes, a los factores, etc.–, la actividad de organización de la empresa social es propia y exclusiva de los administradores<sup>(6)</sup>.

Lo dicho hasta aquí confirma la opinión, sin lugar a duda prevaleciente, de que el poder deliberativo de los administradores –que comprende el poder de cumplir actos de gestión en sentido estricto y actos de organización

- (4) Ferri, Giuseppe, “*Le società*”, en *Trattato di Diritto Civile* dirigido por Giorgio Vassalli, U.T.E.T., Torino, 1971, p. 509.
- (5) Abbadessa, op. cit. en nota 3, pp. 139 ss.; Bonelli, op. cit. en nota 3, p. 94; Borgioli, op. cit. en nota 3, pp. 37 ss.; Minervini, Gustavo, “*Gli amministratori di società per azioni*”, Giuffrè Editore, Milano, 1956, pp. 215 y 267 ss.
- (6) Borgioli, op. cit. en nota 3, pp. 85-106. Además, nunca se ha dudado que sean competencia de los administradores algunas actividades típicas relativas a la organización social (y no a la gestión, en sentido estricto, de la actividad social); piénsese en el nombramiento de gerentes, del agente o agentes residentes y en el otorgamiento, aún en favor de terceros, de poderes especiales, generales y generalísimos, que nuestro código se lo endilga a quienes ejercen la representación social (art. 187).

Claro que sobre el particular surge toda una serie de dudas: ¿está comprendida en los poderes de los administradores la instalación de sucursales? ¿Es válida y homologable registralmente la cláusula del pacto social que le atribuya semejante facultad a los administradores? ¿Pueden los administradores revocar la convocatoria a una asamblea?

de la empresa— tiene como único y solitario límite el objeto social: así, los administradores pueden cumplir, válidamente, todos aquellos actos expresamente comprendidos en el objeto social o que sean instrumentales a éste. En síntesis, el objeto social constituye, por ende, el límite, y determina la extensión, tanto del poder de gestión como también del poder de representación de los administradores<sup>(7)</sup>.

Por lo demás, resulta bastante simple establecer si y cuándo un acto es ajeno o está comprendido en el objeto social. El problema, que ha sido examinado en numerosos estudios por la doctrina italiana<sup>(8)</sup>, ocasionando múltiples controversias, puede simplificarse teniendo claro que la valoración que debe cumplirse es distinta —y se hace con base en distintos criterios— según que nos refiramos a las relaciones internas (entre los administradores y la sociedad) o a las relaciones externas (entre la sociedad y los terceros).

En las **relaciones internas**, el cumplimiento de actos ajenos al objeto social se valora con referencia a la concreta relación entre el acto singular y el objeto social estatutario, de donde corresponden al objeto social sólo aquellos actos que estén **efectivamente** dirigidos a realizarlo. En el supuesto de que el acto sea extraño al objeto social, y prescindiendo de la validez o invalidez del acto mismo en las relaciones externas, el irrespeto al límite del objeto social puede perfectamente exponer al administrador a una acción social o individual de responsabilidad en su contra (ex. arts. 189 ss.)<sup>(9)</sup> o a una causa justa de revocación de su nombramiento<sup>(10)</sup>.

(7) Nótese que algunos actos de organización de la empresa social, y muy particularmente los mencionados por Ferri (v. supra, pág. anterior, nota 4), están comprendidos en los poderes representativos de los administradores, pero pueden perfectamente quedar fuera de sus poderes deliberativos. Esto obedece al hecho de que el límite del objeto social debe valorarse diversamente según que nos estemos refiriendo a las relaciones internas (administradores—sociedad), o a la relación externa de representación.

(8) En Italia existen sobre el tema cuatro monografías específicas: Caselli, G., *“Oggetto sociale ed atti ultra vires”*, C.E.D.A.M., Padova, 1970; Gliozzi, E., *“Gli atti estranei all'oggetto sociale nelle società per azioni”*, Giuffrè Editore, Milano, 1970; La Villa, G., *“L'oggetto sociale”*, Giuffrè Editore, Milano, 1974; Zanelli, Enrico, *“La nozione di oggetto sociale”*, Giuffrè Editore, Milano, 1962. En época más reciente, han tratado ampliamente este tema, Corsi, op. cit. en nota 3, y Minguzzi, *“Gli amministratori di società per azioni. I poteri”*, Rimini, 1980.

(9) En ese sentido, Bonelli, Franco, *“La responsabilità degli amministratori di società per azioni”*, Giuffrè Editore, Milano, 1975, pp. 113 ss.

(10) Sobre la revocación con o sin justa causa, ver Certad Maroto, Gastón, *“La administración de la sociedad anónima. II. Génesis y conclusión de la relación de administración. Retribución de los administradores”*, en el número anterior de esta misma Revista, bajo el numeral 8-A.

En las **relaciones externas**, el objeto social indicado en el acto constitutivo señala implícitamente los límites de los poderes representativos de los administradores, por no tener estos facultades, en su actividad, para ir allende el objeto. Aparte de eso, pueden pactarse expresamente limitaciones particulares. El hecho de exceder los términos del mandato por parte de los representantes sociales se suele denominar como “abuso de la denominación social” y se trata en realidad de un conflicto de intereses entre el representante y la sociedad que consiste, técnicamente, en el ejercicio de la representación de manera tal que se observen formalmente sus límites, pero de forma sustancialmente contraria a su destino, que es la tutela del interés de la sociedad representada. Así, el administrador puede valerse de la denominación social para realizar actos extraños al objeto social o bien actos que, aunque comprendidos en el objeto social, le están vedados por una cláusula expresa del pacto constitutivo. La primera hipótesis dibuja un exceso de los límites del mandato (señalados por el pacto social) debidamente registrado. Es éste un verdadero exceso de poder que, cuando está rigurosamente determinado, produce la invalidez del acto nacido por abuso. En la segunda hipótesis, el abuso se concreta en la violación de los límites puestos convencionalmente a la actividad del representante.

En Italia, de conformidad con una reforma al Codice Civile operada a fines del año 1969, el adicionado artículo 2384 bis precisa que “el carácter ajeno al objeto social de los actos cumplidos por los administradores en nombre de la sociedad es inoponible a terceros de buena fe”. Esto significa que el acto, aunque efectivamente extraño al objeto social, resulta válido y obligatorio para la sociedad, la que (exceptuando los remedios internos frente al administrador), para oponer al tercero dicha circunstancia —es decir, para rechazar el cumplimiento del acto extraño a su propio objeto social— deberá probar que el tercero no era de buena fe. La nueva disciplina introducida en Italia en 1969, no sólo ha declarado inoponible a los terceros de buena fe el carácter extraño al objeto social de los actos cumplidos por los administradores en nombre de la sociedad, sino también las limitaciones estatutarias a los poderes de gestión y de representación y, además, las eventuales casuas de invalidez en el nombramiento de los administradores que tienen la representación de la sociedad. Esa reforma crea un sistema que tiende a hacer recaer sobre las sociedades —en lugar de los terceros contratantes, como sucede en el nuestro—, tanto el riesgo de la invalidez del nombramiento de sus administradores —representantes, cuanto el riesgo de las violaciones cometidas por los administradores que cumplan actos ajenos al objeto social o que excedan de los poderes a ellos conferidos. Nos parece que este nuevo sistema no sólo tutela a los terceros de buena fe, sino que le permite a la sociedad conseguir, a largo plazo, mayores y más importantes ventajas, aunque si bien, en ciertos casos, les impone un sacrificio (exponerse y resultar vinculadas por actos ejecutados por

sus administradores inválidamente nombrados o que hubieren actuado excediéndose de sus facultades): el sistema, brindándole a los terceros de buena fe la seguridad de que la sociedad responderá siempre de los actos ejecutados por sus administradores (sin que pueda oponerles las limitaciones de sus poderes, la invalidez de su nombramiento, ni la circunstancia de ser el acto ejecutado ajeno al objeto social), elimina una rémora al finiquito de los negocios, permitiéndole a las sociedades el mayor desarrollo posible de la contratación y, por ende, una más intensa valoración del capital.

Siempre que se tengan presentes los dos niveles ahora examinados, comprenderemos cómo determinados actos (gratuitos, financiamientos o contribuciones a partidos políticos, venta de la hacienda, etc.), que en realidad no estén efectivamente dirigidos a la realización del objeto social, puedan, en las **relaciones internas**, exponer al administrador a una acción de responsabilidad o a una justa causa de revocación de su nombramiento, y también cómo esos mismos actos puedan, en las **relaciones externas**, resultar o no válidos y obligatorios para la sociedad.

12.— *La imposibilidad de efectuar delegaciones u otorgar mandatos a favor de terceros mediante los cuales se “vacíe” completamente el contenido de los poderes de los administradores.*

Si bien dentro de los amplios poderes de los administradores y representantes sociales está el de conferir, a factores, dependientes o terceros, poderes, (en apariencia) hasta con las más amplias facultades (art. 187)<sup>(11)</sup>, debe considerarse, sin embargo, que los administradores no pueden confiarle a terceros la completa dirección de la actividad social, “vaciano” materialmente el contenido de sus propios poderes, con una total abdicación a favor de esos terceros de sus funciones administrativas<sup>(12)</sup>.

La circunstancia no está en el hecho de que semejante delegación o apoderamiento es extraño al objeto social y, por ende, va más allá de los

(11) Concordes con esto están, entre otros, Abbadessa, op. cit. en nota 3, pp. 76 ss., 96 ss.; Borgioli, op. cit. en nota 3, pp. 20 ss., 107 ss., 168 ss., 226 ss. y en “*Studi in tema di rappresentanza e di responsabilità dell'imprenditore*”, Giuffrè Editore, Milano, 1968, pp. 110 ss.; Cagnasso, “*Gli organi delegati nelle società per azioni. Profili funzionali*”, U.T.E.T., Torino, 1976, pp. 58 ss.

(12) En este sentido se han pronunciado reiteradamente las Cortes italianas en fallos citados por Bonelli, op. cit. en nota 3, p. 101, nota 32. Comparte este criterio, Abbadessa, op. cit. en nota 3, p. 196 s. y en nota 160; no parece condicionar esta opinión, Borgioli, en su comentario a la sentencia del Tribunal de Apelaciones de Boloña del 26 de marzo de 1977.

poderes de los administradores, sino en el principio de la **exclusiva e inderogable competencia de los administradores en el ejercicio de la función administrativa** (doctrina del art. 181); principio éste que no puede ser derogado ni por los socios (mediante pactos parasociales que establezcan un conjunto organizativo y funcional del organismo social distinto al establecido por la ley), ni por la asamblea de accionistas (mediante el nombramiento de mandatarios que ostenten todos los poderes de administración), ni siquiera mediante la aprobación de cláusulas estatutarias que le permitan a los administradores subdelegar totalmente a terceros los poderes a ellos delegados, ni, mucho menos, por los mismos administradores (confiándole toda la dirección de la actividad social a sujetos no nombrados por la asamblea de socios).

13.— *Limitación de los poderes de los administradores a actos de ordinaria administración.*

Algunas veces, en el pacto constitutivo o al momento mismo de efectuarse una delegación en pro de uno o varios administradores, se establece que éstos, o los consejeros delegados, ostentan únicamente poderes representativos y/o de gestión limitados a la ordinaria administración. En estos casos enfrentamos el problema de establecer qué debe entenderse por “ordinaria administración”, y cómo debe ésta distinguirse de la “extraordinaria administración”.

El problema subsiste aun cuando, para una mayor claridad de conceptos, el pacto social contenga listas ejemplificativas que indiquen cuáles actos —y, eventualmente, ¿hasta qué montos?— se consideran de ordinaria o, viceversa, de extraordinaria administración. Aun en este supuesto, no pudiendo la lista comprender todos los actos pertenecientes a la categoría descrita, queda el problema de “adivinar” cuál es el criterio a fundamentarse para distinguir unos y otros actos.

En Italia, la jurisprudencia se inclina a considerar como actos de ordinaria administración aquellos tendientes a la conservación del patrimonio administrado, esto es, aquellos que persiguen acrecentar sin riesgos su consistencia; y como actos de extraordinaria administración, amén de los de disposición y enajenación, todos aquellos susceptibles de disminuir la entidad económica del patrimonio administrado<sup>(13)</sup>.

Entre los autores italianos, no obstante la diversidad de opiniones sostenidas sobre el particular, hay consenso en considerar que el criterio en que se inspira la jurisprudencia (en cuanto a ser los actos de ordinaria

(13) Véase la jurisprudencia citada por Bonelli, op. cit. en nota 3, p. 102, nota 38.

administración aquellos meramente conservativos del patrimonio administrado) es notoriamente inadecuado, porque en la gestión de una sociedad, los diferentes y singulares componentes de la hacienda mercantil están transformándose continuamente (adquisiciones, ventas, transformaciones de materias primas y reventa, etc.).

Los problemas y las divergencias de opinión nacen, en doctrina, cuando se trata de determinar cuál es el criterio discrecional entre los actos de ordinaria y extraordinaria administración en una actividad empresarial. Dejando de lado a algunos autores, quienes consideran que el fenómeno mismo de la empresa es reactio a semejante distinción, negándole así todo valor a la limitación <sup>(14)</sup>, la opinión prevaleciente sostiene que el criterio distintivo se basa en una valoración casuística "de la importancia, de la finalidad, de la excepcionalidad del acto cumplido frente a aquellos otros que pueden considerarse como eventos normales en una empresa del tipo de que se trate"<sup>(15)</sup>. Dentro de este orden de ideas, se considera que son actos de extraordinaria administración, verbigracia, una financiación muy grande respecto al monto del patrimonio social; la apertura o clausura de sucursales o establecimientos; la renovación radical de las instalaciones; el inicio de una actividad productiva distinta a la tradicionalmente ejecutada (cambio de giro), aunque estuviera indicada más o menos específicamente en el objeto social; los actos dirigidos a transformar la hacienda social, a modificar sus elementos constitutivos, a sustituir las instalaciones, a ensanchar su esfera de actividad, a crear nuevas uniones mediante participaciones u otros medios similares, o a asumir empeños financieros para la realización de tales operaciones.

(14) Trabucchi, Alberto, "Amministrazione (atti di)", en Novissimo Digesto Italiano, I. U.T.E.T., Torino, 1957, p. 547. Pero lo cierto es que esta opinión no es convincente, porque si el pacto social le atribuye a los administradores el poder de cumplir sólo actos de ordinaria administración, parece indudable que con ello se pretende limitar sus poderes, de modo que ellos sólo puedan ejecutar una determinada categoría de actos, y no todos aquellos comprendidos en el objeto social, muchos de los cuales bien podrían ser de extraordinaria administración.

(15) Mignoli, Ariberto-Nobili, Raffaele, "Amministratori (di società)", en Enciclopedia del Diritto, II, Giuffrè Editore, Milano, 1958, p. 141. Y es que cuando se le confieren a los administradores poderes de ordinaria administración, se quiere que administren pero no modifiquen las características estructurales de la organización empresarial, lo que implica que cuando se les otorgan poderes de extraordinaria administración, pueden además modificar esas características.

El problema ha sido recientemente objeto en Italia de una amplia elaboración, llegándose a resultados y conclusiones muy similares a la posición de los autores arriba citados; v. Corsi, op. cit. en nota 3, pp. 136 ss., 143 s. y 240 ss.

#### 14.— *El poder de representación de los administradores. Limitaciones.*

Hemos dicho líneas atrás que los administradores con la representación de la sociedad tienen sus poderes limitados, de iure, por el objeto social. Sin embargo, dentro del sistema de nuestro código, que bien podemos denominar clásico, las facultades del (os) administrador (es)—representante(s) pueden serles limitadas en el pacto social, (inválidamente) por los socios en el acto de nombramiento, por el propio administrador delegante en el acto de la delegación o bien por el poderdante al momento de conferir el poder ex. art. 187. Consecuentemente, la sociedad es responsable ante terceros de todos aquellos actos realizados por sus administradores, dentro de los límites del objeto social y de los poderes de representación que tienen atribuidos. Acto seguido trataremos de analizar a la luz de nuestro código y de la legislación italiana, comparativamente, todas las hipótesis de limitaciones que eventualmente pueden ocurrir.

##### A.— *Limitaciones contenidas en el pacto constitutivo (o en los estatutos).*

De conformidad con nuestra legislación, las limitaciones estatutarias a la representación de sociedades, debidamente inscritas en el Registro Mercantil, son oponibles a terceros, según el principio general de la publicidad registral, y, por lo tanto, el acto del administrador que no cumpla con dichas limitaciones, es nulo e ineficaz y la sociedad no responde por él; independientemente de la sanción, en lo tocante a las relaciones internas administrador—sociedad, a que pueda hacerse acreedor el consejero violador, viable en casi todas las hipótesis que se examinarán, tales como la revocación de su nombramiento por justa causa o el ejercicio en su contra de una acción de responsabilidad ex arts. 189 ss.

Esta situación, que podríamos considerar clásica y presente en la gran mayoría de las legislaciones latinoamericanas y, hasta poco menos de la mitad del presente siglo, en los principales ordenamientos jurídicos europeos, ha llevado a las sociedades a cometer una serie de abusos en perjuicio de terceros. Nuestro sistema se fundamenta en los principios generales de la publicidad registral, los que, en tema de limitaciones al poder representativo de los administradores de sociedades mercantiles, resultan injustos y obsoletos, porque aun en el supuesto normal de que las limitaciones a los poderes de los administradores hayan sido inscritas en el Registro Mercantil, no debe estimarse que por ese simple hecho procede presumir su conocimiento por el tercero, permitiéndose con esto grandes atropellos a sus derechos. Hoy parece

necesario, en estos casos, descargar al tercero de la obligación de una permanente consulta al Registro, y para ello debemos configurar, en forma rígida e ilimitable, el poder representativo de los administradores, creando un sistema de inoponibilidad de limitaciones, salvo en presencia de mala fe. Si es de buena fe, la inscripción registral de las limitaciones no debe afectarle; la falta de buena fe en el tercero debe entonces ser específicamente demostrada, y no presumida al margen del Registro.

Con el d.p.r. # 1127 del 29 de diciembre de 1969, que ejecutaba la resolución # 151 del 9 de marzo de 1968 del Consejo de Ministros del entonces Mercado Común Europeo (hoy Comunidad Económica Europea), Italia —y con ella también los restantes países que integraban dicho Mercado— reformó los números 2283 y 2384 de su Codice Civile y lo adicionó con el número 2384 bis. Según la nueva redacción del 2384 de ese Cuerpo de Leyes, las limitaciones contenidas en el pacto social (o en los estatutos) no son oponibles a terceros, salvo si se demuestra que estos hubieren actuado intencionalmente en perjuicio de la sociedad<sup>(16)</sup> —para no responder, así, del acto defectuosamente ejecutado por el administrador—. Nótese que, a decir verdad, la sociedad podrá oponerle al tercero esta **exceptio doli** sólo en muy pocos casos, porque difícilmente ella logrará probar que el tercero, cómplice del administrador, intentaba fraudulentamente obtener una ilícita ventaja de la regla de la inoponibilidad aquí comentada<sup>(17)</sup>. Las consecuencias de la comentada reforma, que obedece a una clara idea de las exigencias impuestas por una mayor

seguridad y agilidad del tráfico, son que **el contrato concluido por el administrador con violación de las limitaciones estatutarias es válido y obliga a la sociedad (salvo la exceptio doli), pero el administrador debe responder en las relaciones internas**: su violación será eventualmente relevante como causa justa de revocación de su nombramiento, así como fundamento seguro de una acción social o individual de responsabilidad en su contra.

En síntesis, la tutela de los terceros que ofrece la reforma italiana de comentario ha de entenderse sin detrimento del principio de la buena fe, y éste es incompatible con un efectivo conocimiento por parte del tercero de la existencia de limitaciones. La seguridad del tráfico no puede prevalecer hasta el punto de sacrificar en su beneficio la buena fe que debe presidirlo; por otra parte, la aplicación de la *exceptio doli* no merece ser reputada como instrumento tutelar suficiente y exclusivo.

#### B. *Administrador con nombramiento nulo o anulable.*

Con fundamento en el estado actual de nuestra legislación privada, no encontramos una disposición expresa, ni siquiera normas de las que pueda desumirse un principio general de apariencia, que nos permitan tutelar a terceros de buena fe ante un acto ejecutado por un administrador con nombramiento inválido. Claro que bien podríamos remitirnos a los principios que tutelan la confianza producto de la inscripción del nombramiento en el Registro Mercantil<sup>(18)</sup>, pero, a fuera de sinceros, nos asaltan enormes dudas sobre la exactitud de tal solución<sup>(19)</sup>. La conclusión no puede ser otra que la oponibilidad al tercero, de buena o mala fe, de la invalidez del nombramiento del administrador y, consecuentemente, la irresponsabilidad social frente al acto ejecutado por el consejero mal designado.

En Italia, y siempre gracias a la comentada reforma del 69, el problema se resuelve expresamente con la letra reformada del número 2383 del Codice Civile que dice que, una vez efectuada la publicidad, las causas de nulidad o anulabilidad del nombramiento de los administradores son inoponibles a terceros, salvo que la sociedad demuestre que los terceros las conocían.

(18) La idea es la de conducir el fundamento de la tutela a los terceros de buena fe al sistema de publicidad registral y a la confianza que de él nace para los terceros; tesis está desarrollada por Romano Pavoni, "Le deliberazioni delle assemblee delle società di capitali", Morano Editore, Napoli, 1950, pp. 102 ss.

(19) Dudas alimentadas por las palabras de Minervini, op. cit. en nota 5, p. 171, que le niega una tutela a los terceros, y las de Pavone La Rosa, Antonio, "Il registro delle imprese", Giuffrè Editore, Milano, 1954, pp. 167 ss., quien afirma que la inscripción en el registro no goza de la fe pública.

(16) No obstante la insistente oposición de la jurisprudencia, el principio es aplicable también cuando las limitaciones, debidamente publicadas, se refieran al poder de asumir obligaciones cambiarias. En ese sentido, véase Galgano, Francesco, "La società per azioni", en Trattato di Diritto Commerciale e di Diritto Pubblico dell'Economia, VII, C.E.D.A.M., Padova, 1984, p. 131; Martorano, Federico, "Lineamenti generali dei titoli di credito e titoli cambiari", Morano Editore, Napoli, 1979, p. 277; Pavone La Rosa, Antonio, "La cambiale", en Trattato di Diritto Civile e Commerciale dirigido por Cicu, Messineo y Mengoni, Giuffrè Editore, Milano, 1982, p. 172. Sostienen este mismo criterio autores como Borgioli y D'Alessandro.

(17) En este sentido, Galgano, Francesco, "Diritto commerciale. II. Le società", Bologna, 1984, p. 332 s. Otros, como Cabras y Pubusa, consideran que la sociedad no tiene que demostrar la existencia de un acuerdo fraudulento entre el administrador y el tercero, sino, de un lado, el dolo del tercero, y, del otro, que éste haya querido ocasionarle un daño a la sociedad. Por su parte, Abbadesa, op. cit. en nota 3, pp. 137-145, sostiene que los presupuestos de la oponibilidad al tercero son, por una parte, el daño (aunque potencial) a la sociedad, y, por la otra, la intencionalidad del tercero, entendida no como un simple **animus nocendi** a la sociedad, sino como conciencia del daño, calificada por la colusión con el administrador o por la específica voluntad de causar el daño a la sociedad.

C. *Limitaciones contenidas en el acto de nombramiento.*

En algunas ocasiones se acostumbra que las limitaciones al poder representativo de los administradores se den en el acto mismo de su nombramiento. En nuestra opinión, y con fundamento en los principios de competencia de las asambleas generales de accionistas específicamente señalados por el código (art. 155), dichas limitaciones son inoponibles (por ser inválidas) a terceros, porque reconocerle al acuerdo de nombramiento, tomado por la asamblea general ordinaria, la posibilidad de restringir los poderes representativos de los administradores que están en el pacto social, conlleva una injustificada derogación al principio de que el contenido del pacto constitutivo sólo puede ser modificado mediante acuerdo de la asamblea general extraordinaria (art. 156, inciso a).

En Italia, a pesar de que el problema no es resuelto expresamente por el artículo 2384 c.c., norma que sólo se refiere a las limitaciones que resulten del pacto constitutivo o del estatuto, la doctrina ha considerado a esa norma extensiva a esta hipótesis, sea por la identidad de la *ratio*, sea porque la resolución comunitaria en que la reforma italiana se inspira se refiere a las limitaciones "que resulten del estatuto o de una decisión de los órganos competentes"; sea, por último, por la circunstancia de su invalidez, ahora expuesta.

CH. *Administrador con representación pero sin poder para deliberar (la llamada disociación entre el poder de representación y el poder de gestión)* <sup>(20)</sup>.

En nuestro país, las consecuencias de esta hipótesis son las mismas indicadas sub A: el negocio concluido por el administrador dotado de representación social, pero sin la previa y necesaria deliberación del órgano competente, es nulo y, por ende, no obliga a la sociedad. Nótese que aquí el asunto es mucho más grave, pues los terceros no podrían, ni siquiera controlando el pacto social en el Registro Mercantil, saber si el negocio por ellos concluido con la sociedad es o no válido, pues para cumplir semejante investigación a

(20) Piénsese en un acto de ordinaria administración cumplido por el presidente del consejo de administración, con plena representación social, pero respecto del cual (acto) el pacto social le atribuye el (previo) poder deliberativo al órgano gestor; o bien, en un acto de extraordinaria administración cumplido por el presidente de la junta directiva (o por un consejero delegado), con plena representación social, pero respecto del cual (acto) el pacto social le atribuye el (previo) poder deliberativo al órgano gestor.

cabalidad deberían, en los ejemplos dados (sub nota 20), poder controlar los acuerdos del consejo de administración, control que sólo podrían realizar si fueran socios, mediante el examen del libro de actas de ese órgano ex arts. 26 y 265.

En Italia la mayoría duda de que esta hipótesis esté **expresamente** contemplada por el artículo 2384, que se refiere al poder de representación y no al de gestión. Sin embargo, muchos autores sostienen que a la aplicación de esa norma al sub-examine se llega por vía de interpretación analógica, dada la identidad de *ratio* existente entre las limitaciones a ambos poderes. Además, resulta ilógico pensar que las primeras no sean oponibles a terceros de buena fe y las segundas sí; de ser así, la finalidad de la reforma legislativa italiana introducida por el d.p.r. # 1127 de 1969, que es la de brindarle seguridad a los terceros sobre la validez de los negocios ejecutados por administradores sociales con representación, quedaría totalmente frustrada<sup>(21)</sup>.

D. *Limitaciones contenidas en el acto de delegación.*

De acuerdo al sistema actual de nuestro Código de Comercio, quienes ejercen la representación de la sociedad pueden delegar sus facultades, total o parcialmente, en otras personas —miembros o no del consejo, según lo que se haya dicho en los estatutos— siempre que el pacto social lo permita (v. supra nota 2). Así las cosas, en el acto de la delegación, pueden establecerse límites al poder representativo delegado; las consecuencias aquí serían las mismas examinadas sub A y CH: el negocio concluido por el administrador delegado en violación a esas limitaciones es nulo, no comprometiendo a la sociedad.

En Italia, una tesis aislada sostiene que esta hipótesis no está contemplada por el número 2384, norma que, según esta posición, se refiere únicamente a los administradores propiamente dichos, esto es, a aquellos administradores a quienes la representación de la sociedad les ha sido atribuida en el pacto social y no al administrador delegado, que ha recibido el poder representativo con la delegación<sup>(22)</sup>. Sin embargo, la mayoría de los autores concuerda en que el caso está comprendido en la citada norma porque, entre otras razones, los administradores delegados son siempre administradores con una representación unida a su posición orgánica y sujeta a publicidad. Nótese que de aceptarse dicho criterio minoritario, sería muy fácil frustrar el fin y la *ratio* de la nueva disciplina simplemente recurriendo a una manera diferente de conferirle la representación a los administradores<sup>(23)</sup>.

(21) Bonelli, op. cit. en nota 3, pp. 110 ss.

(22) Abbadessa, op. cit. en nota 3, pp. 146 ss., 160 ss.

(23) Bonelli, op. cit. en nota 3, pp. 113 s.; Borgioli, op. cit. en nota 3, pp. 182 ss.

### E. Delegación nula o anulable

Cuando el administrador delegado ha ejecutado actos sociales con fundamento en un acto de delegación inválido, la solución no puede ser distinta en nuestro sistema societario a la que ya dimos sub B.

En Italia, de conformidad con los artículos 2377 y 2391 c.c., las causas de anulabilidad, de la delegación no son oponibles a aquellos terceros de buena fe que hubieren efectuado actos con el consejero delegado, pues, según dichas normas, "quedan a salvo los derechos adquiridos por terceros de buena fe en base a actos cumplidos en ejecución de la delegación".

La solución no cambia ante la nulidad de la delegación, caso al que se aplican, analógicamente, los números 2383 in fine, 2377 y 2381 c.c. Esta solución descende también del principio general de tutela de la confianza de los terceros como consecuencia de la publicidad de la delegación y de principios generales en tema de apariencia<sup>(24)</sup>.

### F. Administrador que ejecuta un acuerdo inválido de la junta directiva

En nuestro país, la solución es idéntica a la anterior; en Italia, también.

### G. Limitaciones contenidas en el poder otorgado para la ejecución de actos específicos

Cuando el poder representativo deriva de un mandato voluntario conferido por el consejo de administración o por el administrador delegado o por el presidente o cualquier otro administrador con representación ex. art. 187, no interesa que el mandatario designado sea un administrador, un dependiente o un tercero: en todos estos casos los principios aplicables son los generales de la representación voluntaria<sup>(25)</sup>; pensemos en aquel agente residente, vgr.,

(24) Abbadessa, op. cit. en nota 3, pp. 180 ss.; Bonelli, op. cit. en nota 3, p. 115; y op. cit. en nota 9, en donde se hace un amplio análisis de la representación aparente.

(25) Recordemos que el mandato representativo mercantil —así como sucede con muchos otros contratos mercantiles, como el mandato no representativo o comisión, el transporte, etc.— se encuentra regulando en nuestro Código de Comercio, no en el Libro II de las obligaciones y contratos, sino en el Libro I de Los comerciantes, más específicamente en las normas que regulan la actividad de los factores y de los dependientes.

al que voluntariamente se le ha conferido algún tipo de poder. Por eso, el apoderado nombrado, lejos de tener poderes representativos cuyo ámbito es fijado inderogablemente por la ley, ostenta sólo aquellos poderes que se derivan del mandato que le ha sido conferido, con todas las limitaciones que emergen del texto mismo del poder (y ello aun en el supuesto en que el apoderado sea un miembro del consejo de administración).

En estos casos no existe la necesidad de tutelar la confianza de los terceros de buena fe, porque ellos no se encuentran frente a un sujeto que tenga institucional y orgánicamente poderes representativos, sino ante un sujeto que deriva sus facultades representativas de un mandato, que debe exhibir y de cuyo texto emergen el ámbito y las limitaciones de los poderes a él conferidos<sup>(26)</sup>.

### H. Representación conjunta

Es universalmente admitido que, en caso de representación conjunta, la sociedad puede oponerle al tercero la invalidez del acto estipulado por un solo administrador, principio que encontramos en nuestro ordenamiento en el párrafo segundo del artículo 1213 del Código Civil.

Esta opinión, sobre la que concuerdan la jurisprudencia y la doctrina italianas<sup>(27)</sup>, no constituye, como a primera vista parece, ni una excepción a, ni una contradicción con la inoponibilidad a terceros de buena fe de las limitaciones al poder representativo a que alude el art. 2384 del Codice Civile: dicha oponibilidad concierne el **contenido** de la representación, es decir, la **extensión** de la representación de aquellos administradores a quienes se les atribuye la representación general de la sociedad; la oponibilidad a terceros cuando actúa un solo administrador en una representación conjunta, concierne, por el contrario, a la **conformación** o **titularidad** del poder representativo<sup>(28)</sup>.

Más delicado, sin duda, desde el punto de vista de la tutela al tercero de buena fe, es el problema en la hipótesis en que el pacto constitutivo prevea la firma conjunta para ciertos actos y disyunta para otros. Aquí sí parece preferible considerar que la sociedad no pueda oponerle a los terceros la conjuntividad de la actuación en un determinado caso. Ahora bien, ante el silencio de nuestra ley en cuanto al punto, no queda más que aceptar la oponibilidad.

(26) Bonelli, op. cit. en nota 3, p. 116.

(27) V. sentencias italianas citadas por Bonelli, op. cit. en nota 3, p. 117, nota 69; Abbadessa, op. cit. en nota 3, pp. 146 ss.; Ferrara JR., Francesco, "Gli imprenditori e le società", Giuffrè Editore, Milano, 1975, p. 485, nota 12.

(28) En ese sentido Abbadessa y Ferrara JR., op. loc. ult. cit.

## I. *Conflicto de intereses y otras limitaciones ex lege al poder de los administradores*

En la gran mayoría de los ordenamientos jurídicos contemporáneos se legisla sobre el conflicto de intereses en los órganos colegiados de deliberación y gestión de las sociedades anónimas. En lo que nos interesa, esta figura consiste en lo siguiente: el administrador, que en una determinada operación tenga, por cuenta propia o ajena, un interés en conflicto con el interés social, debe denunciarlo así a los restantes administradores (algunos ordenamientos exigen también la notificación al fiscal) y abstenerse de participar en aquellos acuerdos del consejo que, directa o indirectamente, tengan que ver con dicha operación. En caso de inobservancia, el administrador responde personalmente de las pérdidas que se deriven para la sociedad de la ejecución de la operación: además, el acuerdo del consejo, siempre que pueda causarle un daño a la sociedad, puede, dentro de un determinado plazo, generalmente corto, ser impugnado judicialmente —casi siempre en vía sumaria por los administradores ausentes o disidentes (y algunos legisladores legitiman también a los fiscales) siempre que, sin el voto del administrador que debía abstenerse, no se hubiere podido alcanzar la mayoría necesaria. Tenemos entonces, por un lado, una sanción directa al administrador que actúe no obstante el conflicto, consistente en el hecho de tener que asumir las pérdidas generadas por el negocio concluido, y, por el otro, la posibilidad de impugnar el acuerdo del consejo por parte de los administradores ausentes o disidentes, siempre que se den dos supuestos inderogables, que responden al principio general de la “conservación del negocio jurídico”: que el acuerdo pueda perjudicar a la sociedad y que el voto del administrador; en conflicto haya sido **esencial** para alcanzar la mayoría necesaria.

Con lo anterior se demuestra que el conflicto de intereses afecta al poder de representación orgánica del administrador; se presenta como un impedimento para el normal desarrollo de la relación representativa. Quien actúa en conflicto queda privado del ejercicio del poder representativo por incompatibilidad con el fin por el que le ha sido conferido. De ello nace un peligro de daño para el representado, a causa de este ejercicio ilegítimo, peligro que no se determina en relación con las consecuencias patrimoniales del acto por sí mismas, sino con referencia a la ilegitimidad del ejercicio del poder.

Inexplicablemente, nuestro código sólo contempló el conflicto de intereses para el fiscal o fiscales (art. 200) y no para la junta directiva, ni para la asamblea de accionistas.

Ahora bien; nótese que lo que hemos venido exponiendo alude al conflicto de intereses que se suscita, emerge o se manifiesta al momento mismo de la deliberación interna del consejo de administración, es decir, en una fase

necesariamente precedente a aquella en que el administrador con poderes representativos ejecuta el acto o estipula el contrato deliberado. Ahora nos interesa considerar el caso del administrador con poderes representativos, o del administrador delegado, que estipule, en conflicto de intereses, un negocio que no haya sido previamente deliberado por el consejo de administración, o bien, caso de existir previa deliberación del consejo, el acuerdo sea tal que no determine con precisión el contenido del negocio que debe ejecutarse<sup>(29)</sup>. Desafortunadamente, nuestro ordenamiento jurídico tampoco tiene, por ninguna parte (ni en el Código de Comercio a propósito de sociedades mercantiles y de mandato representativo factor y dependientes—, ni en el Código Civil en tema de sociedades y de mandato representativo), una solución para este “tipo” de conflicto de intereses. Esta laguna es, sin duda, como la anterior, de enormes dimensiones y para solventarla, se nos ocurre preguntarnos sobre la posibilidad de aplicar, analógicamente, el art. 200 —previsto para el fiscal— al administrador que, encontrándose en conflicto, no se abstiene de actuar. La razón de semejante propuesta la encontramos en el hecho indubitable de que el conflicto de intereses no parece una figura importante a nivel de órgano contralor (y de hecho, la mayoría de las legislaciones no la contemplan) como sí lo es respecto a los restantes órganos de la sociedad anónima; así las cosas, si nuestro legislador lo previó allí donde no era necesaria a mayor razón debe aplicarse allí donde resulta ineludible. Esta solución nos lleva a concluir que no sólo el administrador quedaría obligado a resarcirle a la sociedad los daños y perjuicios ocasionados con su malhadada actitud sino, además, la sociedad podría impugnar aquellos negocios ejecutados por sus administradores en conflicto de intereses. Si así fuere, ¿en qué situación quedarían entonces los terceros de buena fe que hubieren contratado con el administrador en conflicto? Obviamente que en ausencia de una norma que los proteja, quedarían, al igual que en todas las demás hipótesis hasta aquí analizadas, en total desamparo.

De conformidad con nuestro sistema societario, entonces, todas las limitaciones a los poderes representativos de los administradores, sea que resulten de la ley, del pacto constitutivo o se establezcan en el acto de la delegación, así como las hipótesis de disociación entre el poder deliberativo y el poder representativo y también los actos ejecutados por el administrador o

(29) Si el negocio ha sido claramente definido en todos sus extremos por el acuerdo del consejo, de modo que el administrador tenga simplemente que ejecutarlo sin influir en su contenido, no puede existir un conflicto de intereses al momento de su ejecución (y de presentarse un conflicto, sería en el mismo momento de tomarse el acuerdo por el consejo), Minervini, op. cit. en nota 5, p. 174.

delegado con nombramiento o delegación inválidos, son oponibles a terceros y, en consecuencia, el acto del administrador violatorio de la limitación, etc., no obligaría a la sociedad<sup>(30)</sup>.

Este mismo principio rige también para aquellas limitaciones que resulten de la ley, pero referidas al "poder deliberativo" del administrador: estamos pensando, por ejemplo, en el inciso b) del art. 191, según el cual la renuncia a la acción social de responsabilidad contra uno, varios o todos los administradores debe ser acordada por la asamblea de socios; así las cosas, en el supuesto de que la renuncia sea efectuada por un administrador con poder representativo, pero sin previo acuerdo de la asamblea, la sociedad puede oponer al tercero la nulidad de esa renuncia y no quedaría comprometida.

Un análisis especial amerita la hipótesis del administrador que efectúa nuevas operaciones (no dirigidas, directa ni indirectamente a la liquidación) después de haberse producido la disolución de la sociedad (art. 208). Como es bien sabido, la disolución de la sociedad limita automáticamente la responsabilidad de los administradores, al verse restringida la propia personalidad jurídica de la sociedad, que sólo puede realizar válidamente actos tendientes a su propia liquidación (art. 209)<sup>(31)</sup>. Siendo ésta una limitación que se deriva de la ley, en estricto rigor normativo, la sociedad puede oponerle a los terceros dichas limitaciones al poder del administrador y, por lo tanto, negarse a responder de esas operaciones. Pero en la práctica es muy raro que la sociedad se niegue a responder: las causas legales de disolución (art. 201) —con excepción del vencimiento del plazo social, por obvias razones— están sujetas a publicación en el periódico oficial (art. 207) y a inscripción en el Registro Mercantil (art. 206 in fine); de modo que hasta que no se haya cumplido con la publicidad prescrita, en virtud de normas generales de publicidad registral, son inoponibles a terceros (salvo, claro está, el vencimiento del plazo social)<sup>(32)</sup>.

(30) Recordemos que en Italia esta regla sólo es aplicable respecto a las limitaciones al poder representativo (y también al poder deliberativo) que tienen su fundamento en la ley.

(31) Porzio, Mario, "*L'estinzione della società per azioni*", Morano Editore, Napoli, 1959, p. 31 s. En esencia lo que aquí sucede es que la disolución de la sociedad origina una incapacidad o carencia de legitimación de la sociedad al cumplimiento de operaciones que nada tengan que ver, directa ni indirectamente, con su liquidación, como consecuencia de una mutación en el objeto social que se proyecta al poder representativo de los administradores.

(32) Esto sucede normalmente en la hipótesis contemplada bajo el inciso c del número 201, pues la sociedad, generalmente, continúa su actividad y efectúa nuevas operaciones sin que se cumplan las anunciadas formas de publicidad.

## J. Acto extraño al objeto social

Con anterioridad a la década de los setentas, en Italia surgió un enconado debate doctrinal tendiente a determinar la suerte de los actos extraños al objeto social. Era muy controvertido si ellos eran válidos y eficaces para la sociedad, salvo la responsabilidad interna de los administradores, o si debían considerarse nulos o, según otros, simplemente ineficaces<sup>(33)</sup>. Es obvio que, dada la naturaleza de este trabajo, no vamos aquí a desviar la atención del paciente lector hacia un tema tan importante del derecho societario, pero al mismo tiempo, tan diferente al que nos ocupa, tema que sin duda merece a un tratamiento monográfico específico. Consideramos así suficientes las breves acotaciones que, sobre este tópico, hicimos sub. 11.

Sin embargo, nos parece necesario informar que dicha situación de incertidumbre fue resuelta por los italianos mediante el artículo 2384 bis c.c., introducido por el repetido d.p.r. #1127 de 1969, norma que debe interpretarse en el sentido de que frente a terceros de buena fe resultan válidos y obligatorios para la sociedad aquellos actos ejecutados por los administradores que trasciendan el objeto social, pero, en las relaciones internas, entre la sociedad y los administradores, la ejecución de esos actos resulta sin duda relevante como justa causa de revocación del nombramiento o como fundamento de una acción social o individual de responsabilidad (ex. arts. 189 ss.).

### 15. Representación procesal y legitimación para actuar<sup>(34)</sup>

La norma que regula la representación ad procesum de la sociedad anónima es el artículo 102 del Código Procesal Civil, según el cual "...Las personas jurídicas actuarán por medio de sus representantes de conformidad con la ley, sus estatutos o la escritura social".

(33) Véanse los trabajos citados supra en la nota 8.

(34) Antes de entrar a analizar el fondo de este asunto, nos parece conveniente aclarar ciertos conceptos: son **parte** en un proceso, las personas físicas o jurídicas cuyo patrimonio o situación jurídica resultan alteradas por la sentencia, esto es, todos aquellos sujetos que puedan ser actores, demandados o terceros advenidos a la controversia. Son **capaces** para el proceso, las personas físicas o jurídicas en la plenitud del ejercicio de sus derechos; y por las personas jurídicas, actuarán las personas físicas a quienes la ley o sus estatutos encomiendan la representación procesal. Tiene **legitimación procesal** la parte que, de manera indiciaria, demuestre su interés en la contienda. Por último, la

En relación a la **representación procesal activa**, pueden presentarse, de conformidad con el texto transcrito, algunos casos problemáticos:

A. El estatuto prevee que la representación procesal se ejerza previo acuerdo del consejo. En este caso se verifica –a nivel de actividad procesal– una disociación entre el poder de representación procesal (que por ley corresponde al presidente –art. 182– y el poder deliberativo o de gestión (que, por estatuto, corresponde al órgano gestor). Aquí en nuestro país, la sociedad puede oponerle esa limitación a los terceros y, por ende, no quedar obligada procesalmente. Nótese, que al igual que apuntamos sub 14-CH, aquí tampoco los terceros pueden saber si hubo o no un previo acuerdo de la junta directiva que decidiera sobre la ejecución de acciones o actos procesales, cosa que sólo sería factible si fueran socios y procedieran de conformidad con los artículos 26 y 265.

Al no haber en Costa Rica normas que protejan la buena fe de los terceros, permitiéndose que la sociedad pueda oponerles la disociación entre el poder de representación procesal y el poder de gestión, la junta directiva podría intencional y malhadadamente evitar deliberar la actividad procesal o las acciones procesales que intenta plantear, reservándose la posibilidad de oponer la excepción de falta de representación de su presidente (ex art.298, inciso b del Código Procesal Civil), en caso de prever un resultado negativo de la litis, o de no oponerla, en caso de resultar victoriosa y proceder luego a ratificar lo procesalmente actuado por su personero, evitando así cualquier vicio de invalidez del proceso.

B. El presidente con representación procesal tiene limitaciones a ese poder en el mismo pacto constitutivo; o bien su nombramiento es inválido; o bien es inválido el acuerdo del consejo de administración mediante el cual se le autoriza incoar una

---

**legitimación ad causam** es la facultad en virtud de la cual una acción y un derecho pueden y deben ser ejercitados por (activa) o contra una persona (pasiva) y de llevar, gestionar o conducir el proceso, para obtener una sentencia. De lo anterior se desprende que la **legitimación** es la **idoneidad** de una persona para actuar en un juicio inferida, no de sus cualidades personales, sino de su posición respecto al litigio.

determinada acción, etc. Todas estas circunstancias serían oponibles en Costa Rica por la sociedad a los terceros, quedando aquella completamente liberada.

C. Si el pacto constitutivo nada prevee sobre la representación procesal, quien estuviera provisto de la representación sustancial, lo está también de la *procesal*. Este principio no es discutido por los autores<sup>(35)</sup>; además, sería muy simpático que el presidente, quien tiene el poder de efectuar, por ejemplo, una venta, no tuviera el poder de actuar en juicio si el comprador no pagare el precio. Un seguro argumento en pro de esta conclusión es la circunstancia de que si el presidente, de conformidad con el art. 187, tiene la potestad de conferir, a quien quiera, poderes o mandatos procesales, es evidente que él mismo está dotado de ese poder representativo procesal que puede otorgar. De todas maneras, esta hipótesis no es posible en Costa Rica, pues el art. 182 le confiere al presidente del consejo de administración la **representación judicial** y extra-judicial de la sociedad, “así como a los consejeros que se determinen en la escritura social, quienes tendrán las facultades que allí se les asignen”.

CH. El pacto constitutivo establece que la representación procesal de la sociedad le corresponde, por ejemplo, al secretario del consejo de administración. En este caso estamos ante una representación procesal concurrente y disyuntiva, tanto del presidente de la junta directiva, a quien por ley le corresponde, cuanto del secretario, a quien toca por norma estatutaria.

D. Un problema muy interesante, que ha dado origen en Italia a muy complejas decisiones judiciales, es el de la representación (activa y pasiva) procesal de la sociedad cuando se encuentre en **conflicto de intereses** con el administrador que debe representarla en juicio<sup>(36)</sup>. Sobre el particular, el artículo 78 del Código Procesal Civil italiano establece que se debe proceder al nombramiento de un curador especial. Nuestro Código Procesal

---

(35) Abbadessa, op. cit. en nota 3, nota 151.

(36) El nombramiento de un curador especial (procesal) es indispensable, por ejemplo, cuando sea el administrador mismo quien solicite la nulidad o anulabilidad de un acuerdo de asamblea.

Civil no contiene una norma como el citado número 78; sin embargo, el artículo 260 dice que:

“en los casos en que los padres del menor sujeto a la patria potestad, o su tutor, si estuviere sujeto a tutela, no pudieran representarlo por estar en **opuesto interés**, se procederá a nombrarle un curador procesal si así lo solicitare.

Lo mismo se hará... con el inhábil si...se hallare en **opuesto interés** con éste (el curador)...” (lo encerrado entre paréntesis, así como lo destacado en negrilla, es nuestro).

En nuestra opinión la norma procesal apenas transcrita puede aplicarse perfectamente al supuesto sub examine, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 4 ejusdem.

Así las cosas, del susodicho número 260 pueden desumirse, sustancialmente, los siguientes principios: a) el conflicto de intereses priva al padre, tutor o curador (o administrador) de la legitimación para representar en juicio al(a) menor o inhábil (o sociedad)<sup>(37)</sup>; b) este(a) último(a) puede ser notificado(a) válidamente en la persona de su representante legal (padre, tutor, curador, administrador o agente residente), porque el conflicto de intereses es normalmente irrelevante en esta fase, manifestándose de manera real y actual sólo con la constitución en juicio del(a) menor o inhábil (o sociedad) demandado(a). Así las cosas, antes de contestar la acción, el representante del menor o inhábil demandado puede solicitar del juez el nombramiento del curador procesal ex. art. 260, pero en el caso de la sociedad, ésta podrá proceder a nombrar un representante especial (que bien puede ser su agente residente), evitando así el surgimiento del conflicto de intereses en el proceso; c) a nuestro criterio, el menor o inhábil (o la sociedad) no podrían ser válidamente notificados en la persona de su representante legal (padre, tutor, curador o administrador o agente residente), si éste es demandado también en nombre propio en el

(37) Este principio descende de nuestro ordenamiento también del artículo 192: cuando la sociedad haya decidido, en asamblea general de socios, ejercer judicialmente contra sus administradores la acción social de responsabilidad, la misma asamblea que acordó el ejercicio de esa acción **deberá designar a la persona que haya de ejecutarla procesalmente**, evidentemente por haber un conflicto de intereses

mismo juicio, como titular de una posición incompatible con la defensa de su representado(a). En este caso, los accionantes deberán acudir al juez pidiendo el nombramiento del curador procesal ex. art. 260; ch) el menor o inhábil (o la sociedad), por su parte, no podrá constituirse en juicio en la persona de su representante (padre, tutor, curador o administrador) en conflicto de intereses, porque de esta manera haría real y actual dicho conflicto; el representante del incapaz deberá, por lo tanto, solicitar al juez que proceda a nombrar el curador procesal ex. art. 260; la sociedad, por su parte, deberá proceder a nombrar un representante especial.

Bajo el imperio del derogado Código de Procedimientos Civiles, la Sala Primera de la Corte (sent. # 34, 9:10 hrs. del 29 de enero de 1980, en Revista Judicial # 22, parágrafo 718) dijo que si se elige un representante para atender una demanda contra una sociedad, él puede atender otro juicio, máxime si es del mismo actor, aunque sea en juzgados diferentes.

En relación a la **representación procesal pasiva**, el artículo 184 del Código Procesal Civil establece que “las personas jurídicas serán notificadas por medio de notificación personal a su representante. De no ser posible, serán notificadas por medio de cédula en el lugar donde está situada su dirección o administración; también donde se encuentre su sucursal o agencia, pero en este caso sólo respecto a obligaciones ejecutadas o celebradas por medio de la sucursal o agencia”. Esta norma resulta complementada, en alguna medida, y limitadamente a las sociedades mercantiles, por la figura del agente residente, a quien el inciso 13 del artículo 18 le confiere facultades suficientes para **atender** (en el sentido de recibir) notificaciones judiciales y administrativas a nombre de la sociedad.

En caso de representación conjunta, los tribunales italianos han venido interpretando que es válida la notificación que se haga a uno solo de los personeros, porque precisamente la conjuntividad en la representación es una limitación que se establece únicamente para actuar, esto es, para hechos activos y no para hechos pasivos, como es una citación o notificación. Hasta donde tenemos conocimiento, semejante tesis, del más puro linaje jurídico, no ha sido acogida por nuestros jueces y lo más que se ha llegado a admitir ha sido la validez de una notificación efectuada a uno solo de los personeros de una sociedad quienes, según los estatutos, si actuaban conjuntamente, tenían facultades de apoderados generalísimos sin límite de suma, y si actuaban separadamente, lo hacían con facultades de apoderados generales (Tribunal Superior

Primero Civil, # 812; 9:30 hrs. del 25 de mayo de 1986, en Revista Judicial # 47, par. 727). Claro que estos problemas resultan hoy superados con la figura del agente residente.

Sólo la sociedad está **legitimada** para hacer valer la falta o el exceso de poder de su propio administrador, pues la normas relativas se han dictado con el fin de tutelar a los socios y a la sociedad misma. Pero, si la carencia de poder se refiere a un acto procesal, y está relacionada a la regular constitución de la litis, no estamos ya ante materia dejada al arbitrio de las partes, y la legitimación para oponerla corresponde también al tercero, e incluso puede el juez declararla de oficio (doctrina del art. 299 c.p.c.).

#### 16. *Ratificación*

El acto cumplido por el administrador en todos los supuestos hasta aquí analizados, puede ser ratificado por la sociedad. La ratificación por parte de la sociedad de las actuaciones ilícitas de sus administradores, tiene concreta relevancia **en las relaciones externas** en todos aquellos casos en que la sociedad puede oponerle al tercero la carencia de facultades de sus administradores; y **en las relaciones internas**, sirve para excluir la responsabilidad del administrador y las demás consecuencias que pudieren derivarse de haber actuado éste sin facultades legales para hacerlo (como la causa justa de revocación de su nombramiento, por ejemplo).

La ratificación puede ser expresa o tácita; también el silencio, mantenido en caso de conocimiento de abuso de poder por parte del representante, puede determinar una ratificación. Ella puede referirse también a actos procesales.

Por último, nos parecen aplicables a esta materia los principios generales en tema de "contemplatio domini ex rebus o ex facti", en todos aquellos casos en que el administrador cumpla un acto que está comprendido en el objeto social, sin indicar que actúa en nombre de la sociedad<sup>(38)</sup>: nótese que las sociedades desarrollan su actividad necesariamente a través de personas físicas, de modo que cuando estas últimas efectúan actos comprendidos en la actividad normal de ente, sin indicar expresamente que lo hacen en su representación, existe cuando menos una presunción de que el acto ha sido cumplido en el ámbito de la actividad desarrollada por la sociedad, con efectos directos sobre su esfera jurídica.

(38) Sobre el particular puede consultarse el trabajo de DIEZ-PICAZO, Luis, "Notas sobre la actuación representativa", en Estudios Jurídicos en Homenaje a Joaquín Garríquez, II, Edit. Tecnos S. A., Madrid, 1971, pp. 188 ss.

### POSIBILIDAD Y ESENCIA DEL DERECHO NATURAL EN HELMUT COING

*Prof. Luis Alberto Varela Quirós*  
Profesor Asociado de Derecho Internacional Público  
Facultad de Derecho—Universidad de Costa Rica

III Posibilidad y Esencia del Derecho Natural  
IV Caracterización de Diversas Normas en el Derecho  
V Positivismo y Derecho Natural  
VI Derecho y Positivismo  
VII Conclusiones

El presente trabajo de tesis se realizó en el mes de mayo de 1996, en el marco de la asignatura de Filosofía del Derecho, impartida por el profesor Dr. Carlos Rodríguez Cordero, en la Universidad de Costa Rica.

**SUMARIO**

- I Introducción
- II La Idea del Derecho
- III Posibilidad y Esencia del Derecho Natural
- IV Coexistencia de Diversas Normas en el Derecho
- V Positivismo y Derecho Natural
- VI Derecho y Paz
- VII Conclusiones

La filosofía del derecho es una disciplina que busca comprender la naturaleza y el fundamento del derecho, así como su relación con la moral y la justicia.

En primer lugar, se aborda la cuestión de la posibilidad del derecho natural, es decir, si existe un derecho que sea anterior y superior a las leyes humanas.

Este trabajo de tesis se realizó en el marco de la asignatura de Filosofía del Derecho, impartida por el profesor Dr. Carlos Rodríguez Cordero, en la Universidad de Costa Rica.

"El sentimiento de justicia es una naturaleza y una universalidad que parece ser independiente de las leyes, más que de ellas, toda religión".

A Maribel, Juan Carlos y Ana Catalina, para que siempre tengan fe en el Derecho, cuyo espíritu mantiene viva la Justicia, que es según Cicerón la mayor de las virtudes.

Angel Latorre  
*Introducción al Derecho*

SUMARIO

- I. Introducción
- II. La Idea del Derecho
- III. Posibilidades y Esencia del Derecho Natural
- IV. Coexistencia de Diferentes Normas en el Derecho
- V. Positivismo y Derecho Natural
- VI. Derecho y Paz
- VII. Conclusiones

Agradecemos a los señores Juan Carlos y Ana Carolina por su colaboración en el Derecho, cuyo espíritu manifiesta y va a la vez a la vez que se vea el espíritu de las leyes.

INTRODUCCION

El presente trabajo tiene como objetivo hacer un análisis crítico sobre la concepción del jurista alemán Helmut Coing, profesor de la Universidad de Bonn, sobre el que se debate sobre el Derecho Natural.

En el desarrollo de esta obra, dentro del marco de la base de su trabajo, que siendo estudiante de Filosofía del Derecho, presentamos a la Cátedra de Filosofía de la dirección del profesor Carlos José Gutiérrez, cuyas sabias enseñanzas nos sirvieron de guía durante algunos años de estudio. En lo sucesivo nos referiremos a él como "el profesor".

"El sentimiento de Justicia es tan natural y tan universalmente adquirido por la humanidad, que parece ser independiente de toda ley, todo partido, toda religión".

*Voltaire*

"Lo que caracteriza al Estado de Derecho, al menos en su concepción originaria, es esa limitación del poder estatal en beneficio del conjunto de Derechos reconocidos al ciudadano, que son considerados no como una graciosa concesión de la Ley sino como verdaderos derechos "naturales", anteriores y superiores al Estado, puesto que éste se justifica precisamente en la medida en los ampara y los hace efectivos".

*Angel Latorre*

*Introducción al Derecho*

## I. INTRODUCCION

El presente trabajo tiene como objetivo hacer un análisis suscito sobre la concepción del jurista alemán Helmut Coing, profesor de la Universidad de Frankfurt, sobre el tan debatido tema del Derecho Natural.

En el desarrollo de este tema, hemos partido de la base de un trabajo, que siendo estudiantes de Filosofía del Derecho, presentamos a la Cátedra, entonces bajo la dirección del profesor Carlos José Gutiérrez, cuyas sabias enseñanzas nos sirvieron de guía durante nuestros años de estudio. En lo sustancial mantenemos el texto que entonces desarrollamos por dos razones, porque siendo la idea del derecho natural una constante en la evolución de la filosofía del derecho, es poco lo que pasados los años pudiéramos agregar a ella, y en segundo lugar porque conforme hemos ido madurando hemos acrecentado nuestra convicción en que ningún sistema jurídico positivo, por más perfecto que pretenda ser, será tan eterno como los principios del derecho natural, en el que creíamos como estudiantes y seguimos aún creyendo, y cuyas normas por más abstractas que parezcan ser, han guiado nuestros pasos en los muchos años que con dedicación y cariño nos hemos dado a la enriquecedora tarea de transmitir, o al menos pretender hacerlo, los valores eternos de la justicia y el derecho desde diversas cátedras, pero muy especialmente en la de Derecho Internacional Público, que ha llenado más de la mitad de ese período.

El propósito de revivir este trabajo después de tantos años, no es otro que el de divulgar entre los estudiantes de nuestra Facultad, la idea del derecho natural, que en el pasado algunos creyeron sepultada, y que hoy día, al calor sobre todo de los acontecimientos más importantes dentro de la comunidad internacional, parecieran no sólo revivir, sino surgir con más fuerza. Nunca ha sido más cierto que justicia y libertad, que son el sustento último del derecho natural, son necesidades básicas del ser humano, que ningún sistema ni aún aquellos que pretendieron ahogarlos, lograron suprimir, a pesar de haber diseñado sistemas jurídicos casi absolutos.

En este trabajo sólo nos ocuparemos de un análisis esquemático sobre la concepción de Coing acerca del Derecho Natural, que dicho tratadista estudia con gran profusión, en su libro "Fundamentos de la Filosofía del Derecho".<sup>(1)</sup>

Nuestro trabajo se limitará a exponer los lineamientos generales sobre la posibilidad y esencia del Derecho Natural, dejando de un lado, por razones

exclusivamente de espacio y oportunidad, su interesante estudio sobre las relaciones entre el Derecho Natural y el orden estatal, lo mismo que la vinculación entre el referido derecho y el orden económico. No obstante lo dicho, en nuestro desarrollo procuraremos, hasta donde las posibilidades nos lo permitan, hacer referencias obligada a las ideas que Coing tiene al respecto.

Por otra parte, una vez esbozada la teoría central sobre el Derecho Natural, un lector atento podría fácilmente deducir cuáles son las relaciones necesarias que pueden darse entre el Derecho Natural y el orden estatal por una parte, y entre el Derecho Natural y el orden económico por otro lado.

## II. LA IDEA DEL DERECHO

En primer término Coing considera, como la mayoría de los juristas contemporáneos, que el Derecho es esencialmente creación humana. No obstante, el Derecho no es ni puede ser, bajo ningún concepto, una creación arbitraria del hombre, dado que el ser humano vive condicionado por los marcos de la historia y la sociedad. Por tal razón, el Derecho debe estar al servicio de determinados fines que realiza el hombre en tanto ser cultural por excelencia. Todo lo que rodea al hombre y por medio de lo cual realiza su vida, se le presenta como material que debe ser ordenado, a efecto de realizar los valores, los fines, los ideales que justifican "su vida", la vida de cada cual en el sentido orteguiano de la palabra.

El problema básico del Derecho estriba en determinar si "en los fines de la materia del Derecho, existen y son perceptibles leyes a las que el Derecho estuviera ligado so pena de errar en sus fines. Se trataría de leyes, normas o legalidades dadas a priori al derecho y que obrarían en la conformación de su contenido. Su conocimiento permitiría identificar a sus fines propios, y, al menos, precisaría los límites del ámbito en el cual podría darse un tal derecho".<sup>(2)</sup> La determinación de tales leyes o fines conduce directamente a la cuestión fundamental de la idea del Derecho.

La idea del Derecho, según Coing, puede resumirse diciendo que está constituida por la suma de valores que están ligados, por su propia esencia o naturaleza, al desarrollo del Derecho. El núcleo de tales valores está constituido por la justicia y la dignidad personal del ser humano. Al plantearnos el problema de la justicia, como problema existencial convertimos la cuestión inicial en una más compleja. ¿Qué es justicia?

Como lo ha puesto de relieve Biondi, "La justicia, como el arte, lo bello, el amor, es una de esas naciones que se intuyen, más que se definen. Una definición, sobre todo si es precisa y categórica, será siempre inadecuada frente a la variabilidad de la intuición.

La justicia tiene una parte universal y eterna, por ser congénita con la misma naturaleza humana, y sobre ella todos están de acuerdo: pero presenta también una parte variable. Cualquiera, si no tiene la mente nublada por prejuicios ideológicos o intereses, está en condición de encontrar dónde está la justicia, y sabe discernir lo justo de lo injusto, pero hay campos en que lo justo no está tan claro y pueden existir opiniones dispares, discordes, como demuestran las mismas discusiones y opiniones dispares que encontramos también en los juristas romanos. Los médicos pueden no estar de acuerdo respecto al diagnóstico y el tratamiento, pero la intención es en todo caso la misma: cuidar al enfermo y hacer que se reestablezca.

Una determinación de la justicia es imposible a causa de su relatividad: el bonum et aequum pagano puede no coincidir con el bonum et aequum cristiano, porque la justicia no es igual en todos los pueblos".<sup>(3)</sup>

Ahora bien, la justicia, por su parte, nos conduce —a pesar de la tremenda limitación a que hemos hecho referencia—, al análisis de la naturaleza de las cosas. Sólo de esta manera es posible penetrar las cosas reales, —en el reino del ser—, en la idea del Derecho, que básicamente tiene una naturaleza del orden del debe-ser. Es lógico entender que las cosas podrán penetrar en el derecho, en la medida en que sean cognoscibles al hombre, en la medida en que éste pueda "racionalizarlas" para vivirlas, para sentir las, en último y preferente término, para entenderlas "aprehendiéndolas".

Por otra parte, la idea del Derecho puede ser considerada el estadio superior del Derecho, puesto que a través de ella el orden de la paz y el poder adquiere su contenido natural. En otros términos, bajo su influencia directa se hace posible la moralización del Derecho, aunque ello no implica, de ninguna manera, que el derecho claudique en su pretensión de encontrar su propia esencia y caiga dentro de la égida y los marcos propios de la Ética. Coing lo expresa muy bien cuando nos dice: "La idea del derecho organiza al Derecho, mientras que la ética organiza la vida personal"<sup>(4)</sup>.

En términos más simples y claros: La ética regula la vida personal del ser humano, esa vida de la que ha dicho Ortega y Gasset, con su genial forma de pensar, que "por ser intransferible resulta que es esencialmente soledad, radical soledad"<sup>(5)</sup>, mientras que el derecho tiende más bien, hacia el orden, la paz, la seguridad y la organización externa de una determinada sociedad, vale decir que regula al hombre en tanto que ser social. El comportamiento moral del ser humano es autónomo, puesto que encuentra su punto de apoyo en la conciencia y en la convicción personal.

El comportamiento jurídico, por el contrario —en tanto que tal y por ser tal—, debe someterse, está sometido con más precisión, a la regulación de la comunidad, o sea que es por esencia heterónomo. Sus normas provienen de alguien o de algo que no soy yo, pero se me impone su observancia, incluso

de forma coactiva. Si bien es cierto la coactividad no es una nota típica tan sólo de la norma jurídica, algunos autores (Austin y Kelsen entre ellos) le han dado tanta importancia, que la han convertido en nota esencial del derecho, lo que ha sido, a veces, usado como argumento para negar la validez de ordenamientos que como el derecho internacional no se resumen para su cumplimiento tan sólo en la sanción, o que carecen de un sistema de cumplimiento tan preciso como lo tienen algunas manifestaciones propias del derecho interno de los Estados.

En todo caso, como ha sido puesto de relieve por muchos pensadores, el fundamento del derecho es su aceptación social, no la sola posibilidad de su imposición, pues los regímenes de fuerza pueden hacer cumplir sus mandatos, por más antijurídicos que sean, sin que por ello adquieran legitimidad.

En relación con la propia realidad de la vida jurídica, la idea del derecho realiza un objetivo de carácter ideal. Constituye la meta y el fundamento máximo del fenómeno de la creación jurídica. Pero dejemos que sea el mismo Coing quien nos exponga mejor este concepto:

“Según la acertada expresión de Stammler, El Derecho es un intento de justicia. Está caracterizado por la tendencia a la realización de la idea del Derecho, en la medida en que quiera ser Derecho, en la medida en que quiera ser Derecho verdadero. La orientación por la idea del Derecho distingue al Derecho del mero poder establecido... La historia del Derecho no es sólo “el libro de estampas de la idea del Derecho”, sino también la historia progresiva de su revelación”.<sup>(6)</sup>

En resumen, Coing parte de su concepto sobre la idea del Derecho para pasar luego al estudio y análisis profundo del Derecho Natural. Con base en las ideas expuestas en líneas precedentes, estamos ya en capacidad de adentrarnos, con paso seguro, en los profundos y complicados laberintos de la posibilidad y esencia del Derecho Natural, sin dejar de advertir antes, que es materia harto resbaladiza, de la que con acierto ha dicho Erik Wolf: “El problema del derecho natural es propio y específico de cada hombre. Es “su problema”, le interesa en toda su subjetividad: en su existencia única (su “ipseidad”), pero también como padre, hermano, esposo, miembro de asociación, de un estamento profesional o de sangre, de un pueblo (en su “taleidad”). El celo con que se plantea la cuestión del derecho natural se explica por el hecho de que cada cual, cuando pronuncia el nombre “derecho natural”, está pensando en el derecho de su propia naturaleza.

Buscando “su” justicia, todo el mundo quería que los demás reconocieran su estar-en-derecho (formulado como “pretensión”), que lo admitieran

—aún más: que tuvieran que admitirlo necesariamente—. La problemática del derecho natural así entendido se encuentra naturalmente sometida a la posibilidad de un desengaño: muy a menudo la “ipseidad”, la entidad que se afirma en el derecho es fingida (por excesiva artificialidad de la “taleidad” según la cual se presenta), e incluso la mentira vital, la convención, pretende afincarse en el derecho, derivando el suyo de su naturaleza “sociológica”<sup>(7)</sup>.

### III. POSIBILIDAD Y ESENCIA DEL DERECHO NATURAL

En el acápite anterior dijimos que la idea del Derecho es la moral a la cual debe orientarse todo orden jurídico. Es decir, la idea del Derecho constituye la meta y norte de todo orden jurídico, puesto que las normas jurídicas que lo integran se justifican en la medida en que sean vínculos realizadores de valores jurídicos, como —tan sólo por vía de ejemplo—, la justicia y la seguridad jurídica.

A pesar de lo expuesto, la idea del Derecho Natural va más allá de la idea del Derecho, puesto que aspira a ser, no sólo un determinado contenido ético que debe realizarse en el ámbito de las relaciones sociales reguladas por el ordenamiento jurídico, sino también —y aquí está lo capital— pretende ser “el esbozo de un orden jurídico que satisfaga las exigencias morales de la idea del Derecho”.<sup>(8)</sup>

Hemos dicho que la idea de la ética se agota en puros contenidos morales, mientras que el Derecho Natural, en cambio, aspira a ser un sistema completo de principios jurídicos, los cuales tienen un contenido determinado y que simultáneamente son capaces de traducir, de manera concreta, los contenidos propios de la idea del Derecho, haciendo que los mismos puedan ser plasmados de tal suerte, en normas concretas y factibles de aplicación.

En términos más precisos, lo anterior quiere decir que el Derecho Natural tiene la virtud de convertir el contenido general de los valores implícitos en la idea del Derecho, en una serie numerosa de principios jurídicos perfectamente determinables, los cuales, por ser susceptibles de ser aplicados en el ámbito de la vida social, puede servir como patrones tanto a los legisladores como a los jueces o juristas. O sea que la idea del Derecho se encarna, a través del Derecho Natural en principios que, por medio de las leyes y las resoluciones judiciales, se expresan como norma jurídicas concretas y susceptibles de regular conductas humanas.

Así, por ejemplo, el principio del respeto a la dignidad del ser humano, esencial hoy día dentro de las normas de conducta que obligan a los Estados miembros de la Comunidad Internacional, es básicamente una exigencia moral, pero, dado que todo poder sobre otros seres humanos tiene que ser, tanto

interna como materialmente controlado, es decir, limitado, tal precepto moral deviene en un principio del Derecho Natural, de ese Derecho Natural “que ha sido siempre el campo de batalla de los filósofos jurídicos desde que los griegos empezaron a reflexionar de estas cosas, por lo menos desde tiempos tan remotos como el siglo IV a. de J.C.”<sup>(9)</sup>

Con lo dicho, queda completamente excluida la posibilidad de que el Derecho Natural pueda quedar bajo el dominio de la Etica pura, puesto que su misión no consiste en ofrecer máximas aplicables al comportamiento humano, sino que su contenido se expresa en principios del orden social. En última instancia, la vocación suprema del Derecho Natural descansa no en que el individuo se comporte moralmente bien, sino en que el orden jurídico que regula la comunidad humana, pueda ser estructurado de manera justa. O con feliz giro del mismo Coing, podemos concluir que:

“El Derecho Natural tiene lugar, por decirlo gráficamente, entre la idea del Derecho y el Derecho positivo: lleva de aquella a éste”.<sup>(10)</sup>

Es obvio que esta idea directriz ha generado, ha estado a la base de la estructuración de todo el complejo pero cada vez más efectivo sistema internacional de protección de los derechos humanos, que permite al hombre actual la plena realización de su propia identidad –o por lo menos pretende permitirle–, y que ha servido tanto, en la lucha por la autodeterminación de los pueblos y de la realización del valor justicia dentro del Estado moderno, que sin renunciar a su soberanía, está limitado por principios ético-jurídicos que no le permiten actuar arbitrariamente, ni frente a sus ciudadanos, ni frente a los extranjeros, sin responsabilidad por sus actos. Incluso en el eventual caso de que el derecho internacional particular no le imponga obligaciones, concretas, algunas de estas nacen de un derecho internacional general, que hoy día tiene valor *ius cogens* y que trasciende a la propia idea de soberanía tradicional del Estado, al menos del Estado Primitivo –por llamarlo de alguna forma–, del Siglo XVI.

A pesar de la diferencia radical entre la idea del Derecho y el Derecho Natural, ambos gozan de una nota común: La atemporalidad. Los principios del Derecho Natural deberán ser siempre aplicables en todo lugar y época en que se manifieste el Derecho, porque en su propia raíz subyace una pretensión de validez eterna, como prototipo de orden jurídico ideal, el cual sirve como modelo de cualquier ordenamiento positivo, y al cual puede también complementar o suplir cuando las normas de éste sean oscuras o estén plagadas de lagunas.

De tal suerte que el Derecho Natural debe constituir un orden jurídico eternamente presente, en el sentido de que los seres humanos pueden recurrir

al mismo, siempre que el ordenamiento positivo ofrezca –como es lo común– fisuras en su estructura, ya sea por omisión –falta de norma para resolver el caso–, u oscuridad de las normas que informan su contenido.

Estamos con ello afirmando que el derecho (en sentido positivo), puede ser creado a partir del Derecho Natural en múltiples casos, aceptando en gran parte la tesis de la llamada Escuela del Derecho Libre, en cuanto al problema de la creación del Derecho. Con Heck creemos valdiero lo siguiente: “Hoy puede considerarse ya opinión predominante la de que la ley no contiene solo delegaciones al juez, sino también numerosas lagunas involuntarias, en que el juez tiene que complementar la norma deficiente según puntos de vista prácticos, es decir, teleológicos, creando así en esa medida la norma jurídica misma”<sup>(11)</sup>. Es decir que el Juez no es solo aplicador, sino también en muchos casos fundamentalmente, creador de derecho, de normas jurídicas.

Esa creatividad está a veces ausente de la actividad del Juez, conduciendo a una aplicación mecánica, y a veces absurda de las normas, que produce como resultado sentencias violatorias de los principios sustanciales del ordenamiento jurídico, como lo ha demostrado entre nosotros la actividad de la Sala Constitucional, que ha producido una verdadera revolución en el ámbito jurídico costarricense, corrigiendo en no pocas ocasiones disposiciones de los Tribunales que no se ajustan al espíritu de la Constitución.

Coing, siguiendo la línea de su pensamiento anterior, realiza un agudo estudio sobre los puntos de partida del *iusnaturalismo*, y posteriormente presenta, de manera esquemática, las objeciones que el positivismo plantea a la posibilidad de la existencia de un Derecho Natural, para entrar luego, completamente de lleno, en la exposición de su punto de vista acerca del problema planteado, o sea, la posibilidad y esencia del Derecho Natural.

Para Coing, las situaciones de la existencia del hombre, a pesar de que cada una conserva su propia individualidad, presentan elementos que son típicos y recurrentes a todas ellas. O sea que en todas las existencias humanas podemos encontrar una serie de rasgos que se repiten de manera constante. Precisamente en esta repetición de situaciones típicas está anclada la posibilidad de que pueda existir un derecho positivo, dado que: “todo hecho jurídico descansa en una constante fáctica típica y recurrente de la vida social”.<sup>(12)</sup>

Existen por ejemplo, ciertas instituciones que se han manifestado, a manera de constantes históricas, a través de todas las culturas y civilizaciones, tales como el matrimonio, la propiedad, la familia, la compraventa, etc., para no poner sino unos pocos ejemplos. Lo mismo ocurre en los distintos órdenes de la vida económica, política y social en general. En todas las ramas del saber y de la existencia humana, se presentan formas típicas que se repiten en los diversos tiempos y lugares. O digámoslo con palabras del mismo Coing:

"Tenemos, pues, que partir del hecho de que existen situaciones y relaciones sociales típicas que se repiten incluso fuera de los límites de una determinada época o de una determinada cultura. Este fenómeno descansa en última instancia en el hecho de que existen ciertas estructuras básicas en la naturaleza humana, e igualmente ciertos factores constantes en el mundo circundante del hombre".<sup>(13)</sup>

Todo lo anterior nos lleva a la conclusión de que existe la posibilidad de establecer en principios, tomando en consideración desde luego tales situaciones típicas, el cúmulo de exigencias que se derivan de la idea del Derecho. De lo dicho podemos desprender que las exigencias de los valores morales –sustrato y vocación de la idea del derecho– sólo pueden ser concebidas en relación con determinadas situaciones.

Con ello pueden arribarse a la conclusión de que existen ciertos principios generales de derecho que informan el contenido de todos los ordenamientos jurídicos positivos en todas las épocas y lugares. Y para el derecho, la circunstancia de que las exigencias morales sólo son posibles de concebir en relación con una determinada situación, entraña una importancia capital, puesto que permite establecer que un valor ético corresponde a un comportamiento determinado, el cual es moralmente exigido, de tal suerte que todo valor tiene, por ello, su propio antivalor. Así la justicia, verbigracia, es contraria a la injusticia, el derecho a la arbitrariedad, el orden al caos, etc.

En última instancia esto nos conduce a la posibilidad de establecer no sólo principios positivos que impongan un determinado comportamiento, sino además, prohibiciones que excluyan comportamientos abiertamente contrarios a la idea del derecho.

Las situaciones típicas, empero, representan una limitación para el Derecho, dado que la inserción del Derecho Natural, por su propia naturaleza, se realiza en el orden social a través de formas demasiado generales. Con justicia se ha dicho que principios demasiado generales, no resuelven casos concretos. Además, todas las diferentes circunstancias concretas no pueden ser reducidas a principios que puedan tener validez supratemporal, como lo expresa el propio Coing:

"El Derecho Natural no da más que puntos de partida para la regulación del caso concreto. De ello resulta que el Derecho Natural no puede ser más que un repertorio de ciertos principios generales, y no un sistema jurídico concluso aplicable sin mediación a cada situación concreta".<sup>(14)</sup>

#### IV. COEXISTENCIA DE DIVERSAS NORMAS EN EL DERECHO

Contra la afirmación de los positivistas de que sólo el Derecho positivo es Derecho, Coing refuta tal posición con los siguientes argumentos: El Derecho Natural, según él, es derecho aunque sólo conste de principios. Por otra parte es obvio que no es un ordenamiento jurídico completo. No obstante, en todo ordenamiento jurídico subyacen una serie de principios supremos, que tiene un contenido ético y constructivo. Tales principios constituyen, al decir de Coing, "las proposiciones decisivas del derecho".<sup>(15)</sup>

En relación con la objeción de los positivistas de que el Derecho Natural –caso de existir– es imposible que pueda coexistir con el derecho positivo, Coing responde diciendo que todo derecho histórico contiene antiguos preceptos positivizados del Derecho Natural. Por otra parte, hoy día es totalmente obsoleta la concepción del derecho positivo como un derecho exento de lagunas. Ya no es posible sostener la existencia de un ordenamiento jurídico cerrado y perfecto, ya no es posible seguir sosteniendo el dogma de la plenitud hermética del ordenamiento jurídico sin pecar de dogmático.

Nada hay más falso que la existencia de un sistema jurídico, o de cualquier otro orden, que pueda considerarse pleno y hermético, y que en consecuencia tenga respuesta para cualquier situación dada. Tal ordenamiento ni sería humano ni sería posible entre seres humanos. Es cierto que entre más posibilidades agote un sistema normativo más eficaz y seguro será, pero un sistema que se basta a sí mismo es por lo menos absurdo que exista. En ese sentido, cuando el ordenamiento se agota a sí mismo por falta de disposiciones aplicables, bien remite al intérprete a otro sistema normativo, o a sistemas éticos en cuyo fundamento podrá finalmente encontrarse la solución al caso concreto, sin crear nuevas normas generales.

Ello en lugar de negar, reafirma la existencia de un derecho natural que subyace cualquier ordenamiento positivo lo que entre nosotros es claro con sólo citar la disposición del artículo cinco de la Ley Orgánica del Poder Judicial y las de los artículos 4, 10 y 11 del Código Civil, que en no pocas ocasiones podrían servir al Juez para dictar el derecho, no conforme a la ley, sino conforme a la justicia, cuya realización es el fin último de aquel.

En el campo del Derecho Internacional, se ha llegado incluso a la afirmación, ya no válida teóricamente, sino positivamente, de que existen normas inderogables contra la que el mismo Estado, sujeto soberano por excelencia, no puede contratar, bajo pena de nulidad en caso de hacerlo. Son las llamadas normas del *ius cogens*, no otra cosa que manifestación de un verdadero y real derecho natural, como lo dispone el artículo 53 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 23 de mayo de 1979.

En múltiples ocasiones las lagunas del orden jurídico –tantas y tan variadas– no es posible suplirlas acudiendo a las demás fuentes formales establecidas por el mismo ordenamiento jurídico, como medios normales, auténticos y valederos para la creación del Derecho. En último término, tales lagunas habrán de ser suplidas por principios generales del Derecho Natural.

“Así, dice Coing, resulta la posibilidad de que el derecho positivo no viva más que de principios jurídicos naturales y permanente autocomplementación, la posibilidad de que las fuentes materiales del derecho positivo, de las que toma éste su contenido, sean en amplia medida la (previamente dada) naturaleza de la cosa y los (también previos) principios del derecho arraigados en la ética, y que la jurisprudencia se alimente de esas mismas fuentes cuando desarrolla creadoramente el derecho. Puede decirse sin vacilaciones que el derecho positivo vive y se complementa constantemente del y por el derecho natural pre-positivo. Tal es lo afirmado por Mitteis al decir que el derecho natural es el derecho realmente vigente”.<sup>(16)</sup>

## V. POSITIVISMO Y DERECHO NATURAL

Finalmente critica con severidad la objeción positivista de que no puede presentarse la posibilidad y necesidad de que exista un derecho natural como criterio y fundamento del derecho positivo.

Si se considera que la única validez de la norma jurídica es la puesta en vigor de la misma por un acto de carácter formal, es obvio concluir que el juicio jurídico-natural es totalmente irrelevante. Pero si, por el contrario, se para mientes en el hecho de la validez fáctica que tiene la norma para los tribunales y la comunidad en general, el enfoque cambia completamente de cariz. En última instancia habrá de convenirse que la vigencia práctica del derecho, descansa en la conciencia de los individuos. Coing dice:

“Incluso teniendo en cuenta que la conciencia del individuo está preformada por las concepciones de su época y de su clase social, no puede ser del todo indiferente para la vigencia de un principio jurídico el que se encuentre en armonía o en contradicción con un principio jurídico éticamente fundamentado”.<sup>(17)</sup>

O sea que el positivismo, para poder explicar la razón por la cual el legislador ha sido ungido como “poder competente para la formación del derecho”, vale decir, como depositario de la soberanía, tiene ineluctablemente que recurrir a nociones de carácter pre-jurídicas, las cuales sólo es posible captarlas a través de un estudio y comprensión cabales de la “naturaleza de la cosa”.

El derecho, en consecuencia, no puede explicarse en forma inmanente, sin superar las barreras del derecho positivo.

La esencia del derecho natural puede resumirse, de acuerdo con el pensamiento del ilustre tratadista alemán, de la siguiente manera: En primer término el derecho natural está constituido por “la suma de supremos principios jurídicos que constituyen el fundamento del derecho positivo de cada determinada cultura”.<sup>(18)</sup>

Quiere ésto significar que el derecho natural, como lo expresamos en líneas precedentes, no constituye un sistema jurídico completo, sino que está formado por aquellos principios de carácter muy general que informan el sustrato jurídico de los distintos ordenamientos jurídicos. Tales principios se derivan del contenido moral que está ínsito en la idea del derecho, teniendo en cuenta, desde luego, ciertas situaciones típicas, básicas y recurrentes, lo mismo que determinados hechos que son de capital importancia para la vida social.

Coing mismo nos precisa este concepto de la siguiente manera:

“En sus fundamentos éticos a priori contienen momentos empíricos en la medida en que se refieren a situaciones determinadas y partes de datos determinados de la naturaleza humana o de la naturaleza de la cosa. Son principios que pertenecen al mundo de los hombres; a ese mundo se limita su validez. No constituyen para nosotros un sistema concluso ni un orden cerrado, pues la idea del derecho no nos es plenamente cognoscible”.<sup>(19)</sup>

En los principios del Derecho Natural no sólo se reconocen sino que también se formulan conexiones de carácter particular del mundo en que viven los hombres. Dicha conexión se manifiesta, en todos los intentos que realiza el hombre por establecer un orden social plerórico de justicia, puesto que el sustrato último del Derecho Natural tiene un contenido ético y moral.

No obstante, en los principios del Derecho Natural como se lleva dicho, están presentes a la vez datos y contenidos extraídos de la vida social (experiencia) y de su nivel ético (apriorísticos), los cuales surgen y conforman simultáneamente la vida social en forma plenaria. O sea que el derecho natural ocupa una posición intermedia entre “los contenidos éticos de la idea del Derecho y las regularidades o legalidades internas de la vida social”.<sup>(20)</sup>

Mas, los principios del derecho natural no se han manifestado completamente dentro del ámbito jurídico, dado que muchos de ellos no se le han revelado, de manera prístina, al ser humano. Los estudiosos de la filosofía del Derecho han logrado desentrañar parte mínima de ellos, porque sus auténticos

investigadores y descubridores han sido fundamentalmente los jueces, quienes, al tratar de hacer justicia en cada caso concreto, necesariamente deben recurrir a los postulados supremos que informan los distintos ordenamientos jurídicos. Como acertadamente lo afirma Coing:

“Toda ley lograda —ésto es, orientada según la justicia—, toda sentencia adecuada es al mismo tiempo una porción de derecho natural descubierto y positivizado. El iusnaturalismo se ha limitado a establecer en líneas generales la suma de esos conocimientos”.<sup>(21)</sup>

El Derecho Natural, en tanto conexión objetiva del reino espiritual, pertenece lógicamente al reino del deber-ser o mundo del ser ideal. Por otra parte, como hecho éticamente determinado, constituye, simultáneamente, una forma de derecho objetivo. Por tal razón, el derecho natural está al alcance nuestro y no sólo podemos, sino que debemos también plasmarlo en el orden social, porque la concreción de sus principios en normas positivas es una tarea de carácter moral. Al respecto señala Coing, lo siguiente:

“Son los principios jurídicos—naturales principios regulativos para el legislador, el juez y todo aquel que sea llamado a colaborar en el orden social. El orden jurídico positivo tiene que ser conformado según los principios jurídico-naturales. En esa medida es el iusnaturalismo al mismo tiempo política jurídica, y se orienta también hacia el futuro”.<sup>(22)</sup>

Los principios constitutivos del derecho natural viven implícitos en el derecho positivo de cada nación y constituyen su fundamento, en la medida en que éste se orienta hacia la realización de la idea del derecho. Se manifiestan dentro del derecho positivo, verbigracia cuando éste hace alusión a los valores morales de carácter especial, tales como el principio de la buena fe, de las buenas costumbres, de la equidad, o del daño reparable.

Su introducción dentro del orden positivo se realiza, por lo general, a través de la jurisprudencia, tomando para ello diversas denominaciones: equidad, naturaleza de las cosas, bien común, etc. Sea que son utilizados como principios jurídicos que complementan y suplen las deficiencias, oscuridades y lagunas propias del ordenamiento positivo. La Corte Permanente de Arbitraje Internacional “en muchas de sus instancias ha echado mano de los que ella misma ha dado en denominar “the general principles of justice as distinguished from any particular system of jurisprudence of the municipal State law of any State”.<sup>(23)</sup>

Los principios del derecho natural constituyen, por otra parte, los únicos criterios valederos para enjuiciar si un determinado orden jurídico se ajusta a las exigencias de la idea de derecho. No obstante, constituyen determinaciones de carácter diferenciador general, las cuales dejan un amplio espacio para la conformación técnica detallada del derecho.

Mas cuando dichos principios subyacentes en todo ordenamiento no son respetados, se comete una grave lesión a la idea del derecho, lo cual pone en evidencia la arbitrariedad. Un orden jurídico que contradice tales principios debe ser no sólo superado, sino incluso combatido ferozmente, si la lesión infringida al mismo se ha realizado de manera voluntaria.

Contra la autoridad del déspota, contra el ejercicio arbitrario del poder tiene el individuo, cualquier individuo, no sólo el derecho sino el deber de protestar.

En relación con la autoridad y vigencia del derecho natural deberá concluirse que éstas son de naturaleza puramente ética. Por tal razón, su validez es similar a la de la moral, dado que no tienen ningún poder fáctico que las apoye. Su única salvaguardia es la conciencia de los hombres. La sanción de sus principios, en consecuencia, no puede ser la coacción estatal, sino el “llamamiento moral a la resistencia de naturaleza activa o pasiva. La ley contraria al derecho natural es moralmente no vinculante”.<sup>(24)</sup>

## VI. DERECHO Y PAZ

Esta última afirmación plantea la decisiva, y tan largamente debatida cuestión, de si el derecho natural puede justificar y llegar incluso hasta imponer la resistencia violenta. En términos más claros: se trata simple y llanamente de fundamentar o rechazar el derecho a la revolución, la cual ha sido el origen de grandes cambios y transformaciones políticas a lo largo de toda la historia de la humanidad. En último término, y referido exclusivamente al derecho, se plantea la grave cuestión de una posible contradicción entre la tendencia pacificadora del derecho, —que es consustancial al mismo— y la tendencia ética éste. Como dice el propio autor: “La problemática de esta doctrina es que en ella el derecho, cuyo primer objetivo es la paz, exige él mismo la violencia y la acción bajo la propia autoridad”.<sup>(25)</sup>

El derecho, en cuanto orden público, no puede estar en contradicción con el aparato coactivo, más bien se sirve de él para la seguridad del orden jurídico, dada la naturaleza propia del ser humano. En realidad solo la coacción es capaz de garantizar, de manera eficaz, la validez propia del derecho, y por allí y desde allí, la seguridad jurídica y en último término la paz.

Contrapuestos con esta especial situación del derecho como orden público, están los valores morales, los cuales se mantienen en abierta contradicción con el aparato coactivo, o con cualesquiera aplicación similar a la violencia. Vale decir: "los valores morales no obligan sino a un comportamiento personal que corresponde a sus exigencias".<sup>(26)</sup>

La conclusión final de nuestro autor sobre la posibilidad y esencia del derecho natural es que éste es, ante todo, la suma de los principios de conformación del orden social arraigados en la ética y en la naturaleza de la cosa: el derecho natural instaura la obligación moral de conformar el orden positivo según sus principios"<sup>(27)</sup>; pero tal obligación de conformación del derecho positivo, según sus propios principios, reviste carácter moral. Por tal razón deberá ser cumplida por medios morales.

Todos estamos en la ineludible obligación de defender el orden justo de las cosas. Aunque la resistencia activa que hace uso de la violencia no está ordenada moralmente, no obstante ello, el Derecho Natural permite o autoriza la resistencia activa en situaciones especiales, como cuando un gobierno actúa conscientemente en forma arbitraria. Es decir, cuando el poder estatal es ejercido como diría García Maynes, extra-muros del derecho.

La resistencia encuentra su justificación en la propia naturaleza del hombre, la cual constituye un serio obstáculo para el mantenimiento del orden público sin la aplicación de la violencia y de la coacción: "en última instancia, pues, la resistencia activa se justifica por el hecho de que el derecho natural se orienta a la conformación del orden público. Por otra parte, la esencia del derecho como orden, indica ya que la resistencia activa no está justificada más que en casos realmente extremos".<sup>(28)</sup>

Para concluir su razonamiento sobre la posibilidad y esencia del derecho natural, Coing lo hace con estas frases de profundo significado:

"En nombre de la idea del derecho, el derecho natural puede desatar de la obligación de obediencia al derecho positivo, porque el mandamiento moral es de nivel más alto que la obediencia a la comunidad política, pero no contiene penalidad alguna contra aquellos que lo violan. Su autoridad es moral, como la de la idea misma del derecho".<sup>(29)</sup>

Finalmente Coing manifiesta que en su opinión debe mantenerse la denominación de "derecho natural", aunque resulte que no es del todo exacta, porque "la expresión designa el "tópico" de la ciencia de la cultura y del orden del ser a los que necesariamente hay que referir estos principios supremos del derecho".<sup>(30)</sup>

## VII. CONCLUSIONES

Pese a los pronunciamientos de los que se llaman realistas, pese al auge del absolutismo en muchas partes del mundo, podemos decir como dijo Pablo a Timoteo: "Sabemos que el derecho es bueno, si el hombre lo usa justamente".

*Roscoe Pound  
Justicia conforme a derecho*

- I) Erik Wolf, profesor de Filosofía del Derecho en la Universidad de Friburgo, ha dicho en unas brillantes páginas: "Nadie sabe nada seguro de ese derecho natural, pero todo el mundo siente con seguridad que existe... El hecho de que nadie sepa lo que es el derecho natural y todo el mundo lo barrunte, el que todo el mundo crea poseerlo en su alma mientras no le pregunten por él —parta tener que confesar que no sabe lo que es si se le pregunta— este estado de la cuestión "derecho natural" alude a la inserción previa del hombre en esta materia.<sup>(31)</sup> Hemos pretendido en este trabajo, encontrar una respuesta a esa interrogante existencial, y hemos creído encontrarla —al menos para nosotros— en la exposición de Helmut Coing acerca del Derecho Natural. Más que una definición, buscamos una toma de posición frente al problema del Derecho Natural que unas veces se nos presenta como fundamentalmente teórico, y otras como necesidad práctica, y al asumirla nos resulta insoslayable el eterno conflicto entre éste y el derecho positivo. Somos conscientes de que, como el mismo autor antes citado lo ha expuesto, el problema del derecho natural no es cosa que nos deje indiferentes sino que nos obliga a tomar posición, aunque la posición que asumamos sea inducida muchas veces, más por lo sentimental que por lo racional, como lo ha puesto de manifiesto Bobbio.<sup>(32)</sup> El haber seleccionado como base de la investigación la obra de Coing, dentro de las múltiples y variadas perspectivas que la producción de la literatura jurídica sobre el tema ofrecía, implica ya, de suyo, una elección, y ello nos compromete con el autor pero sobre todo y fundamentalmente con sus ideas.
- II) Creemos que de la obra de Coing, en el aspecto que toca al análisis que aquí se ha intentado, pueden sacarse al menos las siguientes conclusiones:
  - a) El Derecho Natural existe y tiene normas propias, de carácter general, que forman el sustrato (la base) del derecho positivo.

Idea central y básica del tema y en la asunción del problema planteado.

- b) En la creación de la idea del Derecho, y trascendiéndolo, subyace el aspecto moral, y por eso la cuestión ética no puede ser dejada de lado en el análisis del Derecho.
- c) El Derecho Natural está presente en todo ordenamiento jurídico positivo, lo orienta y guía en la búsqueda de los fines que debe realizar. En último término constituye un Derecho supraestatal, que no está vigente en ningún ordenamiento conocido, no ni ha estado, en forma concreta y plena, pero acusa su presencia en todo lugar y época, allí donde el hombre ha buscado la realización de la justicia por medio del derecho.
- d) El Derecho Natural, en cuanto cuestión ética fundamentalmente, carece de un aparato coactivo que lo imponga. Es más, si tal aparato existiera, ya no constituiría Derecho Natural; perdería, por así decirlo, su esencialidad. Pero su incumplimiento autoriza, en casos extremos, para rebelarse contra el sistema jurídico positivo, lo cual éste no acepta como válido, por constituir su esencia la coactividad de que está dotado.
- e) El Derecho positivo no agota, como lo creen tantos autores, la realidad del Derecho. Al principio del Derecho positivo (fundamentándolo, justificándolo, alimentándolo), está el Derecho Natural, a su final (aclarándolo, complementándolo, supliéndolo) está también el Derecho Natural. Negarlo significaría ignorar, o pretender ignorar, la existencia de lagunas evidentes en el ordenamiento jurídico positivo, es decir cerrar los ojos ante una realidad evidente.
- f) El Derecho Natural se presenta, de ordinario, en diversas formas, con diversos ropajes para usar una frase gráfica; a saber:
  - 1) Como derecho positivizado, cuando el legislador acoge los principios de tal derecho y los convierte en normas positivas. En tal caso, el mismo se presta a engaño y pierde interés teórico, pues al asumir tal papel no presenta ningún problema de validez ni de efectividad que trascienda el ordenamiento coactivo normal.
  - 2) Como complemento de la norma jurídica oscura o incompleta, que ayuda al Juez, y al intérprete a resolver los problemas que, al analizar el caso concreto y para alcanzar el fin primordial de la justicia, se le presentan.

La enumeración hecha no es excluyente, quizá podrían sacarse más e interesantes conclusiones; tal vez sea reiterativa, pero constituye, a nuestra manera de ver, una forma sintética de exponer el pensamiento de Coing, de esquematizar su interesante posición doctrinaria.

#### CITAS

- 1 Coing, Helmut, "*Fundamento de la Filosofía del Derecho*", Ediciones Ariel, Barcelona, 1961.
- 2 Coing, Helmut, ob. cit. pág. 105.
- 3 Biondi, Biondo, *Arte y Ciencia del Derecho*, Ediciones Ariel, Buenos Aires, 1953, página 179.
- 4 Coing, Helmut, ob. cit. pág. 159.
- 5 Ortega y Gasset, José, "*El hombre y la gente*", Revista de Occidente, Madrid, 1964, pág. 71.
- 6 Coing, Helmut, ob. cit. pág. 161.
- 7 Wolf, Erik, "*El problema del Derecho Natural*", Ediciones Ariel, Barcelona, 1960, página 18.
- 8 Coing, Helmut, ob. cit. pág. 162.
- 9 Pound, Roscoe, "*Justicia conforme a Derecho*", Editorial Letras S.A., México, D.F. 1965, página 53.
- 10 Coing, Helmut, ob. cit. pág. 162.
- 11 Heck, Philipp, "*El Problema de la Creación del Derecho*", Ediciones Ariel S.A., Barcelona, 1961, página 59.
- 12 Coing, Helmut, ob. cit. pág. 170.
- 13 Coing, Helmut, ob. cit. pág. 171.
- 14 Coing, Helmut, ob. cit. pág. 172.
- 15 Coing, Helmut, ob. cit. pág. 172.
- 16 Coing, Helmut, ob. cit. pág. 173.

- 17 Coing, Helmut, ob. cit. pág. 174.
- 18 Coing, Helmut, ob. cit. pág. 175.
- 19 Coing, Helmut, ob. cit. pág. 175.
- 20 Coing, Helmut, ob. cit. pág. 175.
- 21 Coing, Helmut, ob. cit. pág. 176.
- 22 Coing, Helmut, ob. cit. pág. 176.
- 23 Kaufmann, "*Deutschland unter der Besatzung*", pág. 19, citado por Coing, en página 177 de la obra citada.
- 24 Coing, Helmut, ob. cit. pág. 177.
- 25 Coing, Helmut, ob. cit. pág. 177.
- 26 Coing, Helmut, ob. cit. pág. 177.
- 27 Coing, Helmut, ob. cit. pág. 178.
- 28 Coing, Helmut, ob. cit. pág. 178.
- 29 Coing, Helmut, ob. cit. pág. 179.
- 30 Coing, Helmut, ob. cit. pág. 180.
- 31 Wolf, Erik, "*El Problema del Derecho Natural*", ob. cit. págs. 16 y 17.
- 32 Bobbio, Norberto, "*El Problema del Positivismo Jurídico*", Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1965, páginas 9 y 10.

#### BIBLIOGRAFIA

- 1 COING, Helmut, "*Fundamentos de la Filosofía del Derecho*", Ediciones Ariel, Barcelona, 1965.
- 2 BIONDI, Biondo, "*Arte y Ciencia del Derecho*", Ediciones Ariel, Barcelona, 1953.

- 3 ORTEGA y GASSET, José, "El hombre y la Gente", Revista de Occidente, Madrid, 1964.
- 4 WOLF, Erik, "El Problema del Derecho Natural", Ediciones Ariel, Barcelona, 1960.
- 5 POUND, Roscoe, "Justicia conforme a Derecho", Editorial Letras S.A. México D.F. 1963.
- 6 HECK, Philipp, "El Problema de la Creación del Derecho", Ediciones Ariel, Barcelona, 1961.
- 7 BOBBIO, Norberto, "El Problema del Positivismo Jurídico", Editorial Universitaria, Buenos Aires, 1965.

ORTIGA y GASSET, José, "Tratado de Filosofía del Derecho", Editorial Ariel, Barcelona, 1954.

WOLF, Erik, "El Problema del Derecho Natural", Ediciones Ariel, Barcelona, 1960.

POUND, Roscoe, "Justicia conforme a Derecho", Editorial Ariel, S.A. México D.F., 1953.

HECK, Philipp, "El Problema de la Creación del Derecho", Ediciones Ariel, Barcelona, 1961.

BOBBIO, Norberto, "El Problema del Postivismo Jurídico", Editorial Universitaria, Buenos Aires, 1957.

COING, Helmut, ob. cit. págs. 177.

COING, Helmut, ob. cit. págs. 177.

COING, Helmut, ob. cit. págs. 177.

COING, Helmut, ob. cit. págs. 178.

COING, Helmut, ob. cit. págs. 178.

COING, Helmut, ob. cit. págs. 179.

COING, Helmut, ob. cit. págs. 180.

Wolf, Erik, "El Problema del Derecho Natural", ob. cit. págs. 1 y 77.

Bobbio, Norberto, "El Problema del Postivismo Jurídico", Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1957, páginas 9 y 10.

**BIBLIOGRAFIA**

1. COING, Helmut, "Tratado de Filosofía del Derecho", Ediciones Ariel, Barcelona, 1965.

2. BOBBIO, Norberto, "Arte y Ciencia del Derecho", Ediciones Ariel, Barcelona, 1955.

**NUEVOS TIEMPOS, NUEVOS RETOS**

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

La filosofía y el derecho son ciencias que se relacionan de manera íntima y constante. La filosofía del derecho es una disciplina que busca comprender los fundamentos filosóficos del derecho y su evolución histórica. En este sentido, el derecho no es simplemente un conjunto de normas, sino un fenómeno social que se desarrolla en un contexto cultural y filosófico determinado.

En el presente artículo, se abordará el tema de los nuevos tiempos y los nuevos retos que enfrenta el derecho en la actualidad. Se analizará cómo los cambios sociales, económicos y tecnológicos han impactado en el desarrollo del derecho y cómo estos cambios han generado nuevos desafíos para los juristas y los legisladores.

Uno de los principales retos que enfrenta el derecho en la actualidad es el avance de la tecnología. La informática y la inteligencia artificial han revolucionado muchas áreas de la vida cotidiana, y esto ha generado nuevos problemas jurídicos que requieren de soluciones innovadoras. Por ejemplo, el uso de la inteligencia artificial en el derecho puede generar dudas sobre la responsabilidad legal de las máquinas y sobre la privacidad de los datos.

Otro de los retos que enfrenta el derecho es el cambio social. La sociedad ha experimentado grandes transformaciones en los últimos años, y esto ha generado nuevos problemas jurídicos que requieren de soluciones innovadoras. Por ejemplo, el aumento de la desigualdad social y la pobreza han generado nuevos problemas de justicia social que requieren de soluciones innovadoras.

En conclusión, el derecho enfrenta nuevos tiempos y nuevos retos que requieren de soluciones innovadoras. Los juristas y los legisladores deben estar preparados para enfrentar estos retos y buscar soluciones que respondan a las necesidades de la sociedad en constante evolución.

Lección Inaugural, Curso 1992. Facultad de Derecho.  
Universidad de Costa Rica. 31 de marzo de 1992.

Distinguidas Autoridades presentes:

Queridos compañeros Profesores, Estudiantes, Funcionarios y Empleados  
Administrativos:

*Desfase entre Derecho y Realidad:*

Nuestra más que centenaria Academia vive gravemente divorciada del tiempo histórico, del pulso diario de la existencia.

Experimentamos un claro desfase entre el Derecho. ~y el estudio de este y la experiencia cotidiana. Un alejamiento entre nuestra escuela y la vida real.

Por un lado vemos y escuchamos diariamente en las noticias una nueva realidad, muy diferente de la que hace poco conocimos:

- nuevos avances tecnológicos y científicos, en particular informáticos y biotecnológicos,
- nuevos valores, una nueva reafirmación de la dignidad humana y una superación del positivismo a partir de los horrores de la segunda guerra mundial,
- una agresiva economía mundial en la que vamos inevitablemente a insertarnos, plagada de contratos ignorados por nuestras leyes,
- una nueva ciencia jurídica real-objetiva y personalista, ya no patrimonialista, a la que prácticamente ni tenemos acceso, por limitaciones conocidas,
- una nueva realidad (cualitativamente diversa) de suicida contaminación ambiental.
- una nueva realidad de robo de menores, para tráfico internacional de órganos trasplantables.

Por otro lado aparece, como si todo eso fuera tan solo una película de ficción, lo que estudiamos e investigamos diariamente en la Facultad.

Somos nosotros mismos (estudiantes y profesores) los que nos automitilamos y nos desentendemos de esta realidad y no percibimos, a veces, el grado en que ella incide en cada una de las materias de nuestra escuela.

Profesores y estudiantes circulamos a menudo en el mundo académico, como si nada tuviera que ver con lo que está pasando en la vida real.

Es porque a veces menospreciamos los alcances de nuestra propia Ciencia, para la que nada de lo humano que afecte intereses merecedores de tutela, según los valores de cada Ordenamiento (que día a día se convierten cada vez más en universales), puede ser ajeno y ni nos damos cuenta de la juridicidad de nuestro diario comportamiento.

Y lo que es más importante y grave: el desfase no es simplemente entre técnica y realidad, sino, también lamentablemente entre evolución de valores y normas vigentes y, por eso mismo, estudiadas en la Facultad.

La Facultad de Derecho no es un centro educativo más donde su transmite el conocimiento de un objeto estático y ajeno a la existencia.

El Derecho es una Ciencia muy especial, como lo decía Capograssi, ella misma es experiencia.

Don Fernando Coto a veces recordaba que estudiar Derecho es hacer Derecho y que el Derecho se aprende en la experiencia jurídica en cualquiera de sus expresiones.

No es simplemente estudiar las leyes; es observar la vida misma desde el ángulo visual de los valores reales de la sociedad, de las necesidades de los seres humanos de carne y hueso y es proyectar constantemente soluciones para sus conflictos de intereses.

Un proceso educativo, bien entendido, en sentido dinámico, conlleva transformaciones de actitudes y aptitudes y, finalmente, de conductas.

La educación jurídica no puede verse simplemente como un transvasar conocimientos y valores; no puede ser solamente un proceso activo de los educadores y pasivo de los educandos. Es de ambos.

Es un proceso *pedagógico participativo*, en el que deben integrarse las perspectivas diferentes y se deben considerar las diversas dimensiones de lo jurídico, con el aporte de alumnos y profesores.

Toda perspectiva unidimensional de lo jurídico se queda corta frente a esta forma de cultura que llamamos Derecho.

No voy a insistir en la concepción tridimensional de Miguel Reale que todos ustedes conocen, pero a la hora de estudiar Derecho no podemos prescindir de una triple metodología: empírica, para el estudio de los hechos; lógica, tanto sistemática como analítica, para el estudio de los textos formales y axiológica, pues la nuestra es también ciencia de valores.

Tanto en la docencia, como en la investigación, en cada una de las materias, deben integrarse constantemente estos tres enfoques.

No debe olvidarse, sin embargo que la tridimensionalidad de lo jurídico adquiere sentido cuando el ángulo superior es axiológico y se toma en cuenta, como eje, la dignidad fundamental de la naturaleza humana<sup>(1)</sup>, capaz de trascender la inmediatez de lo concreto.

Como personas dedicadas al quehacer jurídico, que no es ajeno a la vida real y que no se limita solamente al puro formalismo de los textos existentes en un hipotético todo coherente y completo (como lo soñó Hans Kelsen), ni a la estadística o futurología judicial (como lo creen ciertos profesores norteamericanos), tenemos el deber de conocer la realidad, las características sociológicas y económicas de nuestro país:

- un país donde la balanza de pagos había presentado siempre una clara tendencia al desequilibrio originada en un saldo de transacciones persistentemente negativo,
- un país con una economía de crecimiento irregular en los últimos años,
- un país con tradicional dependencia del sector externo y baja calidad y competitividad internacional de sus productos,
- un país donde estos problemas hoy se intentan superar con políticas irreversibles de apertura comercial, desagravación arancelaria, liberalización cambiaria, reducción gradual de tasas de interés de mercado y eliminación de exenciones tributarias.

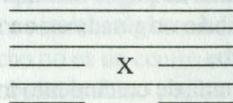
Tal situación debe llevarnos a meditar:

- a- Sobre las nuevas oportunidades que habrán de resultar del aumento en las exportaciones y de la inserción de Costa Rica en el mercado mundial y sobre las nuevas posibilidades del acceso preferencial a los mercados de México, Estados Unidos y Canadá
- b- y, paralelamente, sobre el renovado esfuerzo creativo que ha de realizar nuestra Escuela para dar respuesta a los nuevos hechos jurídicamente relevantes que en este proceso han comenzado a generarse ya.
- un país donde las finanzas públicas han presentado en las últimas décadas un marcado deterioro y no ha habido financiamiento para el desbordado crecimiento de servicios públicos, que hoy se intenta superar

(1) Sobre Derecho y Naturaleza Humana v. Rodríguez-Arias Bustamante, Lino, *Abogacía y Derecho*, p. 158. No puede quedar por fuera pues el papel del Derecho Natural (comoquiera se entienda) en la transformación del Derecho Positivo v. Rodríguez-Arias Bustamante, Lino, *Filosofía y filosofía del Derecho*, p. 200

con importadas privatizaciones y programas de ajuste estructural y reducción del tamaño y nivel de gasto del Sector Público, como si la caída de los totalitarismos significara el triunfo del capitalismo consumista individualista, sin percatarnos de que frente al fracaso de las ideologías tradicionales, el péndulo de la historia, superando los extremos deshumanizantes, por su propio peso encontrará puntos de equilibrio más seguros en la afirmación de la dignidad humana y del valor de la vida comunitaria.

- un país donde la población se encuentra concentrada en forma desordenada y donde existe un claro problema ocupacional: falta de técnicos de alto nivel en todos los campos y desocupación real o disfrazada.



#### *Nuevos problemas:*

Asistimos a una época de cambios agitados y repentinos y de nuevos retos.

En materia contractual, las transformaciones económicas recientes han hecho evocar los principios de la equidad frente a quienes, en aras de una libertad formal, defienden a ultranza las llamadas exigencias del tráfico comercial y siguen creyendo en forma decimonónica que el "contrato es ley entre las partes", pase lo que pase.

Nuevos problemas de contaminación, incluso transfronteriza, acechan al ser humano y no observamos verdadero interés de los juristas por combatirlos.

Vivimos la inserción en la economía mundial; queremos "jugar en el mundial" del comercio internacional, participamos en el GATT e integramos como actores la conformación de grandes bloques de libre comercio regionales.

En estos procesos debe estar presente nuestra Escuela para contribuir a evitar que impere la ley de la selva o la ley de los peces, donde el grande se come al pequeño; pero nuestras instituciones y nuestro currículum, con mínimas excepciones, se mantienen en el siglo pasado, dejando de lado toda una serie de contratos de la nueva "Lex Mercatoria", la mayoría de ellos conocidos por su nombre en inglés: como el Countertrade, el Leasing (operativo y financiero), el Franchising, el Factoring y el Joint Venture. Con excepción de unos pocos, como don Diego Baudrit, don Francisco Chacón y doña Anabelle González, poco de esto es objeto de preocupación por parte nuestra Escuela.

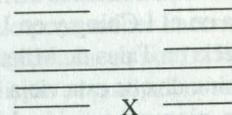
#### *Viejas normas, nueva realidad...*

Nos enfrentamos a la realidad de la ingeniería genética (que ya ha llegado a experimentar en laboratorio la clonación humana) del arrendamiento de vientre, de la fecundación in vitro y de la transferencia embrionaria, pero nuestras leyes siguen como en el siglo pasado, según lo han demostrado las investigaciones estudiantiles de Laura Rivera y Rocío Amador. -¿Es que, acaso, el del frasquito es menos persona que el que está en el vientre materno?

Hemos ratificado la Convención de derechos del niño que extiende esta calificación de la concepción a los dieciocho años y todavía algunos se siguen preguntando si el "nasciturus" o concebido es persona... y creyendo que la subjetividad y la capacidad jurídica se adquieren hasta el nacimiento.

En materia de Derecho Marítimo, nuestro Código de Comercio de 1853 (vigente en este capítulo) habla todavía de barcos que se hacen a la vela y de arribadas forzosas por motivo de piratas, desconociendo nuestras leyes la existencia de nuevas formas de transporte, como el que se realiza mediante "contenedores", que exige nuevas modalidades de atribución de responsabilidades y nuevas formas de conocimientos de embarque.

En materia municipal el actual Código ha dejado vigentes ordenanzas del siglo pasado...



#### *Nuevas normas, pero...*

Tenemos una ley de igualdad real, pero en muchos campos se mantiene la discriminación por razones de género; la materia laboral es ejemplificativa, particularmente en lo que se refiere a los derechos de la mujer en caso de embarazo y lactancia.

#### *Omisiones curriculares:*

Nuestro currículum es abundantemente omiso en muchos campos importantes:

Para no citar más que un ejemplo: en materia de Derecho de Seguros, casi podría decirse que el estudiante se convierte en abogado sin haber estudiado ni una hora el tema, desconociendo, pues, toda una serie de términos

como exclusiones, limitaciones, franquicias, deducibles, coberturas, riesgos, siniestros, cargas de salvamento, pólizas flotantes, seguros obligatorios de depósito fiscal, etc.

La lista de ejemplos sería interminable...

#### *Participación en el dinamismo:*

La realidad costarricense está cambiando y en este dinamismo estamos inmersos.

Cada uno de nosotros, es culpable por omisión o participe en este proceso creativo de constante reconstrucción del Ordenamiento jurídico nacional.

Cada sentencia, cada investigación estudiantil, cada ley y cada opinión acertada irrumpen en el Ordenamiento transformándolo global y constantemente sin cesar.

El dinamismo caracteriza nuestra realidad relativa<sup>(2)</sup>; se trata de marchar-haciéndose, en armonía con la marcha del universo, —en expresión del filósofo Yogananda de la India—, o —en expresión usada por don Lino Rodríguez-Arias Bustamante— “como cocreadores”<sup>(3)</sup>. Si bien las raíces de estas ideas se encuentran en China en el I Ching y en Lao Tsé, en la India en Los Vedas y el Budismo y en Grecia en Tales de Mileto y Heráclito, acudimos en nuestro tiempo a la comprensión de que esta vieja lección es aplicable a la realidad jurídica; por esta razón, ninguna revisión del Ordenamiento puede pretender la estabilidad que intentó Napoleón cuando consideró completa su obra.

Como partícipes en este proceso no podemos dejarlo en manos de la evolución, de la selección darwiniana y de leyes naturales, como si viéramos venir el invierno o el verano, o se acercaran nubes negras por el Alto de la Palma anunciando una tarde de lluvia en la meseta.

La evolución del orden jurídico es, a menudo insuficiente, lenta e incumplida y la revolución de diversas materias se convierte en una exigencia

(2) Sobre Dinamismo, Derecho y cambio social v. Rodríguez-Arias Bustamante, Lino, *Abogacía y Derecho*, p. 157 y Rodríguez-Arias Bustamante, Lino, *Abogacía y Derecho*, p. 165. Sobre esta Imagen dinámica v. Rodríguez-Arias Bustamante, Lino, *Abogacía y Derecho*, p. 175.

(3) Cocreador en la evolución Rodríguez-Arias Bustamante, Lino, *Alternativa ideológica: Comunitarismo*, p. 25.

comprometedora a nivel personal de cada uno de nosotros y en una necesidad histórica a nivel institucional.

El Derecho, como lo decía Ihering es producto de la lucha, de la que dio ejemplo el pueblo romano antes de conquistar el mundo conocido. Y así como cada uno de nosotros trabaja para ganar el pan, para el romano uno de los ingredientes con que se fabricaba el pan, junto con la harina y la levadura, era el Derecho; por ello se luchaba diariamente, los juristas se esforzaban por encontrar las soluciones correctas, el pretor peregrino constantemente modificaba el Derecho formalista, los propios emperadores ordenaban recopilaciones.

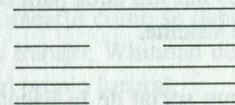
Nosotros sin embargo, nos olvidamos que el Derecho es parte del pan.

La Facultad de Derecho debe identificarse con el medio, sin perder el dominio de sí misma, escogiendo a través de la limitación consciente de sus campos, los problemas actuales que debe afrontar, a la par de los temas permanentes de la Ciencia jurídica.

La Facultad debe considerar los acontecimientos que a su alrededor se desarrollan, estar presente en el momento histórico en que vive, abrirse al ambiente social y garantizar a la comunidad (mediante la elevación de su propia calidad y la continua revisión y renovación de sus objetivos y contenidos) la constante superación de los fundamentos de nuestro ser costarricense, que algunos han confundido con un civilismo liberal trasnochado.

La Facultad no puede permanecer encerrada en sus paredes, dormida como la liebre de Esopo, plagiada luego por La Fontaine y Samaniego.

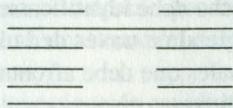
El camino en esta misión es gradual, como el crecimiento de un árbol; es necesaria la perseverancia.



#### *Conclusiones*

Es claro que los tiempos de cambio están llenos de dificultades, pero estas dificultades surgen precisamente del movimiento; las cosas están conformándose; los movimientos prematuros (como podría serlo osar abrir un doctorado en estos momentos) deben ser evitados, sin que ello signifique retroceso, sino sólo preparación para la acción creadora efectiva, en la que ha insistido la Dra. María Antonieta Sáenz, en un trabajo de próxima publicación en la Revista Judicial. Esta acción creadora sólo es posible con una transformación de mentalidad y actitudes; no se trata solamente de hacer transformaciones curriculares; es cierto que podemos incluir tal nuevo contrato en tal

curso, o tal nueva forma de propiedad en tal otro, tal nueva tecnología en otro; pero la verdadera transformación de la Facultad sólo podrá ocurrir mediante una toma de conciencia general, de profesores, administrativos y estudiantes, de nuestra obligación de responder, mediante una activa creatividad, a los retos de estas nuevas realidades, particularmente en momentos en que proliferan las escuelas de Derecho, pues es nuestra Comunidad universitaria el faro de las otras (como lo prueba que los reconocimientos de currícula académicos se fundamentan en los nuestros); si este faro perdiera luminosidad o se apagase un solo minuto, eso pondría en riesgo la entera navegación de su zona de influencia.



Queremos:

Una Facultad receptiva, capaz de captar las nuevas exigencias de la vida pero, a la vez, una Facultad creativa, activa, capaz de ser faro de esa realidad.

- a) Por una parte, nuestra misión como estudiantes y estudiosos del Derecho es despertar la conciencia de los pueblos sobre las manifestaciones del "desorden establecido"<sup>(4)</sup>; nuestro papel es estimular la cooperación social solidaria, capaz de provocar la transformación que se requiere<sup>(5)</sup>. Ser acicate es nuestra tarea para despertar anhelos de lucha y de transformación del sistema.

Este rol eminentemente social de la Facultad encuentra canalización por medio de investigaciones estudiantiles, tesis, lecciones, proyectos de ley, congresos, libros, revistas, periódicos y demás instrumentos de comunicación de quienes nos ocupamos de los jurídicos.

- (4) V. Mounier (en sus diversas obras).  
S/ la Ley injusta Rodríguez-Arias Bustamante, Lino, *Abogacía y Derecho*, p. 180.
- (5) Sobre la necesidad comunitaria de diálogo y la participación, mediante el auscultar la opinión pública v. Rodríguez-Arias Bustamante, Lino, *Abogacía y Derecho*, p. 81 y Rodríguez-Arias Bustamante, Lino, *Alternativa ideológica: Comunitarismo*, p. 23.

- b) Por otro lado, ustedes, mejor que nadie, son capaces de comprender las varias dimensiones de lo jurídico<sup>(6)</sup>, de detectar y diagnosticar los intereses reales que emergen de los hechos de la vida y merecen tutela jurídica.

Como miembros de esta Escuela, por nuestra especial formación, somos capaces de confrontar los contingentes intereses con los valores de cuya tutela depende el respeto por la dignidad de la persona; por nuestro propio entrenamiento somos, finalmente, capaces de darles forma normativa, de enlazar a hechos que evidencian intereses jurídicamente relevantes, la transformación jurídica que exigen los valores del Ordenamiento<sup>(7)</sup>, mediante los efectos jurídicos convenientes.

Afirmamos la necesidad de que la Facultad sea una antena<sup>(8)</sup>, abierta a las manifestaciones de valores de la sociedad y receptiva de sus transformaciones y necesidades.

Pero: esa Facultad no existe en el aire; está constituida por personas; tampoco es una masa desorganizada.

Esa Facultad es la comunidad aquí presente de profesores, funcionarios y empleados administrativos, estudiantes y egresados; en otras palabras: esa Facultad somos cada uno de nosotros, en nuestras diarias relaciones con los demás miembros de esta comunidad. Si queremos mejorar la escuela, la tarea es sobre nosotros mismos.

Sin embargo, el espíritu comunitario sólo puede surgir de cosas que universalmente compartimos clara y firmemente: eso que nos une y nos hace ser ciudadanos de una rama del saber es el mundo de la docencia y el estudio del Derecho. La experiencia jurídica es nuestro pan intelectual cotidiano. ¿Por qué no amarlo y hornearlo como se debe? La verdad es que a veces nos falta amor por nuestro trabajo; Whitman decía que trabajar sin amor es caminar amortajado hacia el propio funeral.

- (6) Sobre el tridimensionalismo v. Rodríguez-Arias Bustamante, Lino, *Derecho y Método*, p. 19 y por supuesto: Fernández Sessarego, Carlos; y, Reale, Miguel (en diversas obras).
- (7) Se entiende aquí que se trata de las llamadas transformaciones legales, pues, con relación a las necesarias el legislador no puede hacer nada. Dentro de las legales, la mejor doctrina incluye, además de la constitución, extinción y modificación, otros supuestos como el debilitamiento, el fortalecimiento, la especificación y la preclusión de estas situaciones. V. Falzea, Angelo, *Efficacia Giuridica, Voci di teoria generale del diritto*, Giuffrè-ed, Milano, 1970, también en Enciclopedia del Diritto.
- (8) Rodríguez-Arias Bustamante, Lino, *Abogacía y Derecho*, p. 163.

En esa búsqueda de una mejor comunidad académica, la Verdad ha de ser el valor fundante que presida cualquier paso, al que deberá subordinarse la política, como lo enseñó Ortega y Gasset. Verdad como ideal de conocimiento, Verdad como ideal de comunicación, que al fin al cabo es la finalidad de cualquier ciencia: comunicación entre todos los miembros de esta comunidad, comunicación que podemos estimular cada uno de nosotros como Profesores en nuestras lecciones, en nuestra participación en clase como estudiantes (ojalá complemento o crítica frente a las opiniones "ex-cátedra" del profesor), en nuestras investigaciones (compartidas con los demás compañeros por medio de revistas, como la Revista Estudiantil de Investigaciones Jurídicas, revista de calidad jurídica (que ya demostraron poder producir los estudiantes y de la que ya se anuncia su continuidad, gracias al trabajo de Rigoberto Vega y Ana Karina Zeledón)) y en nuestro quehacer administrativo, en particular con el cumplimiento oportuno de nuestras responsabilidades, sea como conserjes, oficinistas o en posiciones de coordinación. Si una unidad de este tipo se obtiene es posible emprender cualquier transformación, pues incluso las tareas más difíciles pueden ser vistas como retos y oportunidades de perfeccionamiento de nosotros mismos y de ayudar en el perfeccionamiento de nuestro prójimo. El mejoramiento de la Escuela no depende de una autoridad; es poco lo que en cualquier puesto formal de coordinación de la Facultad se puede hacer; ya lo he experimentado en varias comisiones; es poco lo que pueda hacer cualquiera que lo haga como individuo aislado; o lo hacemos todos, diariamente, en cada una de nuestras tareas, con la dedicación de la gota sobre la piedra, o podemos entrar en un grave y peligroso estancamiento, por inercia e indiferencia; estancamiento, que sería abdicación, retroceso y descenso en el nivel profesional de los futuros abogados. Esto no podemos permitirlo, porque nuestra misión, según enseñó John Dewey, como miembros de esta comunidad, es despertar en los futuros abogados aptitudes y actitudes que les capaciten para afrontar su experiencia jurídica futura, mediante experiencias educativas valiosas actuales.

Don Carlos José Gutiérrez dijo una vez: "...creo que la única medida objetiva de que el proceso que hemos iniciado tenga éxito, será que los nuevos profesionales que ahora formamos, sean mejores abogados que nosotros; que la edad de oro del Derecho costarricense no esté atrás, sino en el futuro; que los grandes juristas no se encuentren en el pasado, sino que sean los jóvenes que ahora están en su período de formación..."<sup>(9)</sup>

Vamos en una misma nave. Si miramos hacia atrás, corremos el riesgo de fosilizarnos como estatuas de sal o de estrellarnos contra la realidad. La mirada debe ser hacia delante; hacia esa edad de oro prometida. Gracias por escucharme.

(9) (Citado por Carlos Monge Alfaro, en Informe del Rector 1967-1968).

## LA CRIMINALIDAD DEL INMIGRANTE Y SU PROYECCION EN COSTA RICA

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

CONTENIDO

PRIMERA PARTE: EL PROBLEMA JURIDICO

Capítulo I: Las reglas de derecho internacional

Sección I: Reglas de derecho penal internacional

A- Conflictos de competencia

B- Problemas para el tratamiento

Sección II: Responsabilidad penal por los mecanismos de control

A- Visión de las autoridades costarricenses

B- Crítica

Sección III: Responsabilidad penal por las estadísticas

Capítulo II: Crítica sobre las corrientes doctrinarias

A- Injuria desvalorizada y distinción

B- El delito internacional

C- Mecanismo de proyección

SEGUNDA PARTE: EL PROBLEMA JURIDICO

Capítulo I: Las reglas de derecho internacional

Sección I: Reglas de derecho penal internacional

A- Conflictos de competencia

B- Problemas para el tratamiento

## INTRODUCCION

### PRIMERA PARTE: PLANEAMIENTO DEL PROBLEMA

#### Capítulo I: Corrientes doctrinarias

##### Sección I: La Teoría de los conflictos de cultura

- A- Teoría de la Asociación diferencial
- B- Teoría de la Anomia
- C- Teoría de las subculturas

##### Sección II: Teoría del interaccionismo

- A- Imagen desvalorizada y delincuencia
- B- El reflejo intencionalizante
- C- Mecanismo de proyección

#### Capítulo II: Crítica sobre las corrientes doctrinarias

##### Sección I: Realidad oculta por las estadísticas

- A- Visión de las autoridades costarricenses
- B- Crítica

##### Sección II: Realidad oculta por los mecanismos de control

- A- Exceso de representación
- B- Poder represivo

### SEGUNDA PARTE: EL PROBLEMA JURIDICO

#### Capítulo I: Las reglas de derecho internacional

##### Sección I: Reglas de derecho penal internacional

- A- Conflictos de competencia
- B- Problemas para el tratamiento

##### Sección II: Principales sistemas referidos a los conflictos de competencia en derecho penal

- A- Territorialidad de la ley penal
- B- Personalidad de la ley penal
- C- Universalidad del derecho al castigo

#### Capítulo II: La intervención y la responsabilidad del estado

##### Sección I: Exigencia de una infracción

- A- Imputabilidad
- B- Ilícitud

##### Sección II: Naturaleza de la responsabilidad

- A- Deber de prevención
- B- Deber de represión

## CONCLUSION

## BIBLIOGRAFIA

## INTRODUCCION

Los extranjeros que por muy diversas razones, unas veces por voluntad propia, otras por la fuerza, huyendo de la guerra, como ha sido el caso de muchos inmigrantes nicaragüenses y salvadoreños en los últimos años, tienen que alejarse de su país van a enfrentar una serie de problemas en el país de acogida.

Muchos de ellos, sobre todo cuando no poseen suficientes medio económicos van a engrosar en ese nuevo país el número y las estadísticas de las clases desfavorecidas. Esta situación produce una serie de inconvenientes para la subsistencia del inmigrante y de su familia, además de que su misma situación de foráneo, lo colocan al "al margen" de la ley y en la "sospecha" de los organismos represivos del estado.

El inmigrante, especialmente el centroamericano y específicamente los ciudadanos provenientes de Nicaragua y El Salvador son los que tienen mayor incidencia en las estadísticas oficiales de delincuencia en Costa Rica y hacia ellos se dirige esta investigación la cual tratará de establecer un marco teórico para tratar de comprender el pasaje al acto del inmigrante centroamericano (primera parte), debiendo cuestionarse en este estudio si las estadísticas oficiales en realidad podrían reflejar una hipótesis para establecer que el inmigrante de esos países produce un aumento en la criminalidad de Costa Rica.

Por otro lado, es interesante plantearse el problema del ilícito penal, para establecer la competencia del juez e interrogarse en cual lugar se debe seguir el respectivo proceso penal dependiendo del lugar de los hechos, del delincuente o del lugar de dónde proviene la víctima (segunda parte).

## PRIMERA PARTE: PLANEAMIENTO DEL PROBLEMA

Costa Rica se ha visto confrontada a una situación de hecho a la cual no puede escapar: hay una presencia de extranjeros, preferentemente centroamericanos, que motivados por las políticas de sus respectivos países, han inmigrado a veces en condiciones poco óptimas y se encuentran condiciones difíciles en el nuevo país. Este tipo de circunstancias provocan que dichos inmigrantes se van poco a poco marginalizados, pasando

entonces "a engrosar el ejército de desocupados y delincuentes en potencia que se distribuyen en tugurios, en los barrios bajos".<sup>(1)</sup>

A partir de esta problemática, la sociedad y el ciudadano común se van forjando la idea de que al haber tanto extranjero, se produce como consecuencia una criminalidad excesiva de parte del inmigrante y para ellos se utilizan una serie de datos estadísticos. En Francia, los estudios de Gabriel Tarde realizados en 1870 señalan que la criminalidad de los extranjeros es cinco veces más importante que la de los nacionales.<sup>(2)</sup>

En realidad no hay en estos momentos ninguna teoría específica que venga a explicar si en realidad existe alguna criminalidad del inmigrante, porque hasta el momento lo que se ha hecho es utilizar las estadísticas para tratar de comprender dicho fenómeno. Será necesario entonces analizar las diferentes posiciones que en doctrina plantean una posición que permita tratar de explicar la criminalidad del inmigrante.

## CAPITULO I: Corrientes doctrinarias

la posición causalista será analizada a través de tres teorías que establecen la etiología de lo que son los conflictos de culturas, a saber: teoría de la asociación diferencial, teoría de la anomia y la teoría de las subculturas.

### Sección I: La teoría de los conflictos de cultura

Desde una primera perspectiva entraremos a analizar la posición de Edwin Sutherland dentro de lo que se conoce como la teoría de la asociación diferencial o de los contactos diferenciales.

#### A- Teoría de la Asociación diferencial

La teoría de la asociación diferencial es importante para explicar la criminalidad del inmigrante, pues esta nos viene a señalar cómo es que las personas se inician en la vida delictiva.

- (1) Herrera Martínez Guillermo José. *La criminalidad del inmigrante*. Tesis de grado. Facultad de Derecho, 1984, y pág. 86
- (2) Delmas St. Hilaire Jean P. *Lecciones de criminología*. Curso de la Facultad de Derecho. Universidad de Bordeaux I. 1978

Hay ciertos autores que incluso consideran que esta teoría es la primera que viene a considerar el crimen como conducta normal de una sociedad, siendo ésta su causa directa.<sup>(3)</sup>

La hipótesis de partida de la teoría está en el hecho de que el comportamiento criminal es una conducta que se aprehende. Dicho comportamiento se aprehende en un proceso de interrelación o de comunicación.

"La conducta criminal es aprehendida principalmente en grupos personales íntimos, sea, en el interior de grupos formados por relaciones interpersonales".<sup>(4)</sup>

De estas relaciones o comunicación estrecha entre los grupos las personas se convierten en criminales en razón de la confrontación y evaluación de modelos sociales. El individuo se convierte en criminal cuando debido al medio ambiente que lo rodea, el modelo criminal se impone o prevalece sobre el modelo anticriminal. Esto quiere decir que este sujeto se va a desenvolver en un medio en donde lo que priva es la desviación o la conducta ilícita; lógicamente sus compañeros o vecinos son en su mayor parte, personas, de una u otra forma, al margen de la ley y acostumbrados a la vida fácil. Ante este cuadro, el sujeto va aprehendiendo poco a poco, sea de una manera consciente o inconsciente la conducta criminal.

"El proceso de aprehendizaje de la conducta criminal a través de la asociación con modelos criminales y anticriminales involucra a todos los mecanismos implicados en cualquier otro aprehendizaje".<sup>(5)</sup>

De acuerdo a lo anterior la persona candidata a delincuente pasa por un proceso de motivación, representación y canalización de actitudes. Todo va a depender entonces en última instancia del medio social con el cual tenga contacto el individuo, pues debemos partir del hecho de que en toda sociedad hay medios en donde imperan los modelos criminales y medios en donde predomina el respeto de las leyes. El criminal entonces, se puede afirmar es aquel que subsiste y organiza sus relaciones intersubjetivas dentro de grupos de personas que tiene como su máximo objetivo, la violación de la ley.

- (3) Pitch Tamar. *Teoría de la desviación social*. México. Editora Nueva Imagen J. A. Primera Edición. Traducción de Silvia Tabachnik. 1980. pág 59
- (4) Truque Morales Ana L. *La reacción social ante la desviación*. Tesis de grado. Facultad de Derecho. Universidad de Costa Rica. 1984. pág. 44
- (5) Sutherland y Cressey, citados por Pitch Tamar, *op. cit.* pág. 61

Esto lleva a considerar como lo hace Lammek, que "toda persona debe integrar, hasta un cierto grado, los modelos diferenciales de comportamiento para tener una autocomprensión (identidad) más o menos homogéneas.<sup>(6)</sup> En consecuencia, toda persona, irremediamente se relaciona con un grupo determinado, el cual irá poco a poco moldeando su comportamiento y forjando un modelo de conducta acorde para el sujeto y el medio.

En síntesis, la teoría de la asociación diferencial nos expone que un sujeto se convierte en criminal cuando en su contacto con un medio dado, éste le impone o le muestra un determinado tipo de modelo. Dependiendo del predominio del modelo, criminal o no, el sujeto tendrá que forjar y formar su vida en esas circunstancias, para convertirse así en un sujeto normal o en un sujeto criminal.

#### B- Teoría de la Anómia

"La anomia es la ausencia de reglas (de tipo legal, moral o simplemente cultural) que disciplinan la existencia de ciertos cuerpos sociales".<sup>(7)</sup>

También puede enfocarse la anomia como "...todo estado en que los medios lícitos no convienen a los objetivos del actor, así como toda la situación en que los fines definidos por la sociedad para sus miembros son desproporcionados a los medios que ella les acuerda".<sup>(8)</sup>

La anomalía implica primeramente una deficiencia de valores o de normas con respecto a un individuo o un grupo de sujetos que se ven imposibilitados de actuar en conformidad con los demás miembros de la comunidad. Ante esta perspectiva el sujeto tiene que enfrentar una especie de barrera con respecto al medio en el cual él se desarrolla, pues el individuo está desde el punto de vista de los valores aceptados, en una neta contracción con ellos. Dentro de esta situación el sujeto necesariamente debe vivir y desarrollar su actividad ante un medio que le es adverso y que difiere de sus propias creencias. Teniendo clara esta circunstancia, además se debe tomar en cuenta que la sociedad señala pautas u objetivos que deben ser cumplidos

(6) Lammek Siegfried, *Teorías de la criminalidad: una confrontación crítica*. Siglo XXI. Traducción de Irene del Carril. México. 1980. pág. 30

(7) Durkheim Emile, citado por Bergalli Roberto. *La recaída en el delito: modos de reaccionar contra ella*. Lertesa, Barcelona. 1980

(8) Chazel F. *Considérations sur la nature de l'anomie*. Revue Française de Sociologie. Paris. C.N.R.S. Vol. III. 1967. pág. 152

por todos sus miembros. Sucede entonces que no todos los componentes de la sociedad pueden fácilmente alcanzar los objetivos y fines sociales propuestos. En ese sentido, el sujeto se coloca en una situación de alejamiento (situación anómica), significado esto "una falta de integración o adaptación."<sup>(9)</sup> Al colocarse al individuo en esta posición de alejamiento, todo va a suceder a su alrededor como si él fuera extranjero a todo lo que lo rodea y lógicamente se produce necesariamente un conflicto de relación entre el sujeto y el medio. Así explicado, la persona va a vivir una sensación de presión y angustia, pues estamos en presencia de un sujeto conforme con el medio: "cualquier ser viviente no puede ser feliz si sus metas o necesidades no están en relación con sus medios"<sup>(10)</sup>.

Uno puede cuestionarse, la importancia o no de cumplir los objetivos sociales, pero esta posibilidad no es la misma para todos los sujetos. "Es la sociedad la que crea cierta jerarquía de necesidades y de metas".<sup>(11)</sup> La perspectiva de cumplir ciertos objetivos es percibida en ciertas circunstancias como condiciones de presión y esto provoca una distorsión de la realidad y un sentimiento de confusión; las personas se sienten inseguras y pueden llegar a considerar que no están haciendo lo que realmente desean. Aquí se está planteando además el problema de que se produce una pérdida de dominio del hombre sobre su situación: hay una pérdida de control sobre los deseos del hombre en la sociedad puesto que las normas y las pautas de conducta están ya previamente definidas. Esto lleva a la desintegración del orden social porque las relaciones sociales se vuelven más tensas y desembocan en conflictos entre los grupos que no se identifican. Se produce así una falta de integración entre las personas y falta de integración entre los grupos. Clinard considera que una sociedad unida y bien regulada hace disminuir tanto la corriente egoísta como la anómica.<sup>(12)</sup>

Cuando las necesidades de las personas no pueden satisfacerse con los medios de que se dispone, las personas incurren en conductas ilícitas para llegar a conseguir dichos objetivos.

La teoría de la anomia tiene muy diversas facetas y dentro de ellas es también interesante el aspecto que se puede inferir con respecto al postulado de la división del trabajo. Aquí podemos señalar que el individuo que se coloca en una situación de anomia se ve forzado a ocupar una posición laboral que no es tal vez acorde con sus expectativas. Esta circunstancia de

(9) Clinard Marshall. *Anomia y conducta desviada*. Editorial Paidós. Versión en castellano de J. J. Thomas. Buenos Aires. 1954. pág. 17.

(10) Durkheim, citado por Bergalli Roberto. op. cit. pág. 192

(11) Truque Morales Ana Lucía. op. cit. pág. 61

(12) Clinard Marshall. *Anomia y conducta desviada*. op. cit. pág. 19.

tipo laboral va desfigurando poco a poco las relaciones humanas, puesto que el trabajo es percibido como algo impuesto y no necesariamente querido, por lo menos en tales condiciones. A este se le debe unir la perspectiva de que también la obligación de ocupar cualquier trabajo los lleva a aceptar salarios bajos: "viven de salarios eventuales y generalmente de actividades ilícitas."<sup>(13)</sup>

La situación tiene además un efecto específico sobre lo que se puede denominar la desorganización de la estructura misma de la sociedad, pues la base misma tiene que soportar o confrontar el nacimiento de otra cultura: cuando una crisis social tiene como resultado el nacimiento de otra cultura, habrá un cambio dentro de la jerarquía social."<sup>(14)</sup> El nacimiento de otra cultura provoca un conflicto, en el cual se va a formar una fricción, pues cada grupo tratará por todos los medios de imponer sus propias normas y costumbres. Esto da la imagen global de una serie de pequeñas repúblicas dentro de un mismo país. Hay pues, una falta de integración entre las diversas estructuras, ya que la contradicción entre la estructura social y la cultural es lo que provoca la situación de anomia.

En ese sentido conviene establecer que cuando no hay integración, esto produce una persona desadaptada: todo aquel que se desvía es debido a que ha internalizado mal las normas y ello provoca que haya una socialización imperfecta.<sup>(15)</sup> Lógicamente las normas propias del individuo se han ido formando en un ambiente hostil y contrario a las normas de la sociedad, por lo que se puede afirmar que su socialización o integración no es la correcta o adecuada al contexto global.

### C- Teoría de las subculturas

"Una subcultura implica la existencia de juicios valorativos o un sistema de valores sociales, apartado de un sistema central de labores más amplios."<sup>(16)</sup>

Toda subcultura viene a significar que dentro de cada sociedad, no todos sus integrantes comparten la misma opinión o tienen la misma escala de valores. Esto es así en razón de que las condiciones sociales producen una serie de trastornos individuales y de grupo que provocan que unas personas vivan en condiciones diferentes a otras. Lógicamente, las perspectivas de subsistencia, al ser diversas, van creando diversos núcleos y diversos valores: los valores de la subcultura se alejan de la cultura dominante

(13) Herrera Martínez Guillermo J. op. cit. pág. 86

(14) Truque Morales Ana L. op. cit. pág. 62

(15) Parsons Talcott, citado por Bergalli Roberto. op. cit. pág. 205

(16) Bergalli Roberto. op. cit. pág. 207

impidiendo que se de una integración total, acusando así, ocasionalmente conflictos abiertos o encubiertos. La existencia de valores dentro de la subcultura da lugar a su aprendizaje, adopción y difusión por los partícipes de esa subcultura; tales valores pueden diferir en cantidad como en calidad de aquellos de la cultura dominante.<sup>(17)</sup>

Cuando se produce un alejamiento entre las culturas, el choque y la fricción es inevitable, produciéndose como consecuencia inmediata, el problema de la reivindicación. Cada clase tratará de reivindicar sus propios valores, los cuales parecen los más adecuados a una determinada situación. Cuando esta lucha se enfrenta con la necesidad, los sujetos así presionados, buscan los medios ilícitos para salir adelante. Esta necesidad social hay que considerarla como un proceso lento, en el cual lo ilícito se va apoderando poco a poco de la mente del sujeto que pertenece a una determinada subcultura, hasta llegar posteriormente a la aceptación de la vida fácil y fuera de la ley: "sus primeros contactos sociales comienzan un largo proceso vital de coordinación durante el cual, él absorbe y adopta ideas que le son transmitidas formal e informalmente mediante la instrucción o los preceptos. Estas ideas corporizan significados atribuidos a costumbres, carencias y a sus propias relaciones con congéneres e instituciones sociales."<sup>(18)</sup>

El conflicto entre el sistema social y la subcultura tiene una determinada frontera o un límite específico, el cual está basado en el nivel de tolerancia. Hay casos entonces en los cuales, los valores de la subcultura se interrelacionan con la cultura dominante, pero ello no provoca ninguna fricción. El choque se produce precisamente cuando los sujetos pertenecientes a una subcultura violan o provocan un trastorno de los valores sociales más preciados que son objeto de una tutela muy especial: la tutela jurídica.

### Sección II: Teoría del interaccionismo

El análisis de la delincuencia se basa también en un fenómeno de reacción social, actitud que se proyecta como un rechazo frente al delincuente. En ese sentido se debe analizar como se produce esta circunstancia de rechazo, primeramente a partir de lo que se llama la imagen desvalorizada y la delincuencia.

#### A- Imagen desvalorizada y delincuencia

De acuerdo a esta posición, el comportamiento individual estaría determinado por la imagen que uno se hace de sí mismo. Esta imagen

(17) Ibid.

(18) Sellin Thorsten, citado por Bergalli R. pág. 207

constituye o forma un retrato del sujeto, al cual la persona tratará de ser fiel. El retrato en cuestión lógicamente se va formando por medio de un proceso de interacción que se inicia una vez que el individuo empieza a tener con el medio social. Conforme el sujeto va adquiriendo conciencia de pertenecer al grupo social, el individuo se ve otorgado una cierta imagen social, que es la imagen que la persona piensa que los otros tienen de él. Esto significa entonces que las demás personas juegan el papel de un espejo, en sentido de que la imagen es creada o formada por los demás. Dentro de esta perspectiva, todo va a suceder como si la persona se comportara siempre, tratando de justificar o de ratificar la imagen que los demás tienen de él.

La imagen desvalorizada tiene orígenes, tanto dentro del grupo familiar, como a nivel de la sociedad global.

#### 1. A nivel del grupo familiar:

La imagen desvalorizada a nivel del grupo familiar fue estudiada entre otros por Noel Mailloux en Francia. Dentro de esta posición adquiere singular importancia el papel decisivo que juegan los padres y la escuela para explicar el comportamiento del niño. Una imagen desvalorizada lleva consigo el riesgo de crear un niño inadaptado, porque el niño es una persona que necesita de mucho estímulo y si más bien se produce lo contrario terminará por desilusionarse poco a poco, no quedándole más que aceptar el retrato desvalorizante. En esta situación, el niño no tiene escapatoria y la única perspectiva que le queda es conformarse con la imagen que los demás le han dado y que los demás esperan de él: "en razón de una identificación negativa precoz, el joven delincuente que nos llega es incapaz de diferenciar su ser de su accionar. Las aberraciones de su comportamiento, son percibidas por él como deficiencias de su naturaleza".<sup>(19)</sup>

Esta identificación negativa precoz es entonces totalmente nociva para la formación de la personalidad del niño, el cual va a ir creciendo y desarrollando sus actividades con una imagen desvalorizante. Todo esto proviene de dos medios que son vitales para comprender la conducta del menor: el medio familiar y el medio escolar.

Con respecto al medio familiar, la imagen negativa puede irse formando por medio de las llamadas de atención de los padres sin sentido y sin fundamento, que le pasan diciendo al menor que él no sirva para nada y que es un perdido. Debido a tal actitud, la comunicación entre padres e hijos se va deteriorando poco a poco, en una ruptura de difícil comprensión; la

actitud del menor es de rechazo y confusión: no se comprende cómo los seres que lo crearon le asignen una determinada imagen denigrante.

Con respecto al medio escolar se produce una inadaptación, resultante de la falta de integración del joven a un doble sistema normativo, por un lado, al sistema de instituciones escolares que es dirigido por adultos y por otro lado, inadaptación al conjunto de reglas implícitas al grupo escolar.<sup>(20)</sup>

Aquí se presenta una especie de repetición de imágenes desvalorizantes para el menor, pues el medio escolar viene a ser la prolongación de lo que sucede a nivel familiar: cuando el menor llega a la escuela por primera vez éste viene profundamente marcado por la reprobación de la cual él ha sido víctima en el medio familiar.<sup>(21)</sup>

Esta continuidad con respecto a la desvalorización produce lógicamente falta de interés y desilusión que termina por provocar un desánimo en la actitud del menor:

"Acostumbrados a escuchar que no saben hacer nada, él no tratará de aprehender al igual que los demás. Muy pronto, sus fracasos continuos lo clasificarán dentro de los malos alumnos".<sup>(22)</sup>

En esta etapa es cuando hay que tener mucho cuidado desde el punto de vista pedagógico, pues de la actitud que asuma el maestro dependerá en mucho la confirmación o no de la imagen negativa. A este estado escolar adquiere entonces singular importancia la reacción institucional, como preámbulo de la posible reacción social a un nivel general. El problema se presentará cuando haya alguna "diablura" escolar y se trate de señalar siempre con el dedo a ese menor con problemas:

"Cuando haya problemas siempre se pensará en él. Con un poco de paciencia, se le relegará a la última fila en compañía de aquellos a los cuales no se puede corregir, porque se les ha etiquetado de una vez por todas, como sujetos incorregibles y futuros pillos en potencia".<sup>(23)</sup>

La imagen desvalorizante con respecto del menor tiene el gran efecto nocivo de que la persona adquiere la certeza de que la situación es irreversible y ello provoca una especie de conformismo:

"Todo el tiempo que el joven delincuente perciba la imagen desventajosa que él tiene de sí mismo y que le es mostrada a sus ojos sin cesar, él seguirá conformándose".<sup>(24)</sup>

(20) En este sentido Gadea Nieto Daniel. *La delincuencia juvenil: un problema de inadaptación*. Revista de Ciencias Jurídicas. No. 49. Enero-abril. pág. 34

(21) Mailloux Noe. op. cit. pág. 87

(22) Ibid.

(23) Ibid.

(24) Ibid. pág. 195

(19) Mailloux Noel. *Jeunes sans dialogue*. Editions Fleurs. Paris. 1971. pág. 97

## 2. A nivel de la sociedad global

La sociedad es responsable en gran parte en la formación o deformación de conductas a partir del juzgamiento que se hace de la conducta de los demás, produciendo una determinada imagen. Esta imagen viene a constituir una presión social a la cual es difícil de sustraerse.

El sujeto se crea una imagen de acuerdo a la presión social, que cuando funciona en este sentido, tiende a la desvalorización. Con ello la sociedad provoca un sentimiento de hostilidad y de rechazo, lo cual tiene el riesgo de provocar un comportamiento desviado.

“Es el público, sea las personas las que determinan si una conducta merece o no ser etiquetada de desviada y es la opinión general la que exige un control social, una sanción hacia aquellos que consideran desviados”.<sup>(25)</sup>

El individuo entonces es presionado a vivir en conflicto con el medio lo cual provoca una serie de sentimientos de muy diversa índole:

“Ellos se sienten poco a poco como extraños dentro de un mundo al cual ellos quisieran pertenecer, pero que no concede su consideración a aquellos que no tienen suceso”.<sup>(26)</sup>

Pareciera en este sentido que el éxito o el fracaso del sujeto en sociedad es atribuido por la percepción que la sociedad se hace del individuo. Esta atribución de éxito o fracaso provocan sentimientos de alegría o fracaso según las oportunidades que tenga cada sujeto de hacerse notar. Cuando las posibilidades son escasas o inexistentes, esto va fomentando un desprecio en la persona hacia sí misma y una sensación de culpabilidad. Desprecio por el hecho de convivir con una imagen desvalorizada, con una máscara impuesta sin posibilidad de rectificación: “es la convicción prácticamente irremediable de que su condición es definitiva e irreversible”.<sup>(27)</sup>

Se presenta además el sentimiento de culpabilidad por medio de una proyección social que es producto de una especie de deformación de la realidad; se produce una sospecha, con o sin razón, de la posición de ciertos individuos dentro de la comunidad:

“Destinados a vivir al margen de la sociedad, sólo pueden frecuentar a aquellos que se les asemejan”.<sup>(28)</sup>

Toda esta interacción provoca un fenómeno de estigmatización que trae como consecuencia una serie de aspectos. Primeramente el individuo se coloca en una situación de incertidumbre absoluta con respecto a la definición de su persona.

En segundo lugar no sólo estamos en presencia de un problema individual, sino también está intrínseca toda una circunstancia compleja de explicar, en la cual se produce una relación estrecha entre la imagen del sujeto en sí misma y su proyección social. Tal vez la definición de sí mismo que tiene que hacer el individuo no es de tipo negativo, pero como la persona no vive aislada, tiene que sujetarse a la percepción social, o sea al juzgamiento de los demás.

“Los criterios que la sociedad le ha hecho interiorizar son por lo demás instrumentos que lo vuelven íntimamente sensible a lo que los demás ven como su deficiencia y que inevitablemente lo conducen, aunque sea sólo por instantes, a admitir que en efecto él no se encuentra a la altura de lo que él debiera ser. De tal forma, surge la vergüenza en el centro de posibilidades del individuo, que percibe sus propios atributos como una cosa maligna a poseer, una cosa que él bien quisiera no tener”.<sup>(29)</sup>

El sujeto se siente totalmente inferior a los demás. Por una reacción lógica o natural, el individuo asume una posición de antagonismo hacia los demás que lo lleva inevitablemente a tratar de evitar hablar con la gente.

Puede afirmarse en ese sentido que se produce así una ruptura entre el sujeto y el medio quien lo exila irremediamente: “Ninguna mujer respetable lo aceptaría como marido, ningún patrón consentiría en ofrecerle trabajo, ningún vecino se privaría de mostrarle su reprobación y desprecio”.<sup>(30)</sup>

Viviendo este tipo de circunstancias tan difíciles se debe llegar a concluir que una persona en esas condiciones se sentirá presionado, perseguido y con un profundo sentimiento de venganza; venganza, en el sentido de reivindicación de todo aquello que la sociedad le ha negado. Por eso, en un tal contexto, es sumamente difícil de forjar una identidad definida, una identidad dirigida y encausada hacia la respetabilidad social, hacia la utilidad que la misma comunidad espera de cada uno de sus ciudadanos. En este tipo de vivencia es lógico que el sujeto viva confundido y angustiado, ya que debe constantemente vigilar su actuación a nivel social.

“De pronto desamparado, él tiene la impresión de ser juguete de fuerzas extrañas a él mismo y esto lo lleva a establecer gestos que su razón rechaza”.<sup>(31)</sup>

(25) Erikson kai T. *Notas sobre la sociología de la desviación: problemas, su teoría y método*. Recopilación de Rosa del Olmo. Venezuela. 1974. pág. 41

(26) Mailloux Noe. op. cit. pág. 38

(27) Ibid. pág. 157

(28) Ibid. pág. 40

(29) Goffman Erving. *Stigmate*. Editions de Minuit. París. 1975. pág. 17 y 18

(30) Mailloux Noel. op. cit. pág. 41

(31) Ibid. pág. 51

Estamos en presencia pues de un individuo que no se siente a gusto consigo mismo pues las actitudes que debe asumir no son propias de su personalidad sino que le son impuestas por la sociedad. Cada gesto, cada paso, cada pose será controlada y objeto de análisis de parte del conglomerado social.

“A su manera de ver, el yo se confunde con su accionar y se encuentra necesariamente valorizado o desvalorizado por éste. Consciente de sus numerosos fracasos él se percibirá como la encarnación misma de la maldad o como malhechor por naturaleza.”<sup>(32)</sup>

El problema trasciende en el individuo entonces más allá del mero impacto social, pues la imagen desvalorizante golpea la parte interna del ser y le crea prácticamente una convicción negativa. Dicha condición tiende a crear en el sujeto el pensamiento de que su conducta desviada es algo sujeto el pensamiento de que su conducta desviada es algo innato y que no se puede corregir. Esto forma una especie de círculo vicioso, en el sentido de que la imagen desvalorizada se refuerza desde todos los ángulos, porque la sociedad constantemente rechaza a este individuo marginal y porque el círculo de amigos o vecino (también sujetos rechazados) tienden a consolidar y a aceptar lo imagen impuesta.

#### B. El reflejo intencionalizante

Esta situación se va a producir durante la vida para todos aquellos sujetos que por motivos muy diversos se sienten presionados, creándose de esta forma sensaciones de malestar hacia los demás, sensaciones de irritación en el contacto con las personas y creencias o temores infundados.

Cuando el individuo percibe cualquier tipo de molestia producto de la vida diaria, puede considerar que detrás de ello hay alguna voluntad que ha actuado en su contra provocando el acontecimiento y esto lo coloca en situación de legítima defensa.

El reflejo intencionalizante deforma la idea que se puede tener de los demás, ya que trae como consecuencia el hecho de reducir la voluntad de los demás, en una voluntad siempre amenazadora.

Para Ethienne de Greef, el instinto de defensa conduce a rechazar al otro.<sup>(33)</sup> Este instinto, combinado con el reflejo intencionalizante, conduce a una reducción de los demás, en un sentimiento desvalorizante (toda la riqueza de su personalidad desaparece ante este sentimiento desvalorizante).

(32) Ibid. pág. 141

(33) Delmas. St. Hilaire. op. cit.

#### C. Mecanismo de la proyección

“La proyección consiste en desplazar en los demás la responsabilidad de sus propios fracasos”.<sup>(34)</sup>

En el campo criminológico, Shoham desarrolló la teoría de la estigmatización, mostrando como la proyección puede conducir a los sujetos a concebir a los demás como una imagen desvalorizada.

La estigmatización permite al sentimiento de culpabilidad del individuo de expresarse de una manera simbólica, ya que mediante ésta, se atribuyen a los demás sentimientos que están dentro del ser de cada sujeto.

La proyección es un mecanismo de seguridad que tiene el ser humano de auto-defensa, esto porque, la culpabilidad que el individuo siente dentro de sí, la proyecta hacia los demás.

Combinada la proyección con el reflejo intencionalizante esto trae como consecuencia la construcción de una imagen negativa de los demás. Esos “otros” serán etiquetados, excluidos y marginados, siendo apartados como una minoría indeseable. La creación de esta “minoría” contribuye a reforzar el grupo social y su cohesión, lo cual provoca una especie de solidaridad dentro del conglomerado (hay una especie de necesidad de que exista esta minoría para sentirse diferente de los demás). Lo anterior produce una colectividad más coherente la cual se opone a una minoría que es vista como algo detestable y como un anti-modelo.

Todas las corrientes doctrinarias explicadas líneas atrás, nos muestran la imagen desvalorizada que se aplica al inmigrante. Esto viene a provocar que el inmigrante más que cualquier otro sujeto corre el riesgo de encontrarse marginalizado (claro que pensamos en aquel inmigrante que sale en situación difícil de su país y que no tiene medios de subsistencia y viene a ver cómo vive).

En toda sociedad, el inmigrante se verá confrontado a mecanismos de rechazo, los cuales se refuerzan en contra de éste. La imagen social del inmigrante es todavía más desvalorizada que la del sujeto que vive en su propio país. Ahí más que cualquier otro, puede el inmigrante caer en la delincuencia.

Para poder detectar el verdadero impacto que la criminalidad del inmigrante puede causar en un país como Costa Rica, es necesario analizar la realidad estadística y la realidad que se plantea desde un punto de vista jurídico, haciendo lógicamente un análisis crítico sobre las corrientes doctrinarias expuestas.

(34) Bouzat et Pinatel. *Traité de Droit Penal et Criminologie*. Dalloz. 1975. París. pág. 496

## CAPITULO II: Crítica sobre las corrientes doctrinarias

La crítica más importante que se establece sobre las teorías sobre las cuales se sienta la criminalidad de los inmigrantes se refiere al hecho de que esta criminalidad no es acorde con la realidad, la cual está influenciada en el caso del inmigrante por los datos estadísticos y por los mecanismos de control social.

### Sección I: Realidad ocultada por las estadísticas:

#### A. Visión de las autoridades costarricenses:

El Departamento de Estadística del Ministerio de Seguridad Pública, a pedido del señor Viceministro de ese entonces, coronel Rogelio Castro Pinto, realizó una investigación para determinar el impacto causado por los inmigrantes en materia de seguridad pública en abril de 1987.

De los estudios realizados se muestra una presencia bastante importante de extranjeros, ocupando el primer lugar los nicaragüenses con un 70.93% de los refugiados registrados hasta el año 1986; en segundo lugar los salvadoreños con un 19.97% y luego los cubanos con 8.13%.

Para reforzar los datos comentados, según el censo de Población de 1984, se establece que en Costa Rica vivían para tal época más de 61.000 extranjeros y de ellos unos 30.000 en carácter de refugiados.<sup>(35)</sup> De esa cantidad última citada el 70% equivalente a 20.416 habitantes son de origen nicaragüense.

Hay que hacer notar que estas cifras pueden ser más grandes, si se tiene presente la gran cantidad de indocumentados que subsisten en el país y que para algunos investigadores puede alcanzar a los 100.000.

Caracterizando a los refugiados que viven en nuestro país, tenemos que el 60.4% son hombres y el 39.6% mujeres. El 79.9% de la población tiene menos de 40 años y el intervalo de edad que alcanza la mayor frecuencia se encuentra entre los 20 y 29 años. Por otro lado predomina la población adulta con un 60.0%, siguiéndole la población joven con un 20% y la población mayor de los 60 años con un 19.4%.<sup>(36)</sup>

El 50% de los refugiados son asalariados y más de 45% tienen empleos ocasionales; el 60% tiene ingresos menores de los \$15.000 y de los que trabajan el 80% no reciben ningún beneficio social de sus patrones.

(35) Censo de Población de 1984. Dirección General de Estadística y Censo.

(36) Estudio y control de Refugiados. Digepare. 1986

Dentro de las ocupaciones que predominan están los obreros y operarios (construcción y calzado).

Teniendo en cuenta todos los datos aportados, las autoridades de Seguridad Pública consideran que los refugiados representan un peligro potencial, ya que a su criterio la mayoría no es gente preparada, predomina la población adulta y joven y otros trabajan ilegalmente en una especie de competencia desleal con los costarricenses que se ven desplazados, ya que el patrono prefiere contratar a extranjeros a los que no tiene que asegurar, ni brindarle ningún tipo de beneficio social.

Lo anterior ha llevado a las autoridades de Seguridad Pública a plantear la hipótesis de que la oleada migratoria de extranjeros, haya provocado que su participación en la delincuencia común haya alcanzado la proporción de un 3% y esto lo sustentan en el hecho de que en el año 1982, de cada 100 detenciones, tres eran de extranjeros. De 1980 a 1985 el Ministerio de Seguridad Pública detuvo en Costa Rica 4,596 extranjeros, para un promedio de 920 detenidos anualmente, sin contar las detenciones realizadas por el Organismo de Investigación Judicial y la Guardia de Asistencia Rural.

Según nuestras autoridades la presencia del inmigrante ha producido aumentos tanto en la cantidad como en la calidad de la delincuencia, pues ésta se hace cada día más violenta y se cita el asesinato de 7 mujeres en Alajuelita, el homicidio cometido contra Maritza Avendaño Rodríguez en Purral, la muerte de un gerente de finca bananera en el Atlántico, etc.

#### B. Crítica

De acuerdo al análisis hecho por autoridades costarricenses, específicamente el estudio realizado por el Ministerio de Seguridad Pública<sup>(37)</sup> se establecen una serie de variables erróneas y se manejan conceptos equivocados, lo cual provoca evidentemente conclusiones que tienden a inflar el problema del extranjero con respecto a su actividad supuestamente delictiva.

Se dice por ejemplo en el análisis supracitado que los delitos en que se ven más frecuentemente mezclados los extranjeros con "los casos de sospechas", los cuales alcanzan un 26.1% del total de las detenciones.

Todas estas situaciones nos permiten establecer que hay una realidad oculta por datos estadísticos que son erróneos, porque están incluyendo como ilegales, conductas meramente sospechosas que no necesariamente van a finalizar en vía jurisdiccional con una condenatoria penal.

(37) Ministerio de Seguridad Pública. *Impacto causado en Costa Rica por los conflictos internos de Nicaragua*. Documento del Departamento de Estadística. San José. 1987. pág. 6

## Sección II—Realidad oculta por los mecanismos de control

### A— Exceso de representación

La situación que debe quedar aquí planteada es que no hay tanto exceso de criminalidad de parte del extranjero, sino más bien un exceso en la representación de los inmigrantes dentro de lo que es la criminalidad aparente o la criminalidad legal.

Esto es producto de que los mecanismos de selección que funcionan en la práctica (mecanismos represivos: policía judicial, administrativa, justicia penal) juegan un papel determinante en contra de los delincuentes de los extranjeros y esto trae como consecuencia que ésta sea más visible que la delincuencia del nacional.

Además, el poder represivo y normativo establecen normas y actitudes que se van a aplicar sólo respecto de los extranjeros.

La delincuencia oculta o ignorada (dark number) está menos presente en esta categoría de sujetos, puesto que la represión está mucho más pendiente de ellos.

### B— Poder represivo:

El poder de represión es dirigido sin miramientos hacia el extranjero, pues hay una especie de tendencia a percibir el problema del inmigrante como algo que produce una situación de saturación, “situación que resulta fácil de entender si tenemos presente la gran cantidad de extranjeros que perduran en nuestro país”.<sup>(38)</sup>

Lógicamente la policía va a ser menos tolerante con respecto a los extranjeros: “algunos aunque documentados no tienen trabajo por su situación y si se le localiza deambulando se procede a detenerlo para investigarlo”.<sup>(39)</sup>

A nivel del proceso penal, el extranjero tiene mucho más problemas que los nacionales por ejemplo para que se le conceda una excarcelación juratoria y si ésta se concede mediante garantía real o personal, lógicamente el extranjero tiene mayores dificultades para conseguir posibles fiadores.

A nivel del sistema penitenciario, también el extranjero está en desventaja, puesto que las medidas de confianza son menos frecuentes para ellos.

(38) Ministerio de Seguridad Pública. op. cit. pág. 6

(39) Ibid

Podemos decir en síntesis que hay un exceso de representación en la criminalidad del inmigrante porque los mecanismos represivos juegan contra ellos y han “falseado” la realidad.

Hay pues un problema social donde se presenta un desplazamiento de energía en contra de ciertos sectores, los cuales se ven cada vez más presionados, más marginalizados y cientos de extranjeros encarnan o representan intereses opuestos, muchas veces inconciliables con los del resto de la sociedad.

## SEGUNDA PARTE: EL PROBLEMA JURIDICO

A nivel jurídico y doctrinario se puede establecer la disyuntiva con respecto a qué tipo de ley sería más conveniente aplicar al extranjero: la del país de origen, la del país de acogida o aquella que protege la víctima.

### Capítulo I: Reglas de derecho internacional

Estas reglas están destinadas a resolver los conflictos de competencia entre los diversos países. Forman parte del derecho internacional, pero tienen una pretensión internacional.

### Sección I: Reglas de derecho penal internacional

Este tipo de reglas permitirían sancionar a una persona en caso solamente de que exista una solidaridad penal internacional. Estas normas están contenidas en los diferentes convenios entre las naciones y pretenden un ámbito de aplicación para toda la comunidad internacional.

Si se acepta la existencia de un derecho penal internacional, esto puede provocar conflictos referidos tanto a los problemas de competencia jurisdiccional, como en el ámbito penitenciario, en lo referente a la situación del tratamiento del delincuente extranjero.

### A— Conflictos de competencia:

En materia de criminalidad de inmigrantes, la doctrina se cuestiona el caso de un extranjero que comete una infracción en otro país, ante la interrogante de cuál es la ley que se debe aplicar: la ley del extranjero, la ley nacional o la de la víctima.

El artículo 4 del Código Penal Costarricense establece que la ley penal costarricense se aplicará a quien cometa un hecho punible en el territorio de la República, salvo las excepciones establecidas en los tratados, convenios y reglas internacionales aceptados por Costa Rica.

Se presenta pues en doctrina la problemática de si es adecuado que una persona de un país extranjero, al cometer un hecho delictuoso, deba ser juzgado, mediante todo un procedimiento y una normativa sustancial, ajenas a su realidad vivencial.

#### B- Problemas para el tratamiento:

Es problemática se va a referir al problema que presentan los extranjeros para los sistemas penitenciarios de los diferentes países. Se debe tratar al inmigrante de la misma forma que al nacional, esa es la interrogante.

A ese respecto, en Febrero de 1980, el Departamento de Prisiones de Hong Kong albergó la Primera Conferencia de Administradores de los Centros Correccionales de Asia y el Pacífico, reunión donde se trató el problema de los refugiados e inmigrantes ilegales.<sup>(40)</sup> Se determinó que debía establecerse un cambio en la política penitenciaria respecto de los inmigrantes, lo cual trajo como consecuencia la decisión de no aplicarles ningún tipo de tratamiento sino que fueran simplemente mantenidos bajo custodia en la cárcel antes de ser repatriados. Además se colaboró de lleno con las actividades de Inmigración para solucionar en forma expedita estos casos.

Asimismo, las prisiones de Hong Kong, tuvieron a su vez que ser reorganizadas para albergar a los inmigrantes detenidos. Por ejemplo, la prisión de "Chinawau", en su parte superior cumple un rol de prisión, mientras que en la parte inferior sirve para dar cabida a inmigrantes ilegales.<sup>(41)</sup>

#### 1. Tratamiento desfavorable al extranjero

En la antigüedad los extranjeros eran tratados de una manera más desfavorable que los nacionales. En ese sentido, en Grecia, la ley de Dracon y Solón, establecía infracciones más severas para los extranjeros.

En el período primitivo romano, la ley también era más severa para el extranjero, quien además era considerado como un "incapaz", es decir, considerado como una persona inhábil para ejercer la justicia.

Durante la Edad Media, en el norte de Italia, las penas se duplicaban a su vez para el caso de los extranjeros.

(40) Summary of the Work of the Prisons. Department by the Commissioner of Prisons T.G. Jarner. Hong Kong. 1980. pág. 1.

(41) Ibid

#### 2. Tratamiento equitativo para el extranjero:

En el Egipto de los faraones había un tratamiento equitativo, tanto para los nacionales, como para los extranjeros, pues ambos poseían más o menos las mismas posibilidades ante la justicia.

En Palestina, la ley de Moisés, era la misma para nacionales y extranjeros.

La ley romana, estableció en el momento del pretor peregrino, que éste podía asumir la defensa de los inmigrantes.

#### 3. Tratamiento preferencial para el extranjero:

Aquí se pregona la aplicación de un tratamiento favorable para el extranjero por muy diversos motivos, los cuales toman en cuenta factores como la ignorancia de la ley del lugar de comisión de la infracción.

En Italia, el estatuto de Bolonia contemplaba en caso de robo, la posibilidad de que el extranjero fuera tratado de manera menos severa que el nacional.

En el norte de Italia, a su vez, se hacía una distinción entre la infracción "per se illicita", a la cual todos debían responder, tanto nacionales como extranjeros, pero también se establecían las llamadas infracciones a los reglamentos locales que eran aplicables únicamente a los nacionales, puesto que sólo ellos los conocían.

Otro aspecto que propugna por un tratamiento preferencial al extranjero se refiere a la llamada "parálisis" de la defensa del extranjero. Ya Platón había enunciado a ese respecto que el extranjero era un sujeto aislado y que estaba en condiciones de inferioridad para defenderse.

En el siglo XVII, Ayrault, enunció que el extranjero era una persona sola que ameritaba misericordia.

También se pregonó en favor del extranjero el hecho de que este último tiene menos obligaciones que los nacionales, por lo que sus delitos son de menor grado que los de aquellos.

Por último se establece en favor del extranjero el concepto de la relatividad de la ley penal. A tal respecto se señala que cada país establece sus leyes influenciadas por aspectos muy variables, por lo que el concepto de una ley universal no existe. La ley hecha para un determinado país no se puede aplicar en otro. Por estas razones, se dice, que cuando se juzga a un extranjero, habría que interrogarse si esa misma infracción es delito en su país. De tal manera, en materia criminal, se debe tomar en cuenta la relatividad de la ley penal.

## Sección II: Principales sistemas referidos a los conflictos de competencia en derecho penal.

Los principales sistemas que se refieren a los conflictos de competencia en el derecho penal son de tres clases: la territorialidad de la ley penal, la personalidad de la ley penal y la universalidad del derecho al castigo.

### A. Territorialidad de la ley penal

La territorialidad de la ley penal se refiere a la territorialidad de la represión (*lex loci delicti*), siendo competente el juez donde la infracción fue cometida (*judex forum delicti*). Esto significa que todos los individuos cualquiera que sea su nacionalidad o la de la víctima si han cometido una infracción sobre el territorio del estado donde esa ley está vigente, entran en la jurisdicción represiva de dicho estado; asimismo no se aplicará dicha ley fuera de ese mismo territorio.<sup>(42)</sup>

El fundamento de este principio tiene razones de orden represivo, de procedimiento y razones de orden internacional.

#### 1. Razones de orden represivo:

Se considera que la infracción es un factor de desorden en el lugar de comisión de los hechos y provoca una reacción social. Conviene entonces que el delito sea juzgado lo más cerca posible del lugar de comisión de la infracción: "es ahí donde se ha ocasionado un problema y es ahí donde la emoción pública debe ser apaciguada".<sup>(43)</sup>

Se considera además que el culpable conoce, o se presume que debe conocer la ley del país en donde actúa; por ello, no existe sorpresa si se le aplica esta ley, en vez de su ley nacional que más bien podría ignorar.

#### 2. Razones de procedimiento:

El juez tanto de instrucción como de juicio, conocen perfectamente la ley nacional y por lo general ignoran las leyes represivas extranjeras. Por ello el procedimiento penal se ve facilitado si este se produce en el territorio

(42) Merle Roger y Vitu André. *Traité de Droit Criminel. Problemes generaux de la Science Criminelle. Droit Penal General.* Editions Lujas. París. 1978. pág. 356

(43) Ibid.

de comisión de la infracción: todas las diligencias y actuaciones, así como la búsqueda de rastros e indicios, deben realizarse necesariamente en el lugar de los hechos.

En base al principio de inmediación de la prueba, el juez podrá tener un contacto directo con los hechos y con los testigos, así como con los protagonistas del proceso. Además hay facilidad para el juez de inspeccionar el lugar de los hechos y ello evita gastos costosos por traslados lejanos.

Hay por último una razón de orden inquisitiva. El proceso penal es dentro de una de sus fases –la de instrucción– netamente inquisitorio, lo cual establece la necesidad de actuación en la investigación preliminar del juez del lugar donde se cometió el supuesto hecho delictuoso. Desde un punto de vista técnico procesal, al ser una autoridad pública la que acusa –Ministerio Público– es ella la que debe plantear el ejercicio de la acción.

#### 3. Razones de orden internacional:

A este respecto se considera que el estado debe asumir por su cuenta el establecimiento del orden dentro de sus fronteras. El estado se debe abstener de intervenir en los asuntos internos de otros países.

Las infracciones cometidas fuera del territorio nacional no deben interesar al estado, puesto que él no es parte.

### B. Personalidad de la ley penal

De acuerdo a este criterio, la ley penal está ligada a la persona de tal manera que ésta disposición legal sigue al sujeto a donde quiera que vaya. Aquí no se va a tomar en cuenta el lugar de comisión de la infracción.

#### 1. Fundamentos de orden procesal:

Dentro de los fundamentos de esta posición se hace referencia a fundamentos o imperativos de orden procesal, para señalar, que en caso de infracción penal, debe dársele competencia al juez del imputado. De esta forma, no habrá sentimientos de venganza y con ello se logra una mejor aplicación de la justicia.

Aquí se toma en cuenta el interés del estado de la persona acusada; se dice, de acuerdo a esta tesis, que todo estado debe intervenir, cuando alguno de sus nacionales es procesado en el extranjero.

## 2. Imperativos de protección de los intereses nacionales:

La ley se debe aplicar a las personas haciendo la distinción de acuerdo al delincuente –personalidad activa de la ley penal –o dependiendo de la víctima misma –personalidad pasiva.

La personalidad activa de la ley penal enuncia el hecho de que todo ciudadano encarna a su país y va a dar una cierta imagen de él. Ahora, si este ciudadano comete un delito en el extranjero, el estado de dónde él pertenece, debe intervenir, cualquiera que sea el lugar de comisión de la infracción, con el objeto de imponer una imagen favorable (interest republicae habere bonus subditos: interés del estado de tener buenos ciudadanos).

La personalidad pasiva de la ley penal tiene como su objetivo a la víctima del delito y establece como juez competente en caso de delito, al lugar nacional del damnificado u ofendido.<sup>(44)</sup>

Se establece de acuerdo a este criterio que si una persona es víctima de una infracción, es competencia de las autoridades de su país para intervenir. El estado debe proteger a todos aquellos sujetos que sufren, es decir, a aquellos que son víctimas de infracciones penales. Además, cuando se produce el fenómeno de la victimización, los intereses del estado son vulnerados y por lo tanto, dicho estado debe ser parte en el respectivo proceso penal.

### C. Universalidad del derecho al castigo:

Se establece el principio de que todos los tribunales represivos tienen competencia para conocer de crímenes cometidos por las personas, sin importar el lugar de comisión de los hechos, ni la nacionalidad.

El estado que va a ejercer la competencia interviene a defecto del otro estado, para evitar una impunidad del crimen lo cual sería un escándalo.

La competencia, de acuerdo a esta posición sería subsidiaria, pues ésta no sería ejercida que en defecto de la no intervención del otro juez. Esto funciona solamente para el caso del juez que tiene a su disposición al acusado.

Este tipo de concepción conduce a concebir que el juez competente es aquel del lugar del arresto (judex forum de prehensionis).

(44) Donnedieu de Vabres. *Le système de la personnalité passive ou de la protection des nationaux*. R.I.D.F. París. 1950. págs 511 y sig.

## 1. Competencia del juez del lugar de la detención:

La competencia como primer fundamento estaría ligada al escándalo que provocaría la delincuencia impune. A donde quiera que vaya el infractor, en cualquier lugar debe juzgado. La presencia del delincuente en un determinado territorio justifica la actuación del juez de este territorio y sobre todo su intervención. El delincuente soporta sobre sí un cierto peligro por el sólo hecho de haber cometido un crimen.

## 2. Competencia fundada en la lesión de intereses comunes:

La competencia universal se funda en segundo lugar el hecho de que el crimen produce una lesión a los intereses comunes a toda la humanidad.

Ciertos crímenes causan un problema universal y por ello, todos los hombres y todos los estados son interesados y solidarios a la represión del delito. Las infracciones lesionan muchas veces valores morales y por lo tanto, todas las naciones son competentes, independientemente del lugar de comisión o de la nacionalidad.

## 3. Competencia fundada sobre la justicia universal:

Todo estado debe cumplir un determinado ideal de justicia. De parte de la idea de que existe una ley superior que señala que todo crimen debe ser objeto de castigo.

Se considera que todo crimen es una ofensa a la humanidad, por lo que el estado en dónde es detenido el delincuente, debe castigarlo o hacer que lo castiguen (aut dedere, aut punire).

Por otra parte es importante poder determinar la responsabilidad del estado cuando se comete un hecho delictuoso dentro de su territorio, siendo necesario establecer qué tipo de exigencias se pueden plantear para que el estado pueda intervenir, pero además si aceptamos esto como posible, qué tipo de exigencias u obligaciones se le impondrían a dicho estado.

### Capítulo II: La intervención y la responsabilidad del estado

Para que cualquier estado pueda intervenir legítimamente se hace necesario la existencia de una infracción por parte del individuo.

#### Sección I: Exigencia de una infracción

Esta exigencia supone la exigencia de dos tipos de supuestos o de condiciones: la imputabilidad y la ilicitud.

## A. La imputabilidad

Ante todo es necesario que el acto -acción u omisión- sea imputable al sujeto cuya responsabilidad se exige. El sujeto debe de haber comprendido en el momento de los hechos la criminalidad del acto.

## B. La ilicitud

Además es necesario que el acto imputable al sujeto, sea intencionalmente ilícito.

## Sección II: Naturaleza de la responsabilidad

El estado es responsable de los actos realizados por los individuos dentro de su territorio, sean estos nacionales o extranjeros.

El estado tiene el deber de asegurar el mantenimiento del orden público en su territorio. De ahí surgen para el estado dos tipos de deberes: de prevención y de represión.

### A. Deber de prevención:

Ante todo, el estado ha de impedir en lo posible, la perpetración de actos ilegítimos y debe dar por ende protección a todos los ciudadanos amenazados por actos criminales.

Debe el estado además establecer políticas criminales de prevención para favorecer la integración de todos los extranjeros que habitan en el país, brindando oportunidades de trabajo y vivienda en la misma condición que los nacionales.

### B. Deber de represión

Cuando se ha cometido un hecho delictuoso, la sociedad exige la justa represión del verdadero culpable, independientemente de su nacionalidad.

Por ello el estado debe accionar y poner en movimiento la justicia cada vez que se sospeche de la posible comisión de una infracción penal: Para ello el estado va a reaccionar de una manera oficial y espontánea, sin necesidad de que sea instado por los particulares.

## CONCLUSION

Es evidente que la actitud y las medidas que toman las autoridades de un determinado país pueden contribuir a una inflación de la delincuencia del inmigrante.

La ley además establece una serie de obstáculos y de presiones para los extranjeros. El decreto Número 19010-G del Presidente de la República y el Ministro de Gobernación y Policía establecen un Reglamento a la Ley General de Migración y Extranjería, publicado en la Gaceta del 31 de mayo de 1989, mediante el cual se establecen una serie de medidas desfavorables a los extranjeros como son el rechazo de extranjeros (para aquellos que no califiquen para ingresar al país), la deportación y la expulsión.

Tanto a nivel legislativo como a nivel represivo se ha forjado una mentalidad inconveniente que hace pensar que el inmigrante es un problema para el país. Por ello debe en toda situación hacerse un análisis objetivo y tomar la situación del inmigrante con toda cautela y ver sus situaciones de desviación como una de tantas que provocan los problemas internos de delincuencia en todo el país.

## BIBLIOGRAFIA

- Bergalli, Roberto. *La recaída en el delito: modos de reaccionar contra ella*. Sertesa. Barcelona. 1980.
- Bouzat et Pinatel. *Traité de Droit Pénal et Criminologie*. Dalloz. 1975. París.
- Chazel F. *Considérations sur la nature de l'anomie*. Révue Française de sociologie. C.N.R.S. Vol. III. París.
- Censo de población. Dirección General de Estadística y Censo. 1984.
- Clinard, Marshall. *Anomia y conducta desviada*. Editorial Paidós. Versión en castellano de J. J. Thomas. Buenos Aires. 1954.
- Delmas St. Hilaire, Jean P. *Lecciones de criminología*. Curso de la Facultad de Derecho. Universidad de Bordeaux I. 1978.
- Donne Dieu de Vabres. *Le système de la personnalité passive ou de la protection des nationaux*. R.I.D.P. París. 1950.

Erikson, Kai. *Notas sobre la sociología de la desviación: problemas, su teoría y método*. Recopilación de Rosa del Olmo. Venezuela. 1974.

Estudio y control de refugiados. Digepane. 1986.

Gadea Nieto, Daniel. *La delincuencia juvenil: un problema de inadaptación*. Revista de Ciencias Jurídica No. 49. Enero-abril 1984.

Goffman, Erving. *Stigmaté*. Editions de Minuit. París. 1975.

Herrera Martínez, Guillermo J. *La criminalidad del inmigrante*. Tesis de grado. Facultad de Derecho. 1984.

Lammek, Siegfried. *Teorías de la criminalidad: una confrontación crítica*. Siglo XXI. Traducción de Irene del Carril. México. 1980.

Mailloux, Noel. *Jeunes sans dialogue*. Editions Fleures. París. 1971.

Merle, Roger y Vitlandre. *Traité de Droit Criminal*. Problemas Generaux de la Science Criminelle. Droite Penal General. Editions Lujas. París. 1978.

Ministerio de Seguridad Pública. *Impacto causado en Costa Rica por los conflictos internos de Nicaragua*. Documento del Departamento de Estadística. San José, Costa Rica. 1987.

Pitch, Tamar. *Teoría de la desviación social*. Editorial Nueva Imagen. Traducción de Silvia Tabacknik. México. 1980.

Summary of the work of the prisons. Department by the Commissioner of Prisons. T.G. Garner. Hong Kong. 1980.

Truque Morales, Ana L. *La reacción social ante la desviación*. Tesis de grado. Facultad de Derecho. Universidad de Costa Rica. 1984.

## SALARIO Y PRODUCTIVIDAD

Lic. Oscar Bejarano  
Abogado costarricense

## Indice

- I Introducción
- II El deber de diligencia
- III Tipos de salario
  - A) Las convenciones colectivas de trabajo
  - B) Los convenios individuales
  - C) La fijación unilateral del empleador
- IV Diversos métodos de remuneración por rendimiento
  - A) Taylorismo
  - B) Sistema de Gant por tarea
  - C) Sistema de Merrick
  - D) Sistema de Halsey
  - E) Sistema de Bedaux
- V El rendimiento y la productividad
- VI Conclusión

## I.- INTRODUCCION

El derecho del trabajo, la década de los años 90 parece estar marcada por una prevalencia muy clara de los conceptos económicos sobre los conceptos jurídicos; sin dejar de reconocer que, desde siempre, la economía es parte fundamental e integrante del fenómeno "trabajo", que constituye el elemento fundamental de nuestra disciplina; es cierto que hoy presenciamos una prevalencia casi absoluta en niveles políticos de la economía sobre los demás conceptos cuando se trata de analizar problemas laborales.

Es así como, el tema del salario y la productividad, que se nos ha asignado, tiene una fuerte impresión economicista de manera que se corre el riesgo siempre de olvidar otros aspectos no menos relevantes que el meramente económico que constituyen bases fundamentales del derecho individual del trabajo y, consecuentemente, del quehacer del ser humano que es el que trabaja, es decir, el trabajador.

En consecuencia, si bien debemos analizar el tema meramente económico a riesgo de incurrir en algún error, como suele ser cuando los abogados tocamos estos temas, no debemos dejar de lado los otros aspectos que llamaríamos "humanos y jurídicos" de la prestación subordinada del trabajo que constituye el contrato o relación individual de trabajo que es la figura central del llamado Derecho Individual del Trabajo.

## II. EL DEBER DE DILIGENCIA

El contrato de trabajo jurídicamente es un contrato bilateral, oneroso, sinalagmático, perfecto; ello significa que contiene obligaciones y derechos recíprocos de las partes, empleador o patrono y trabajador, y un elemento económico, todo insertado en el sinalagma que es el alma de la relación. Dentro de este esquema netamente contractual en torno al cual gira todo el derecho individual del trabajo, encontramos que el trabajador a cambio del salario, percibido, que es el elemento económico más relevante de la relación, somete su fuerza de trabajo al empleador, lo cual acarrea una serie de obligaciones que, siguiendo al Maestro español MANUEL ALONSO OLEA, se resumen en el llamado "deber de diligencia". Citamos:

## “1.- El modo de la prestación

Decir que el trabajador está obligado contractualmente a trabajar (en un lugar determinado, durante un cierto tiempo) es poco decir sobre el contenido concreto de su prestación en cada contrato; se debe precisar además: Cuál sea la intensidad o el rendimiento de su trabajo y cuál su obligación contractual en este sentido; a esto se denomina deber de diligencia...”.<sup>(1)</sup>

Los diversos códigos o leyes de trabajo puntualizan y regulan, más o menos en forma similar este deber así, el Estatuto de los Trabajadores en España fija, en su artículo 5 inciso a), el “deber básico” del trabajador de ajustar su prestación “a las reglas de la diligencia” y, el 20.2 ídem señala que “en el cumplimiento de la obligación de trabajar... el trabajador debe al empresario... diligencia”, sancionando la falta de diligencia exigible en cada caso, si es voluntaria y continuada, con despido, según el numeral 54.2 E íbidem, que se refiere al rendimiento de trabajo normal”.

La legislación mexicana, “Ley Federal del Trabajo”, indica en el artículo 134 (que en lo que interesa tienen la misma redacción de la Ley de 1931), dentro de las obligaciones de los trabajadores, “IV. Ejecutar el trabajo con la intensidad, cuidado y esmero apropiados y en la forma, tiempo y lugar convenidos”. Lo que lleva al autor mexicano BALTAZAR CAVAZOS FLORES a afirmar que:

“Con base en la fracción cuarta de este precepto, se permite la adopción de las nuevas técnicas de administración científica como selección de personal, análisis y valuación de puestos, calificación de méritos, etc., que cada día se hacen más indispensables. A un trabajador impuntual o faltista se le puede separar de su trabajo con base en dicha fracción cuarta”.<sup>(2)</sup>

Sobre esto, el recordado MARIO DE LA CUEVA acota, refiriéndose a la ley de 1931, que:

- (1) ALONSO OLEA, Manuel. “Derecho del Trabajo”, 8ª edición, Universidad de Madrid-Facultad de Derecho. Sección de Publicaciones, Madrid, España. 1983, pág. 205.
- (2) CAVAZOS FLORES, Baltazar. “Nueva Ley Federal del Trabajo Tematizada y Sistematizada”. 25ª edición, Méjico, Editorial Trillas, 1990, pág. 199.

“Conforme a la fracción II del artículo 113 de la Ley está obligado el trabajador a ejecutar el trabajo con la intensidad, cuidado y esmero apropiados. La determinación del alcance de éstos términos ha sido motivos de serias preocupaciones”.<sup>(3)</sup>

El autor se refiere a los elementos subjetivos u objetivos que pueden utilizarse para determinar el rendimiento; la fracción II del artículo 24 ídem establece que en el contrato escrito se incluirán el servicio o servicios que deban prestarse y en su ausencia el numeral 33 determina que si no se indica nada “estará obligado el trabajador únicamente a desempeñar el servicio que sea compatible con sus fuerzas, estado o condición y que sea del mismo género de los que formen el objeto de la negociación o industria a que se dedique el patrono. Significa esta última disposición que nuestro derecho aceptó el sistema subjetivo de Barassi...”.<sup>(4)</sup>

En Costa Rica, que sigue en lo medular la legislación mexicana de 1931, se redactó igual en el Código de Trabajo de 1943 el artículo 71 inciso b) que contiene una disposición similar dentro de las obligaciones de los trabajadores “(b) Ejecutar éste con la intensidad, cuidado y esmero apropiados, y en la forma, tiempo y lugar convenidos”, relativa al desempeño del trabajo. Y a los numerales 242 y 33 de la referida Ley de 1931 I corresponden en el Código de Trabajo los artículos 24 inciso f) y 20 respectivamente.

Con esta muestra de legislación demostramos que el deber de prestar el trabajador su fuerza material al servicio del empleador es, generalmente, una obligación aceptada en el Derecho Iberoamericano, como parte sustancial del sinalagma contractual.

Este deber de diligencia nos lleva a otro problema que apunta acertadamente el Maestro ALONSO OLEA en los siguientes términos:

“La falta de diligencia exigible en cada caso es sancionable con despido si voluntaria y continuada, según el art. 54.2, E que hace una referencia al “rendimiento de trabajo normal”, que no es otro sino el acostumbrado. La jurisprudencia, al aplicar preceptos similares, había oscilado, en la búsqueda de un módulo para determinar si el rendimiento era normal o no, entre el criterio objetivo de la costumbre o el subjetivo representado por el anterior del trabajador sancionado; STS 22 de Octubre de 1966 –se guía por SCT 16 de diciembre de 1981, aplicando ya el ET–

- (3) DE LA CUEVA, Mario. “Derecho Mexicano del Trabajo”, 5ª edición, Tomo I, Méjico, Editorial Porrúa S.A., 1960. pág. 575.
- (4) Íbidem, pág. 576.

se inclinó claramente por el subjetivo, tomando el objetivo como supletorio: "rendimiento normal... es el que normalmente y en el mismo tiempo realiza otro trabajador... cuando no hay medio de comparación propio, pues habiéndolo, por ser conocido el rendimiento propio anterior, a él habrá de estarse..."<sup>(5)</sup>

Este criterio es el que sigue, en general, la jurisprudencia costarricense y, estoy seguro, que será una regla a nivel iberoamericano ya que aplicar criterios objetivos puede llevar, como lo veremos infra, a entrar en un campo movedizo y peligroso como es el llamado "*de la administración científica del trabajo*", que ha llevado a excesos en perjuicio del trabajador sobre todo en las economías industrializadas cuyos principales exponentes, en esta materia, son los Estados Unidos de América.

Llegamos así al punto de determinar la relación que existe entre el genérico deber de diligencia, la específica obligación del trabajador de dar un rendimiento, que subjetivamente se considere normal dentro de la prestación del servicio enmarcada en el contrato de trabajo, y el rendimiento como factor de costo en la producción de los bienes y servicios a los cuales se dedica la empresa. Este ligamen entre un concepto puramente jurídico-contractual, en cuanto obligación de una parte en un contrato bilateral, el contrato de trabajo y el concepto económico de elemento de costo, nos traslada a una serie de problemas que tienen connotaciones más económicas que jurídicas.

De previo a dar el salto del derecho a la economía, debemos analizar las incidencias que, entre patrono y trabajador, ocurren en la ejecución del contrato de trabajo en lo que respecta al salario que es, para el trabajador, el elemento principal y la razón de su trabajo y, para el empleador la principal obligación; el salario es la contraprestación debida por el trabajo recibido.

Dentro de este concepto el salario viene a ser una medida en tanto que debe representar el valor del trabajo rendido.

### III. TIPOS DE SALARIO

El concepto de rendimiento, pues, está ligado estrechamente al deber de diligencia, y determina el monto del salario que debe pagarse. En este orden de ideas, debemos referirnos a la existencia, fundamentalmente, de dos tipos principales de pago de salario.

Dentro de la remuneración por rendimiento, que el nombre técnico que utiliza la O.I.T. cuando trata de estos temas, la prestigiosa entidad

(5) ALONSO OLEA, Manuel. Op. cit., pág. 207

internacional reconoce dentro del rendimiento individual del trabajador, que es diferente del rendimiento del establecimiento o la empresa, dos tipos:

- a) El sistema de remuneración por unidad de tiempo y
- b) el sistema de remuneración por rendimiento.

El primer sistema que consideramos es el más utilizado, sobre todo en los países que están en vía de desarrollo como lo son la mayoría de nuestros países latinoamericanos atiende al trabajo rendido dentro de un tiempo determinado, que es la jornada de trabajo. Puede pagarse el salario dentro de esta modalidad por hora, día, semana, quincena o mes; se señala que este sistema de pago no es que no atiende o tome en consideración el rendimiento, sino que su principal centro de atención es el tiempo cumplido por el trabajador. En los establecimientos o empresas que utilizan este sistema, no se mide la productividad individual, ya que los controles que al efecto se llevan son generales. También es de apuntar que en caso de bajos rendimientos individuales, bajo este sistema, resulta más difícil el despido del trabajador por la natural dificultad en la prueba de la falta.

En el segundo sistema, el salario se paga en virtud del trabajo producido y, aquí surgen las alternativas conocidas como pago de salario por pieza, tarea o destajo; también son inherentes a este sistema de pago salarial los diversos medios que se utilizan para valorar las obras producidas naturalmente, entre ambos sistemas existe una serie de sistemas intermedios tales como el del salario fijo con rendimiento controlado, cuya principal característica es que a cambio de un salario fijo el trabajador garantiza un rendimiento mínimo; la remuneración por méritos, que se diferencia de la anterior "*en que en ésta la medición objetiva del rendimiento determina las variaciones de la remuneración, mientras que en el sistema por méritos al menos una parte, y a veces la totalidad, de la estimación del rendimiento se base en consideraciones objetivas...*"<sup>(6)</sup> y que "*supone invariablemente alguna evaluación sistemática del rendimiento del trabajador a efectos de ajustar su remuneración*"<sup>(7)</sup>

Este sistema ofrece mayores alternativas y necesidad de estudio que el primero. No cabe duda que el salario por unidad de tiempo representa una mayor garantía para el trabajador desde el punto de vista de la estabilidad en el empleo, que sigue siendo la meta y el valor principales dentro del mundo del trabajo, que el otro sistema.

Los sistemas de remuneración por rendimiento conducen a, lo que ya dijimos, los diversos métodos científicos que miden el trabajo lo que ha

(6) O.I.T. *La Remuneración por Rendimiento*. Ginebra, Suiza, 1985, pág. 26.

(7) *Ibidem*.

conducido, en la experiencia histórica, a abusos en perjuicio del trabajador, de su salud física y de su estabilidad en la empresa. Por ello debemos tomar a beneficio de inventario todo lo que de aquí en adelante se diga y, evitar llegar a la utilización de un concepto que está en voga, como veremos más adelante, dentro de la economía laboral moderna, cual es el de la racionalización entendida como la "organización científica de la producción industrial, para la máxima utilización de las materias primas y el mínimo empleo de mano de obra. Contribuye a la creación o ampliación de los grandes establecimientos, a la simplificación de los productos, a la monotomía creadora, al monopolio y a la fijación tiránica de los precios"<sup>(8)</sup>, en el decir de GUILLERMO CABANELLAS. Cualquier sistema que se utilice para estos fines, según manifiesta JULIO MARTINEZ VIVOT debe tomar en cuenta las siguientes circunstancias:

"a) que no existe un incentivo ideal, pues varían de un lugar a otro, incluso de una empresa a otra; b) que los incentivos pueden oponerse a otros motivos, y c) que dentro de los incentivos el dinero no es el más importante".<sup>(9)</sup>

Estos sistemas parten del supuesto de que el dinero constituye el móvil del trabajo asalariado; es decir que el trabajador trabaja porque le pagan. Este análisis materializa y despersonaliza el trabajo humano, que tiene una connotación superior en cuanto quehacer del hombre ordenado por su naturaleza y mediante el cual se eleva su condición de ser humano tal como lo apunta la Doctrina Social de la Iglesia Católica, que en esta materia es copiosa y que está representada principalmente por las Encíclicas Papales, entre las cuales debemos citar, necesariamente, a SS. JUAN PABLO PABLO II en su "Laborem Exercens" promulgada con ocasión de la conmemoración del noventa aniversario de la "Rerum Novarum", que afirma:

"Continuando todavía en la perspectiva del hombre como sujeto del trabajo, nos conviene tocar al menos sintéticamente, algunos problemas que definen con mayor aproximación la dignidad del trabajo humano, ya que permiten distinguir más plenamente su específico valor moral".<sup>(10)</sup>

(8) CABANELLAS, Guillermo. "Diccionario de Derecho Usual". 5ª edición. Tomo III, Madrid, Ediciones Santillana, 1963. pág. 462. Voz "Racionalización".

(9) MARTINEZ VIVOT, Julio. "Relaciones Humanas en la Empresa", *Revista Trabajo y Seguridad Social*, Tomo XII, 1985, pág. 672.

(10) SS. Juan PABLO II. Carta Encíclica Laborem Exercens, 14 de Setiembre de 1981, No. 9.

Hecha la anterior disgregación que consideramos necesaria para salvar nuestro pensamiento personal al respecto, debemos apuntar que son muchos los sistemas llamados "científicos" que se han elaborado desde la Revolución Industrial a nuestros días para hacer más atractivo el mayor trabajo por parte del trabajador para tener acceso a la posibilidad de un mayor salario que brinde el sistema, siempre bajo la consideración final de que el rendimiento supera la paga, es decir, que en cuanto costo, produce un beneficio final determinado por el menor costo del producto, bien o servicio producido ya que, de lo contrario, no se compensarían tanto los complejos y costosos procedimientos como los controles inherentes al sistema.

Lo anterior resulta fundamental para entender claramente cómo es que funcionan estos sistemas de rendimiento por remuneración. Nos detendremos brevemente en ello. Los elementos principales de cualquier sistema de éstos son los siguientes:

- a) Un método estadístico de control de la producción, individual y colectiva.
- b) Un incentivo que consiste en la posibilidad subjetiva e individual para cada trabajador de mejorar su ingreso mediante la elevación de su rendimiento.
- c) Valores predeterminados y estables de cada operación, pieza o tarea, y
- d) Sistemas ciertos y confiables para dirimir las controversias sobre los valores, procedimientos y resultados en el salario del sistema.

Resulta obvio que si el dinero representa una fuerte motivación en el trabajador para elevar su producción, resulta contrario a la viabilidad de esos sistemas de rendimiento por remuneración, la existencia de un salario mínimo alto, en el tanto que puede restar incentivo al trabajador para trabajar más. No puede olvidarse que el salario es el medio de vida familiar del trabajador, de manera que si este medio es suficiente, es decir, si alcanza para satisfacer las necesidades que el trabajador y su familia se han fijado, ciertamente no hará más esfuerzo para ganar un dinero marginal que no necesita dentro de su escala de valores. La naturaleza humana es tal que impele normalmente al trabajador a tratar de ganar lo más, trabajando lo mínimo; es así como de ser muy alto el salario mínimo los incentivos para que el trabajador produzca más sobre la base de fijarle precio a la sobreproducción que exceda de lo normal, llegarían a, tener un costo tan elevado que no dejaría una utilidad al empresario que amerite aplicar los sistemas.

Estas variables constituyen un marco general de lo sistemas de remuneración por rendimiento, por lo cual, dificultan su aplicación a los pequeños y medianos establecimientos que constituyen la mayoría de las empresas en

nuestros países; solamente empresas muy grandes y tecnológicamente especializadas y avanzadas pueden utilizar estos sistemas no sólo debido a su alto costo de implementación y a lo dificultoso de su control, sino a que, normalmente, su éxito está ligado a grandes mercados de los bienes o servicios producidos. Por ello es frecuente que sean en los países de habla hispana, las empresas multinacionales las que utilicen estos sistemas, si bien es costumbre en algunas áreas o trabajos específicos de pactar los salarios bajo estos sistemas, vgr. agroindustria bananera, trabajos de muelle.

Para llegar a cualquiera de estos sistemas de pago salarial hay varias vías, entre las cuales podemos señalar:

#### A) *Las Convenciones Colectivas de Trabajo*

No cabe duda de que la existencia de Sindicatos, que son organizaciones permanentes de trabajadores con mayores medios de control y protección del trabajo que los meramente individuales, están en mejor capacidad que los trabajadores individualmente considerados de pactar con mejor conocimiento, mejores precios e incentivos al trabajo. Prueba de ello es la existencia de numerosas reglamentaciones al respecto en los grandes convenios colectivos norteamericanos. La tendencia de los sindicatos de la AFL, después de la Segunda Guerra mundial, fue elevar los salarios a base de mayor productividad.

C. WILSON RANDLE nos dice al respecto:

“Es perfectamente clara la actitud del sindicato respecto a la productividad. Hace más de veinte años, la Asamblea de la Federación Americana del Trabajo aprobó la política de pugnar por la participación de los trabajadores en el aumento de la productividad en forma de aumento de sus tarifas de salarios...”<sup>(11)</sup>

No fue otra la actitud de la CIO respecto a la productividad ya que, en decir de su conocido líder WALTER P. REUTER, “...desde la guerra civil, la creciente productividad de los trabajadores fabriles se ha reflejado, al menos en parte, en tarifas de salarios, que suben más que en los precios y en menos horas de trabajo. Al volverse a los niveles altos de producción y al demostrar el aumento de la productividad, las tarifas de salarios deben aproximarse más al nivel de los precios”.<sup>(12)</sup>

(11) C. Wilson Randle. “El Contrato Colectivo de Trabajo”, 1ª edición, Editorial Letras S.A., Méjico, 1958, pág. 293.

(12) Ibidem, págs. 293-194.

Como apunta el autor “la política enunciada por la AFL y por el CIO es establecer una relación directa entre el salario y la productividad”<sup>(13)</sup>, productividad que de acuerdo con las estadísticas de trabajo del Gobierno norteamericano, mostró un aumento desde 39.4 en 1909 hasta 100 en 1939. Las estadísticas recientes muestran un declive, no obstante, de la productividad norteamericana frente a sus competidores japoneses, lo que será objeto de un análisis posterior.

En estas convenciones suelen haber sistemas pactados sobre normas de salarios, medición de los mismos contra los precios de la base, sea por unidad de tiempo o por rendimiento, dentro de lo que se conoce en el sistema norteamericano como “procedimiento de quejas”.

#### B) *Los convenios individuales*

Puede llegar a pactarse, entre el trabajador y el empleador, un sistema individual de remuneración por rendimiento que tiene el inconveniente de que requiere una alta dosis de confiabilidad del trabajador en el sistema o propuesta patronal. Bien se comprende que en situación normal, es decir, salvo aquéllos trabajadores muy calificados, usualmente técnicos y profesionales, resulta improbable que el trabajador esté en capacidad de discernir y mucho menos de determinar científicamente, más allá de toda duda, que el sistema es bueno. Como estamos dentro del terreno de las subjetividades la regla será que el trabajador preferirá un salario fijo a un salario variable, de acuerdo con las normas de producción que necesariamente tiene que darlas el empleador. Pesa en ésto la estabilidad que es consecuente del salario por unidad de tiempo sobre una base fija, antes que la posibilidad de mejorar el ingreso por una mayor producción individual, medida contra normas generalmente técnicas y complejas. Nuestra experiencia personal ha sido precisamente ésa cuando se ha tratado, en las llamadas “maquilas” representadas por empresas, en su mayoría norteamericanas, que importan a nuestros países sus elaborados sistemas científicos de medición del tiempo de las diversas fases de cada operación y que, al tratar de ser utilizadas en la mano de obra local, producen reacciones usuales no solo de los trabajadores individualmente considerados, sino de los sindicatos. Más de un conflicto colectivo y hasta alguna huelga hemos presenciado en nuestro país en esta clase de asuntos, sin contar la reticencia que muestran los Tribunales de Justicia laborales cuando se trata de juzgar un despido por bajo rendimiento; no dudamos en calificarlo como algo de lo más difícil para un abogado laboralista que ejerce litigando.

(13) Ibidem.

### C) *La fijación unilateral del empleador*

Juzgamos que este es el sistema más generalizado de fijación de salario por rendimiento, ya que el empleador dispone para ello no sólo de una facultad, que es elemento fundamental del contrato o relación de trabajo, como es el poder de mando que le permite señalar la forma, modo o lugar de la prestación del servicio con carácter obligatorio al trabajador, sino porque tiene a su disposición toda una serie de opciones para adquirir en el mercado de científicos que se dedican a estas cuestiones, para escoger el método que mejor se adecúe a las necesidades de su empresa.

Resulta fundamental para que un sistema tal, impuesto, funcione, respecto a las relaciones laborales, el clima de buen entendimiento obrero-patronal que resulta ser fundamental para la prosperidad de la empresa y aún para la paz laboral, que en la sociedad es indispensable, la confianza del trabajador en el sistema. Para ello, debe existir un mecanismo de revisión y discusión en que participe el trabajador, o un representante de su confianza, junto con los expertos patronales que dirima todas las discusiones que pueden y suelen surgir en un tema, tan sensible, como en el del pago del salario justo. De no existir semejante mecanismo, Junta, Comité, Comisión, etc. bipartita, que puede integrarse con un elemento ajeno, técnico, privado o delegado gubernamental, si se quiere, para dirimir en discordia, al cual pueda fácilmente y sin trabas recurrir el trabajador cuando considera que no se le paga lo que trabaja, es decir, que el sistema no es justo, estaremos en presencia de una situación de conflicto que afectará el resultado deseado.

## IV. *DIVERSOS METODOS DE REMUNERACION POR RENDIMIENTO*

Siempre dentro del nivel del contrato individual de trabajo, pasaremos revista a los diversos métodos que han elaborado "científicamente" para medir el rendimiento en orden a incentivar al trabajador para su elevación mediante un incentivo económico.

### A) *Taylorismo*

Probablemente el más conocido de los sistemas fue el inventado por FEDERICO Winslow TAYLOR que llegó a ser Ingeniero Jefe de más de 6.000 trabajadores después de haber sido obrero, y que ideó un sistema de salarios mediante primas "a fin de aumentar la producción y proporcionar mayores beneficios al trabajador"<sup>(14)</sup> y cuyas ideas fundamentales son las siguientes:

(14) Cabanellas, op.cit., Vol 4, pág. 187.

"a) El desarrollo de una ciencia de cada elemento del trabajo humano, que sustituye al antiguo método empírico; b) la selección científica de los obreros y su instrucción sistemática con estímulo progresivo, en lugar de lo que ocurriría en el pasado, cuando los obreros elegían su propia tarea y se ingeniaban ellos mismos como mejor podían; c) la íntima cooperación con los obreros, para asegurar que todo el trabajo se realice obedeciendo al principio de la ciencia indicada; d) el reparto proporcionado del trabajo y de la responsabilidad entre la dirección y los ejecutores".<sup>(15)</sup>

Sobre el sistema de Taylor que, repetimos, es el más conocido de todos, inventado en 1880, que "pagaba una baja tasa por pieza para toda producción por debajo de cierta norma... y una tasa por pieza más alta para rendimientos superiores..."<sup>(16)</sup>, se propusieron diversas alternativas, si bien el taylorismo sigue siendo un método muy popular y de uso generalizado, debido a haber sido el primero y a estar suficientemente probado.

CAVAZOS FLORES le señala los siguientes inconvenientes al sistema:

- a) Taylor penaliza al obrero que produce por debajo de la norma de rendimiento.
- b) Trata de forzarlo a que alcance la norma, en el estímulo de un premio similar al de Gantt, aunque mucho mayor.
- c) Estimula los rendimientos superiores a la norma".<sup>(17)</sup>

### B) *Sistema de Gantt por tarea*

Este sistema establece una norma que se fija un poco alta y garantiza al obrero un salario base por debajo de ella pero, al alcanzar la norma tiene garantizado automáticamente un prima del 20 al 30% del salario base y, cuando alcance el 100% de la eficiencia, se le eleva el precio por pieza.

### C) *El sistema de Merrick*

Al contrario de los anteriores, D. V. Merrick propuso otro sistema de tasas diferenciales por pieza y, en lugar del único y empinado peldaño del

(15) Idem, pág. 136.

(16) O.I.T. Op. cit., pág. 111.

(17) CAVAZOS FLORES, Baltazar. "Las Técnicas de Administración Científica y los Trabajos Atípicos". Editorial Trillas, Méjico, 1986, pág 34.

sistema Taylor, se dividió en dos para tomar en cuenta a los trabajadores nuevos con poca práctica o a los de rendimiento medio; como puede verse, se trata de una variación del taylorismo.

D) *Sistema de Halsey*

“En este sistema suele garantizarse un salario base hasta la eficiencia normal y, cuando ésta aumenta, se concede al trabajador un premio de sólo el 50% del tiempo ahorrado”.<sup>(18)</sup> El autor le critica que este sistema se utiliza cuando no se pueden hacer estudios técnicos para medir la eficiencia, sino que se emplea como base los promedios que se están obteniendo y de ahí la cifra del 50%.

E) *Sistema de Bedaux*

Cavazos lo define así:

“Este sistema garantiza al trabajador un salario base hasta la eficiencia normal o del 100%. A partir de este punto, se le paga el 75% del tiempo ahorrado. Actualmente se tiende a elevar este porcentaje, llegándose hasta el 100% del tiempo ahorrado. Con ello, en realidad se convierte en un sistema de horas-estandar”.<sup>(19)</sup>

Este sistema mide los tiempos en un minuto dentro del cual se toman en consideración los segmentos necesarios para descanso del trabajador, necesidades personales, etc., en forma proporcional y a cada unidad se le conoce con una B (Bedaux). Por ejemplo un trabajo que requiere una hora vale 60 B. Cavazos apunta acertadamente que esto más que un sistema de incentivos, es un sistema de medir el rendimiento de cualquier trabajador que indica el momento inmediato en que la producción llega a la deseada.

Hasta aquí hemos analizado los sistemas de retribución por rendimiento individuales pero también existen sistemas por departamentos, establecimientos o empresas, lo cual implica incentivar a grupos más o menos grandes de trabajadores. Desde luego que se trata de sistemas que no se aplican a todas las empresas o establecimiento. Estos sistemas se conocen como y son a largo plazo. La OIT señala sobre éstos lo siguiente:

(18) Idem, pág 32.

(19) Idem, pág 39.

“Para comenzar, la medición del rendimiento y el pago de la prima se efectúan normalmente a intervalos más largos, en general una vez al mes pero a veces con menos frecuencia aún. La vinculación entre el rendimiento de un trabajador y su remuneración se diluye aún más porque el rendimiento se mide en un vasto sector.”<sup>(20)</sup>

Este sistema está más sujeto a variaciones por factores exógenos al trabajador tales como la duración de las interrupciones del trabajo, los cambios en la organización de la producción o la composición por productos.

Desde el punto de vista de incentivar al trabajador, estos sistemas difícilmente alcanzan su objetivo, ya que no se percibe en forma inmediata la relación entre el esfuerzo propio y el incentivo; bien se comprende, que el incentivo puede beneficiar a un trabajador que no está haciendo nada por mejorar la productividad porque el incentivo le puede beneficiar por el esfuerzo de otros compañeros o inclusive de otros departamentos.

Una experiencia globalizante de vincular los salarios de toda una serie de empresas al rendimiento es recogida en la Revista Actualidad Sociolaboral hablando de China, así:

“Nuevo sistema salarial vinculado al rendimiento.

El consejo municipal de la ciudad de Hanzhou ha establecido un “sistema de salario flotante” con arreglo al cual los salarios y las primas quedan ligados al rendimiento de los trabajadores. Algunas empresas han establecido un “sistema global” según el cual todos los salarios, las primas, el pago de las horas extraordinarias y las subvenciones se someten a indicación con arreglo al rendimiento; en otras, sólo entre el 35 y el 60 por cien de los ingresos están vinculados al rendimiento. Ciertas empresas han introducido sistemas salariales de trabajo a destajo”.<sup>(21)</sup>

Según el informe, la mejora en la productividad es notable ya que en los primeros días del mes de agosto de 1986 se percibió un aumento del 10.2% en la producción industrial de la ciudad en comparación con la producción del año anterior.

Desde luego que el período de muestra es muy pequeño y se trata además de un régimen de producción centralizado, típico de un país socialista, lo cual significa una gran diferencia con la producción capitalista.

(20) OIT. Op. cit., pág 129.

(21) OIT, *Revista Actualidad Sociolaboral*, número 1, Centro de Publicaciones, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, España. 1987, pág. 121.

## V. EL RENDIMIENTO Y LA PRODUCTIVIDAD

Como fenómeno macroeconómico está de moda hablar del incremento en los rendimientos laborales como una forma de aumentar la productividad nacional con miras a mejorar la competitividad de las exportaciones en un esquema económico propio de fin de siglo, que presupone mercados abiertos; las grandes naciones industrializadas pregonan, bien sea, a nivel del GATT o por medio de tratados bilaterales entre países o mediante la formación de bloques a manera del Mercado Común Europeo, una reducción de las protecciones arancelarias como una manera de incrementar el comercio mundial.

Los grandes organismos financieros mundiales condicionan sus ayudas a este esquema; nos referimos al Fondo Monetario Internacional, al Banco mundial y en general a todas las ayudas de cooperación externas.

La transformación de los esquemas nacionales en nuestros dependientes de esas grandes naciones y de esos organismos, es de un tremendo impacto en las políticas no sólo económicas, sino sociales; paralelamente se pregona una reestructuración del Estado de manera que se reduzca y se haga eficiente, lo cual conduce a una privatización de actividades públicas, reducción de la fuerza de trabajo y programas de ajuste estructural.

Mencionamos este cuadro, someramente, porque el problema del rendimiento y la productividad a nivel individual tanto como a nivel de empresas, que se considera fundamental para que una determinada actividad económica tenga buen suceso en los exigentes mercados internacionales, afecta no sólo a los trabajadores, sino también a las políticas de empleo que son fundamentales para mantener la paz social, ya que existe una estrecha relación entre todos esos fenómenos.

De manera que, si bien, el rendimiento y la productividad pueden llevar al trabajador a un mejor nivel salarial, estas políticas, de generalizarse, afectarán negativamente los niveles salariales nacionales y de empleo.

El resultado comprobado en un estudio sobre salarios, empleo y productividad<sup>(22)</sup>, entre 1980 y 1986, en España arroja interesantes conclusiones que, debido a la seriedad del mismo y al medio examinado que es un país iberoamericano más cercano a nuestros problemas que otros, pueden servirnos. Las conclusiones que interesan nos demuestran que no es posible mirar el problema de la productividad y el salario simplemente a nivel individual, ya que, *"el volumen total de la población asalariada en cada momento viene determinado por la combinación de la tasa de crecimiento del producto interior bruto con la de la evolución de la productividad a escala macroeconómica"*

(22) Idem, pág. 54.

y que *"una evolución ascendente de los costos laborales tiende a hacer crecer la productividad, mientras que la moderación en el crecimiento de los primeros tiende a repercutir sobre el descenso del ritmo de la productividad en el período subsiguiente. Vale decir que dado un cierto crecimiento del PIB, la moderación en el crecimiento salarial frena el crecimiento de la productividad, lo que repercute favorablemente sobre el crecimiento del empleo asalariado y, finalmente, este crecimiento tiende a transmitir sus efectos positivos sobre el crecimiento de la renta de los asalariados en su conjunto, lo que viene a ser lo mismo que el bienestar general de la mayoría de la población"*.<sup>(23)</sup>

Las anteriores afirmaciones suenan paradójicas; si son ciertas como deben serlo, significan nada menos que si se eleva la productividad y, consecuentemente los salarios, disminuye la tasa de empleo además la masa salarial se distribuye inequitativamente correspondiendo menores salarios a la mayoría de los trabajadores que, o no tienen incentivos por rendimiento o no los obtienen, ya que los beneficiados son los grupos reducidos y privilegiados que sí generan el mayor salario por incentivo.

Los cuadros que avalan ese estudio demuestran que las curvas ascendentes corresponden a la población asalariada, a las remuneraciones de los asalariados y al PIB; en tanto que las descendentes son para la producción macroeconómica y la remuneración por asalariado.

Lo más preocupante de estos fenómenos es la afectación del crecimiento del empleo porque entre mayor sea la productividad menor será la necesidad de operarios o de mano de obra; y los más afectados resultan ser, como siempre, los obreros menos calificados, dentro de los cuales encontramos el contingente de jóvenes que constituye una fuerza de presión por empleo creciente en nuestros países que, tradicionalmente, tienen altas tasas de natalidad. Como puede verse, el problema es formidable, porque por un lado se nos obliga a ser más productivos, lo que no podemos obtener a base de tecnología cuyos precios son prohibitivos y que podría ser un medio de elevar productividad por lo que necesariamente debemos recurrir a incentivar la mano de obra, con el resultado de que estamos afectando los niveles salariales y de empleo de la gran mayoría de trabajadores asalariados.

Aún en los países de los Estados Miembros de la Comunidad Europea, los efectos de estas políticas no son del todo positivos, porque en el Informe sobre la Evolución Social del año 1989, Anexo al 23º Informe General de la Comisión se afirma:

(23) Idem, págs. 54 y 56.

"Persisten, sin embargo, las diferencias entre países, tanto en el terreno de la evolución de los precios y los costes como en el ajuste de los salarios a la evolución de la productividad. Los rendimientos son mejores en los países que participan en el SME (Sistema Monetario Europeo) y respetan un margen estrecho de fluctuación pero, al reaparecer recientemente las tensiones inflacionistas, incluso dichos países se ven amenazados".<sup>(24)</sup>

A lo anterior, debemos abonar las circunstancias negativas en nuestros países de enormes déficits fiscales, comerciales, de balanza de pagos y la deuda externa; factores que inciden dentro del problema del poder adquisitivo de los salarios que no puede ignorarse cuando se trata de hablar de incentivos salariales; de nada vale incentivar por rendimiento con moneda devaluada, mientras que el trabajador sí está entregando un activo cierto cuando aumenta la productividad, pero, no siempre recibe un valor correlativo a ese esfuerzo. Esto es más relevante cuando se trata de productos para la exportación, en que el valor agregado por mano de obra se paga en moneda local y el precio se recibe en dólares.

El optimismo de los economistas es notable; NOEL RAMIREZ, Director del Centro de Políticas en el Instituto Centroamericano de Administración de Empresas (INCAE), que goza de gran prestigio en el mundo empresarial por estar ligado a la Universidad de Harvard, dice:

"El aumento de la producción de todos los sectores económicos sería la forma de aliviar los problemas económicos de estos países... Una reorientación de las economías de la región en base al principio de la ventaja comparativa necesitaría de una disminución en los altos niveles de proteccionismo existentes... Por tanto, la estrategia de la promoción de exportaciones tendería a mostrar como ganadores a la mano de obra y a los demás sectores que tengan alguna ventaja comparativa".<sup>(25)</sup>

Si nuestros países tienen que competir a base de mano de obra barata no se puede exigir la aplicación de sistemas de remuneración por rendimiento que tienden a producir salarios altos, con toda probabilidad, muy cercanos al punto de equilibrio con los salarios de los países con los cuales tenemos que

(24) Informe Sobre la Evolución Social del año 1989, Anexo al 23º Informe General de la Comisión. Oficina de Publicaciones Oficiales, Bélgica, 1991, Capítulo VI, Salarios e Ingresos.

(25) *Revista INCAE*, El Vol. #1, número 1, 1º semestre 87, pág. 33.

competir; si no superiores con los del área. Y en cuanto a calidad, sabido es que los sistemas de remuneración por rendimiento o de incentivos por mayor producción inciden, generalmente, en un descenso de la calidad, habida cuenta de que el trabajador, para obtener mayor producción, acelera su proceso con detrimento de la calidad del producto. La consecuencia es que si la calidad no es igual a la de los mercados donde se exporta, sucumbiremos en la competencia.

Para terminar, queda descartada la otra posibilidad de competir exitosamente en los mercados internacionales: la tecnología ni siquiera entre los grandes países es ya suficiente la tecnología para competir. Japón está compitiendo eficientemente con los Estados Unidos más a base de mano de obra barata que de tecnología. En este mundo complejo de los mercados internacionales la competitividad es igualmente compleja; SUSUMU WATANABE dice:

"La competitividad internacional se puede determinar cuantitativamente en función del costo salarial unitario, o sea la cuantía de los sueldos y salarios por unidad de valor añadido... Ahora bien, unos costos o precios ventajosos sólo explican en parte la competitividad de una empresa o de una rama de actividad... Los equipos de concepción plurifuncionales y la tendencia general a la sencillez y la calidad son desde hace tiempos una característica dominante de la industria japonesa y han contribuido a la primacía en materia de calidad y productividad... para ofrecer productos y servicios de mejor calidad a precios comerciales hace falta más trabajo, y por consiguiente se precisa, en general, un gran esfuerzo para incrementar la productividad".<sup>(26)</sup>

Ahora bien; el autor en ese interesante artículo analiza cómo el trabajador japonés difiere sustancialmente del de los demás países del mundo; ya que, aparte de interesarse menos en el salario que en la estabilidad en su trabajo, que usualmente es de por vida, y en los ascensos que le esperan en su carrera en la empresa; se identifica a tal punto con el producto que colabora aún fuera de horas de trabajo a mejorar los procesos, innovando, sugiriendo, donde resulta los famosos círculos de calidad que el Occidente no ha podido copiar. Por ello, el furor que desataron esos círculos como medio de incrementar la productividad, la eficiencia y la calidad del producto, durante los años 80, ha cedido paso en los años recientes.

(26) WATANABE, Susumu. *Revista de la OIT*, volumen 110, #2 1991, "Los círculos de control de la calidad japoneses. Razones de su eficacia", pág 197 a 224.

Así vemos, cuán lejos estamos de las modernas técnicas de producción y alejados de la posibilidad de adquirir tecnología, a no ser otorgando beneficios especiales que atentan contra el fisco a las grandes empresas mundiales que sí tienen acceso a esa tecnología. Esto produce la conocida consecuencia de que las exenciones tributarias y fiscales tienen a los gobiernos de nuestros países en bancarrota que, para salir de la misma, o se endeudan nuevamente o cargan de impuestos a la población; la mayoría de la cual está integrada por trabajadores.

Todos estos aspectos contradictorios hacen que, quienes estamos inmersos en el sector social, dudemos de la receta mágica de los economistas y, una vez más, volvamos la vista hacia las sabias palabras de SS JUAN PABLO II, cuando dice en la Encíclica *Laborem Exercens* que:

“A pesar de todo, el peligro de considerar el trabajo como una “mercancía sui generis”, o como una anónima “fuerza” necesaria para la producción (se habla incluso de “fuerza trabajo”), existe siempre, especialmente cuando toda la visual de la problemática económica esté caracterizada por las premisas del economicismo materialista”.<sup>(27)</sup>

## CONCLUSION

El salario y la productividad han alcanzado en nuestros días una dimensión que trasciende el problema individual del trabajo, a cuyo nivel existe suficiente tema como para definir claramente el contenido, alcances y límites respecto a patronos, trabajadores y empresa. En efecto, consideramos que los problemas jus laborales no son tan complicados como los económicos.

Esto que tiene que ver con lo que se denomina “*la economización del derecho del trabajo*” preocupa desde el punto de vista social que no puede dejarse de lado en nuestra disciplina porque constituye la piedra fundamental sobre la cual se construye el derecho del trabajo, sin dejar de reconocer que el problema linda entre el derecho y la economía, en esa zona gris, no siempre delineada claramente, yace un contrasentido que debemos superar los laboristas y que no sabrán hacerlo los economistas: la defensa del ser humano que trabaja frente a la tecnología y la ciencia aplicada a una producción frenética destinada a los grandes mercados de consumo.

Creemos que en el decenio que se ha iniciado y que pondrá fin al siglo y al milenio, la tarea nuestra será encontrar soluciones justas a la nueva cuestión social, que es la amenaza de la economía de hacer sucumbir ante sus

(27) SS. Juan PABLO II, op cit,#7.

dictados e imperativos, al hombre que trabaja. Lo anterior no significa que no se puedan buscar esquemas que mejoren la calidad de la producción, lo que redundaría en una mejora de la calidad de vida de los consumidores, que somos todos, sino, que ello se haga sin sacrificar derechos fundamentales que ha costado muchos años, sacrificios y luchas, obtenerlos y consagrarlos como verdaderos derechos humanos.

Dr. Jorge Enrique Romero Pérez  
Decano Facultad de Derecho  
Carrizosa Universidad de Costa Rica  
Miembro del Instituto de Investigaciones Jurídicas

FRACASO DEL CANJE

LOS RIESGOS

EL CANJE DE DEUDA EXTERNA POR NATURALEZA(\*)

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

1.	PRESENTACION
2.	PROYECTO DE LEY DE CONVERSION DE LA DEUDA EXTERNA POR NATURALEZA
3.	CONVENIOS Y FIDEICOMISOS
4.	CONVERSION DE DEUDA EXTERNA POR NATURALEZA
	a) Definición
	b) Costa Rica
	i) Fomento
	ii) Mangos
	iii) F-480
	c) Bolivia
	d) Ecuador
5.	RAMA DEL DERECHO APLICABLE A LA CONVERSION DE DEUDA EXTERNA POR NATURALEZA
6.	CONTROLES SOBRE EL CANJE
	a) Banco Central
	b) Comandante General de la República
7.	EFFECTOS DEL CANJE
	a) Económicos
	b) Políticos

(\*) Ponencia al I Congreso de Derecho Ambiental celebrado en Costa Rica en los días 17 al 21 de agosto de 1992, en la sede del Colegio de Abogados.

## SUMARIO:

### Siglas más usadas

### Resumen

### Abstract

1. PRESENTACION
2. PROYECTO DE LEY DE CONVERSION DE LA DEUDA EXTERNA POR NATURALEZA
3. CONVENIOS Y FIDEICOMISOS
  - a) Caso del fútbol
4. CONVERSION DE DEUDA EXTERNA POR NATURALEZA
  - a) Definición
  - b) Costa Rica
    - i. Pórtico
    - ii. Mangos
    - iii.. PL-480
  - c) Bolivia
  - d) Ecuador
5. RAMA DEL DERECHO APLICABLE A LA CONVERSION DE DEUDA EXTERNA POR NATURALEZA
6. CONTROLES SOBRE EL CANJE
  - a) Banco Central
  - b) Contraloría General de la República
7. EFECTOS DEL CANJE
  - a) Económicos
  - b) Políticos
  - c) Sociales
  - d) Jurídicos

8. FRACASO DEL CANJE
9. LOS RIESGOS
10. A MODO DE CONCLUSIONES

### BIBLIOGRAFIA BASICA DE REFERENCIA

## SIGLAS MAS USADAS

UCR	Universidad de Costa Rica
FMI	Fondo Monetario Internacional
CEPAL	Comisión Económica para América Latina y el Caribe
ONU	Organización de las Naciones Unidas
R CJ	Revista de Ciencias Jurídicas (Costa Rica)
C.R.	Costa Rica
CFE	Fondo de Cultura Económico (México)
IIE	Instituto de Investigaciones Económicas (UCR, C.R.)
ICI	Instituto de Cooperación Iberoamericana (España)
CFE	Fondo de Cultura Económica (México)
PNUD	Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo

## RESUMEN

Se analizará el tema del canje de la deuda externa por naturaleza y su impacto en los países del Tercer Mundo, naciones deudoras, con énfasis especial en el caso de Costa Rica.

Ahora, este canje ha fracasado por diversas razones; pero cuando se puso en marcha (1986-87) a pesar de que se conocía que este canje no iba a resolver el problema macro del endeudamiento externo de los países subdesarrollados, se tenía el criterio de que podría ser un mecanismo para proteger los recursos naturales de esos países. Sin embargo, lo que floreció y creció montado sobre tal canje fue una multiplicidad de ONGs (fundaciones y otras formas jurídicas), transnacionales "ecológicas" y una frondosa burocracia bien pagada que disfruta de viajes, viáticos y otros renglones de privilegio internacional (es decir, nace todo un negocio y empresa sobre la buena idea de la conservación ambiental y su protección). Esos fondos públicos no tienen controles efectivos. A pesar del fracaso de tal canje, esas transnacionales y las ONGs (que han crecido como hongos) respectivas se mantienen dados los intereses que las orientan y motivan; y, los objetivos manifiestos que dicen cumplir.

## ABSTRACT

This article will analyze the topic of the external debt exchange for natural resources and its impact on debtors nations of the third world, with special emphasis in Costa Rica.

The exchange has not come to good terms. Indeed, it has failed because of some reasons. But when the exchange was put on march (1986-87), it was known that the exchange was not going to resolve the macro problem of external debting, but it was believed that the exchange may become a protection mechanism of natural resources of these countries. However, what this so called "exchange" develop was the appearance of a lot of institutions, foundations, "ecological transnationals" (ONG's) and a vast a bureaucracy well paid, that enjoys trips, travel allowances and other international privileges. In other words, another bussiness was born due to the idea of protection and environmental preservation.

There are no effective controls on public funds. Despite of the failure of the exchange, those international companies and institutions which have grown like mushrooms do not show any signal of disappearance due to personal interests and the manifest objectives for what they were create for.

## 1. PRESENTACION

El tema del canje de la deuda externa por naturaleza tiene una importancia no tanto por la cantidad en dólares que se negocian ni por el porcentaje del monto de esa deuda, sino por las características y aspectos que se dieron a propósito de ese canje.

Presentaremos varias dimensiones de ese canje con el objetivo de ver los ingredientes relevantes que se dieron cita en ese canje.

La deuda externa sigue siendo un grave problema para los países del Tercer Mundo y por ende para Costa Rica. El tema de los ajustes estructurales de la economía y la propaganda sobre éstos han tratado de opacar la problemática de la deuda. Sin embargo, esos ajustes y las demás medidas de los organismos financieros internacionales (OFI) tienen como objetivo el pago de esa deuda por parte de los países deudores. Hasta este momento tales organismos (1992) han empezado a plantear el tema de la pobreza como parte de las medidas que deben tomar los gobiernos y las sociedades deudoras para enfrentar la crisis de la deuda social (educación, salud, servicios públicos, etc.).

## 2. PROYECTO DE LEY DE CONVERSION DE DEUDA EXTERNA

Ante la ausencia de normas legales que regulen esta materia, la Asamblea Legislativa tiene en su poder un proyecto de ley sobre conversión de la deuda externa.

Lo anterior significa, que las conversiones que se han hecho son ilegales, ya que no existe autorización legislativa que las ampare.

Este hecho no es nuevo ya que por la dinámica de ciertos sectores de técnicos en economía y de políticos, el Estado ha efectuado acciones sin base legal, como por ejemplo el llamado Programa de Reconversión Industrial (PRI). Todo esto parte del menosprecio al Estado de Derecho. Lo que existe en materia de pautas las ha dado la Junta Directiva del Banco Central, lo cual es ilegal ya que se viola el principio de legalidad que afirma que el Estado no puede actuar sin una norma jurídica emanada de la Asamblea Legislativa. Precisamente por esta razón, es que tardíamente se ha presentado este proyecto de ley ante el Poder Legislativo.<sup>(1)</sup>

(1) Nuestro libro *Ensayos de Derecho Administrativo* (San José: UNED, pp. 15 a 26, 1985); y, Sandra Chacón y Silvia Poveda, *Aspectos legales de la*

Este proyecto de ley (Gaceta N° 209, 1° de noviembre de 1992) expresa los criterios que el Banco Central usó y usa (de hecho, ante la ausencia de la Ley respectiva) en este negocio de la conversión de la deuda externa.

Lo que el artículo 1 afirma es que el Banco Central queda autorizado para desarrollar, de acuerdo con los preceptos de esta ley y su reglamento, programas de conversión de documentos de deuda externa, emitidos por él mismo, a bonos de estabilización monetaria denominados y pagaderos en colones, para destinar los recursos resultantes al financiamiento de costos locales de inversiones en proyectos de desarrollo sostenible y preservación de recursos naturales y proyectos generadores de divisas. Agregando que todos los proyectos estarán sujetos a la aprobación del Banco Central de Costa Rica.

Una de las indicaciones que habría que hacer es lo único sostenible en el Tercer Mundo y en Costa Rica es el subdesarrollo; y, que en el práctica las bananeras<sup>(2)</sup> ahora, como antes y eso que dan en llamar turismo<sup>(3)</sup> lo que está haciendo es destruyendo la naturaleza, a pesar de las miles de normas jurídicas de protección al medio ambiente; y, de las decenas de oficinas públicas bajo el rótulo de protección ambiental.

Al momento de su publicación este proyecto contenía 28 artículos, lo cual lo configura como un proyecto muy general y lleno de lagunas. Además, de no existir voluntad política para su aprobación (Gaceta N° 209, 1° de noviembre de 1991).

### 3. CONVENIOS Y FIDEICOMISO

Se debe insistir en que toda la operación de este negocio de conversión de la deuda por naturaleza no tiene base legal; y, por ello los convenios y fideicomisos y demás instrumentos jurídicos que se usen carecen de valor legal alguno. Cabalmente, por ello es que se está tratando de legitimar esta situación en forma extemporánea mediante el citado proyecto de ley.

Hecha esa observación habrá que indicar que es el MINEREM (Ministerio de Energía y Minas) el que realiza esos convenios; y, el mecanismo utilizado es del de las fundaciones.

*conversión de deuda externa por naturaleza* (San José: tesis de grado, licenciatura en Derecho, Universidad de Costa Rica, Facultad de Derecho, 1992), pp. 119 y sts.).

(2) Cf. Arturo Trejos, *Un negocio de transnacionales* (imperio del banano) en "Aportes", agosto de 1992, pp. 4 a 7, San José. C.R.

(3) Se ha desatado un debate fuerte sobre inversiones extranjeras de turismo que destruyen el medio ambiente (años 1991-1992).

Los dineros, entre otros países, vienen de Holanda y Suecia. Siendo la *Fundación de Parques Nacionales*, la receptora de esos fondos, manejados a través de lo que suele llamarse *fideicomiso*.<sup>(4)</sup>

La ideología que tiende a justificar o dar argumentos que, tiendan a justificar la presencia de esos convenios, fundaciones u organismos no gubernamentales (ONG) gira alrededor de:

- \* Controlar la deforestación y promover la deforestación,
- \* Promover la educación ambiental,
- \* Ayudar a ONGs que se dediquen al ambientalismo.

A propósito de estas ONGs habría que cuestionar su papel, la recepción de fondos del extranjero, cómo se gastan, quiénes los usan, qué clase de controles tienen sus presupuestos, etc.

En los últimos diez años, las ONGs se han multiplicado como conejos. Así, han surgido burocracias de desarrollo como fenómeno social. Las burocracias OGNs de los países ricos le dan nacimiento a las burocracias de las OGNs de los países pobres. En América Latina hay más de 11 mil OGNs que para su existencia dependen de la continuación del subdesarrollo, la pobreza y la violación de los derechos humanos. Eso ha formado funcionarios del desarrollo, quienes reciben sus salarios y sus derechos sociales con base en la pobreza de otra gente. Los funcionarios son profesionales, ex-políticos, graduados en el exterior con posgrados donde aprendieron la jerga y la técnica de sacarle plata a las instituciones donantes. Tienen un salario excelente, gozan de franquicias y de exoneraciones y una serie de viajes al exterior donde se encuentran con sus colegas y amigos de las demás ONGs de los países ricos y de los países pobres —siempre— en vías de subdesarrollo.<sup>(5)</sup> Es decir, hágase rico con las ONGs.<sup>(6)</sup>

Por lo que atañe al *fideicomiso* se dice que es:

1. Un negocio jurídico por el cual, ya sea vía testamento o entre vivos, una persona que se llama
2. *Fideicomitente*, forma un patrimonio cuyo propietario es una persona física o jurídica denominada

(4) Cf. Chacón y Poveda, *idem.*, pp. 121 y sgts.

(5) Kruijt, Dirk, *Monopolios de filantropía: el caso de las llamadas "organizaciones no gubernamentales" en América Latina* (San José: "Polémica", N° 16, 1992, pp. 41 a 47).

(6) O'Kane, Trish, *El desarrollo; un negocio?* En: "Pensamiento propio", año X, N° 90, mayo, 1992, pp. 22 a 31).

3. *Fiduciaria*, para la realización de un fin lícito, nombrando a uno o varios
4. *Fideicomisarios* (o beneficiarios), el (o, los cuales) aprovechará(n) los rendimientos o frutos del *fideicomiso*.<sup>(7)</sup>

Su regulación se encuentra en el *Código de Comercio*, artículos 633 a 662.

En lo que corresponde al fideicomiso de esta clase de conversión, serán la Fundación de Parques Nacionales y el MINEREM los encargados de darle seguimiento y control a este fideicomiso.<sup>(8)</sup>

#### a) *Caso del fútbol*

En Costa Rica también se han hecho canjes de deuda externa para el fútbol de Primera División utilizando la figura del *fideicomiso*. Esta clase de canje ha sido muy debatido. La fundación respectiva se llama FUNDEFUB. (*La Nación* del 19 de setiembre de 1992 informó que tanto la fundación como el fideicomiso del fútbol serán liquidados).

El *Código de Comercio* en su numeral 633 se refiere así al fideicomiso:

*Artículo 633.—Por medio del fideicomiso, el fideicomitente transmite al fiduciario la propiedad de bienes o derechos; el fiduciario queda obligado a emplearlos para la realización de fines lícitos y predeterminados en el acto constitutivo.*

### 4. CONVERSION DE DEUDA EXTERNA POR NATURALEZA

#### a) *Definición*

La conversión de deuda externa por naturaleza es un mecanismo por el cual una persona física o jurídica compra a otra persona parte de la deuda externa de un país deudor. El que compra, a su vez, vende los títulos o bonos

de esa deuda a la autoridad monetaria del país emisor (y, deudor) y garante de esa deuda, quien paga esa obligación en moneda local.<sup>(9)</sup>

Los organismos financieros internacionales (OFI) para asegurar el pago de la deuda externa presiona a los países del Tercer Mundo a que aumente sus exportaciones para que con esos dólares contribuya a pagar dicha deuda; haciendo a un lado el hecho del medio ambiente de los países deudores.

El vicepresidente ejecutivo del *World Wildlife Fund*, Dr. Thomas E. Lovejoy afirmó que los países acreedores obligan a los países deudores al modelo anclado en las exportaciones para pagar la deuda externa a costa de los recursos naturales y con la presión de los organismos citados (FMI, Banco Mundial).<sup>(10)</sup>

En Costa Rica es la Fundación de Parques Nacionales la que tiene a su cargo la función de coordinar y desarrollar los programas conservacionistas financiados con el canje en mención.<sup>(11)</sup>

A propósito del papel de las ONGs juegan en estos trámites y procedimientos señalamos que es necesario que exista una fiscalización y control efectivos sobre estas organizaciones tan numerosas en América Latina.

Precisamente cuando se conoce que es la citada fundación la que se encarga de la operación comercial con el Banco Central y respecto de las entidades donantes; y, no existen mecanismos de fiscalización reales.

A partir de 1987 se iniciaron las gestiones para establecer en nuestro país ese canje, que se inicia en el sector privado, es decir con fines comerciales.<sup>(12)</sup>

#### b) *Costa Rica*

##### i. *Caso del Pórtico (1987)*

En enero de 1987, el Banco Central de esta nación, con participación del MINEREM autorizó al Northwest Bank de Indiana a canjear US \$10 millones de sus propias acreencias para comprar acciones y capitalizar a la firma Pórtico, empresa radicada en el país y que se dedicaba a la exportación de caobilla hacia los Estados Unidos.

(7) Cf. Chacón y Poveda, id., pp. 126 y sgts.; Javier Apéstegui, *Historia, desarrollo y práctica del fideicomiso* (San José; tesis de grado, licenciatura en Derecho, UCR, 1976, p. 33); Rodolfo Batiza, *El fideicomiso* (México: Ed. Porrúa, 4ª ed., 1980, pp. 121 y sgts.).

(8) Cf. *La Nación*, 17 de abril, 17 de mayo y 8 de setiembre de 1991; *La República*, 11 de mayo de 1992.

(9) Cf. Chacón y Poveda, *cit.*, p. 135.

(10) Cit. Chacón y Poveda, p. 137.

(11) *Idem.*, p. 139.

(12) Cf. Chacón y Poveda, p. 146.

El Banco Central emitió documentos de la deuda externa que hicieron posible que Pórtico adquiriera más de 8.500 hectáreas de bosque natural para manejarlo a perpetuidad en forma sostenible, con ciclos de corta de 35 años.<sup>(13)</sup>

Las fundaciones o transnacionales World Wildlife y Nature Conservancy participaron activamente en esos años (1987-1989) en mecanismos y operaciones de canje por naturaleza.

Varias transnacionales dedicadas a este comercio, compraron en el mercado secundario de la deuda externa, bonos con descuentos del 83%.

En 1988 títulos de la deuda externa fueron comprados por particulares a \$0.13, reconociendo el Banco Central de Costa Rica el 30% del valor nominal en bonos de 4 años de maduración máxima y un interés del 15%.<sup>(14)</sup>

Como se ha observado este canje de deuda externa por naturaleza se ha convertido en uno de los grandes negocios especulativos del continente, subvencionados por el Estado. Se ha transformado en una fuente de subvenciones estatales para actividades privadas, que escapa a los mecanismos de decisión nación y parlamentarios (en Costa Rica no hay ley que respalde ese canje).

El mecanismo del negocio consiste por ejemplo, en que una empresa privada compra títulos en el mercado secundario de la deuda externa por el 10% del valor nominal o facial de esa deuda y el Banco Central del país deudor se los puede comprar hasta en el 100% de ese valor facial; y, como en el caso del Pórtico le dan a perpetuidad tierras para que las explote.

Es una operación mercantil más dentro del marco del macro negocio de la deuda externa de los países del Tercer Mundo.

Se trata de una actividad mercantil en la cual el Estado del país deudor actúa como mecanismo de enriquecimiento para la empresa transnacional o capital extranjero que compra bonos de la deuda devaluados y el Banco Central se los recompra con una significativa ganancia. Pensar que no es negocio sería iluso.<sup>(15)</sup>

El sistema de *debt-for-equity swaps* o trueque de deuda externa fue llevado a cabo por banqueros del norte en busca de reducir el riesgo del no cobro de la deuda de los países del sur.

Se ha considerado este sistema como *win-win* (ganar o ganar) en el problema de la deuda, ya que las corporaciones transnacionales compran así capital barato para inversión local que pueden usar para establecer subsidiarias en los países deudores.<sup>(16)</sup>

(13) Cf. Chacón y Poveda, p. 147.

(14) *Idem.*, pp. 148 a 152.

(15) Cf. Franz Hinkelammert, *Las tareas futuras del Estado* en "Democracia sin pobreza" (San José: DEI-SELA, 1992, pp. 294 a 298).

(16) Cf. Ingemar Hedström, *El desafío ecológico en América Latina* (Bogotá: Ed. El Buho, 1991, pp. 45 a 49).

## ii. Mangos (1987)

En este año el Gobierno de Costa Rica solicitó el préstamo PL-480.<sup>(17)</sup> La Universidad de Costa Rica pidió una pequeña parte de ese préstamo para un programa de desarrollo de exportación de mangos, lo cual era parte de lo que se llamó Plan Nacional de Mangos. Se rechazó la petición de esta universidad y en su lugar se favoreció a las transnacionales PINDECO (exportadora de varias frutas). Esta empresa y BANDECO (exportadora de banano), son subsidiarias de la firma supranacional Del Monte.

En ese año de 1987 PINDECO comprometió la cosecha de mangos a 325 familias costarricenses; pero sólo el 28% de la fruta la aceptó esa empresa, rechazando el 72% en perjuicio directo de estos productores nacionales, ya que esta transnacional manifestó que este 72% no estaba en perfecto estado.<sup>(18)</sup>

## iii. PL-480 (1992)

Por lo que respecta al proyecto de préstamo del PL-480 que se procesa en el Poder Legislativo, la Sala IV (constitucional) consideró varios aspectos como inconstitucionales, por cuanto entre otros puntos le permitía al Poder Ejecutivo efectuar modificaciones presupuestarias, función propia del Poder Legislativo de acuerdo a la Carta Magna. De esta manera este proyecto debe ser renegociado con el Gobierno de los Estados Unidos para adecuarlo a la Carta Fundamental.<sup>(19)</sup> Se anunció que se solucionaría esta situación rápidamente.<sup>(20)</sup>

Sin embargo, en el mes de agosto y parte de setiembre, se efectuó una pugna entre el Partido Liberación Nacional y el Partido oficial (Unidad Social Cristiana) a propósito de unas reformas hechas por el Banco Central de carácter ilegal que entrabó el funcionamiento de la Asamblea Legislativa, hasta el día 3 de setiembre de 1992 fecha en que el Poder Legislativo aprobó en tercer debate el PL-480 por la suma de 15 millones de dólares (*La República* de ese día y año).

(17) Cf. Hedström, pp. 60 a 62.

(18) Cf. Rachel Garst, *Ayuda alimentaria, guerra y ajuste estructural en El Salvador* (San Salvador: Cinasa, 1991); Monique Blanc y Silvia Garbanzo *PL-480* (San José: tesis de grado, UCR, Facultad de Derecho, 1992).

(19) Cf. *La República* y *La Nación* (12 de agosto de 1992. Cf. Alvaro Meza, *Problemática internacional del PL-480 en relación con Costa Rica* (San José: Facultad de Derecho, posgrado, 1992, inédito).

(20) *La República* y *La Nación* (13 de agosto de 1992).

Este tema de las políticas neoliberales y la banca nacionalizada lo analizaré en una próxima investigación dada su enorme trascendencia institucional para el país.

Tanto lo relativo al ajuste estructural, lo pertinente a la deuda externa y los canjes, como a la reconversión industrial tienen el denominador común que es materia que manejan tecnócratas (no, abogados) y los aspectos legales no les preocupa ni les interesa. Por ello no hay normas legales en esos campos o los proyectos de ley que están en la Asamblea Legislativa presentan serios y graves problemas de inconstitucionalidad. Por otra parte, tampoco toman en cuenta la existencia del instituto de la soberanía de cada país, ya sea por ignorancia o complicidad con intereses foráneos.

c) *Bolivia (1987)*

Bolivia fue el primer país deudor que puso en práctica este canje. En 1987 se firmó un acuerdo entre la *Conservation International* (Washington D.C.) que pagó \$100.000 por títulos de la deuda externa a varios acreedores comerciales por una equivalencia de deuda de \$650.000. En este momento esa deuda facial o nominal vale 4 mil millones de dólares.

Por su parte el gobierno boliviano se comprometió a crear reservas de 1.600.000 hectáreas de bosque virgen tropical estatal.

Después de Bolivia, Costa Rica procedió a efectuar este canje.

e) *Ecuador (1987)*

La Fundación Natura obtendrá 10 millones de dólares para proyectos de conservación ambiental en Ecuador.

El Presidente de la Fundación Natura, Ing. Roque Savilla afirmó en los *Angeles Times* (14 de enero de 1987; cf. Hedström y Gómez, cit., pp. 55 y 56) que esos canjes deben ser establecidos de acuerdo a los criterios de las autoridades del país deudor a la par de los grupos conservacionistas nacionales; y, no de conformidad con los dictados de los bancos del exterior (cit., p. 56).

5. RAMA DEL DERECHO APLICABLE A LA CONVERSION DE DEUDA POR NATURALEZA

Sin duda es el *Derecho Público* y no, por razones obvias, el *Derecho Privado*, cuyos intereses son los de los particulares. Es el *Derecho Público*, ya que son los intereses de la comunidad los que están en juego (tesis de los intereses públicos) y además una de las partes (en este caso la deudora) es el Estado costarricense.

En el campo del *Derecho Público* intervienen tanto el *Derecho Público* externo como el interno. En el *Derecho Público* interno, están presentes el *Derecho Administrativo*, *Presupuestario*, *Financiero* y *Bancario* estatal.

6. CONTROLES SOBRE EL CANJE DE DEUDA POR NATURALEZA

Estos controles pueden ejercerse por medio del:

- a) Banco Central; y
- b) La Contraloría General de la República.

a) *Banco Central*

Se vuelve a recordar que el canje de la deuda externa por naturaleza no tiene base legal, sino que es un fenómeno de hecho, que por supuesto está violando el principio de legalidad, fundamental en el *Derecho Administrativo*. Ello lo afirmamos así ya que no existe una Ley emanada del Poder Legislativo que le dé el necesario sustento jurídico a estas negociaciones.

En esta *vía de hecho*, el Banco Central ejerce un control sobre los trámites, procedimientos y ejecución de estos canjes. Al respecto se puede consultar una guía para esta conversión publicada por este banco en octubre de 1986 y normas para esta conversión dadas por la Junta Directiva de este banco (5 de diciembre de 1990).

b) *Contraloría General de la República*

De acuerdo a los artículos 183 y 184 de la Carta Magna, esta Contraloría tiene la función de ejercer el control jurídico contable de la hacienda pública.

En el Poder Legislativo existe depositado un proyecto de ley para esta Contraloría, sin embargo, no existe voluntad de los partidos mayoritarios para emitirlo como ley de la República.

De conformidad con la Constitución Política y la Ley Orgánica de esta Contraloría, se puede llevar a cabo una fiscalización sobre el Banco Central y respecto de la Fundación de Parques Nacionales, involucrados en el mecanismo de este canje; sin embargo, tal control no se ejerce en la realidad.

Al tenor de la Ley de Fundaciones, N° 5338 del 28 de agosto de 1978, la Contraloría de la República puede ejercitar una fiscalización sobre las

fundaciones), pero este control no se realiza en la práctica y queda en el papel. Igualmente, la Contraloría citada puede fiscalizar no sólo al Banco Central sino también el Banco Cooperativo (BANCOOP). Para estos efectos del canje tal fiscalización no se lleva a cabo.

Recordemos que BANCOOP actúa como ente fiduciario y es un banco regido por el derecho público (pues se trata de una entidad de derecho público no estatal, pues es ente cooperativo). La Contraloría tiene facultades para fiscalizar este banco dado que, entre otras cosas, los fondos financieros son públicos y los intereses en juego también.

Igualmente, el MINEREM podría, si quisiera ejercer controles sobre estos mecanismos de canje. Sin embargo, las orientaciones políticas y de otro tipo, que actúan como presiones en todas direcciones y entes públicos, hacen que los controles queden en el papel.<sup>(21)</sup>

## 7. EFECTOS DEL CANJE

### a) Económicos

Se argumenta que ese canje provoca *inflación*. La operación del canje implica un subsidio ya que al que compra deuda vía canje citado, el Estado de Costa Rica la adquiere a un precio mayor que el que pagó el particular en el mercado secundario de la deuda externa. Tiene que ser de ese modo para que el particular haga negocio con esa compra. En un país como el nuestro del Tercer Mundo, y en la coyuntura actual de la economía, esas emisiones del Banco Central son inorgánicas; y, por ende producen inflación. También por esta razón, el Banco Central ratificó la suspensión de estos canjes por acuerdo de la Junta Directiva de este banco el 25 de mayo de 1991.<sup>(22)</sup>

El Estado costarricense compra así su propia deuda a un particular intermediario a un precio más caro que si la comprara directamente.

### b) Políticos

Por un lado con estos canjes se está subsidiando y enriqueciendo a particulares que hacen el negocio de comprar barata la deuda externa de

un país del Tercer Mundo y después se la vuelven a vender a un precio mucho más alto.

Además, se corre el riesgo de que los particulares nacionales o extranjeros, de que al comprar áreas del territorio nacional, las controlen y decidan el manejo y el uso que se den a tales franjas del suelo costarricense en perjuicio del país.<sup>(23)</sup>

### c) Sociales

Cuando a propósito de estos canjes se afectan a las comunidades rurales y de campesinos cuando el Gobierno actúa sin tomarlos en cuenta; y, haciendo a un lado la participación de estos grupos locales y sus propios intereses.

Cardenal lo dice así:

Los efectos negativos se dan cuando los acreedores e intermediarios imponen condiciones desventajosas para el país deudor, con una intención y una lógica neocolonista y cuando el Gobierno no conduce de manera apropiada la negociación y “vende barato” su biodiversidad (caso de Bolivia), produce inflación (caso de Costa Rica y Brasil), no consulta a las comunidades locales afectadas o cede el control sobre decisiones importantes a intereses extranjeros.<sup>(24)</sup>

### d) Jurídicos

La lesión más grave a la soberanía de los países del Tercer Mundo. En el caso concreto a Costa Rica.

La soberanía no es parcial ni relativa ni a medias. Es completa, total y absoluta. Claro está que en el plano económico, político, industrial, militar, tecnológico, financiero, el colonialismo y el control de los países ricos sobre las naciones subdesarrolladas se ejerce sin duda alguna (dimensión real). Sin embargo, dentro de la lógica propia del Derecho (dimensión legal o formal; el formalismo jurídico), los países son iguales (igualdad formal de las naciones, sobre la que se asienta el Derecho Público Internacional).

(23) Cf. Chacón y Poveda, cit., pp. 192 y 195; y, Lorenzo Cardenal “Debt-swaps”, *medio ambiente y desarrollo sostenible* (Managua: Cries, en: “Los canjes de deuda: solución viable?” Leonardo Garnier et al., 1991).

(24) Cf. Lorenzo Cardenal, cit., p. 65.

(21) Cf. Chacón y Poveda, cit., pp. 153 a 178.

(22) Cf. Chacón y Poveda, cit., pp. 180 a 186.

En ese sentido recordemos lo que dice la *Carta de las Naciones Unidas*:

*Artículo 2.—La ONU está basada en el principio de la igualdad soberana de todos sus miembros; siendo los objetivos de la ONU la paz, la justicia y la seguridad internacionales.*

#### *Carta de derechos y deberes económicos de los Estados*

*Capítulo I.—Los principios que regulan las relaciones entre los Estados son (entre otros):*

- \* La igualdad soberana de todos los Estados,
- \* Soberanía, integridad territorial e independencia política de los Estados.

#### *Capítulo II.—*

*Artículo 1.—Todo Estado tiene el derecho soberano e inalienable de elegir su sistema económico, así como sus sistemas político, social y cultural, de acuerdo con la voluntad de su pueblo, sin injerencia, coacción ni amenazas externas de ninguna clase.*

*Artículo 2.—Todo Estado tiene y ejerce libremente su soberanía plena y permanente.<sup>(25)</sup>*

Esto dice el papel, pero lo importante en el Derecho Internacional es que el respeto ajeno es la paz, y la única vía de solución de conflictos es el Derecho, *salvo* cuando los países grandes, que dominan la ONU (Consejo de Seguridad) deciden hacer la guerra en nombre de la paz, lo cual es muy contradictorio, pero ya lo han hecho, siempre en nombre de la paz y de la justicia internacionales.

La *soberanía* de los países deudores, como Costa Rica se pone en grave peligro cuando los que compran parte de la deuda externa en el mercado secundario, imponiendo condiciones al país deudor. Con estas ventas del

(25) Cf. por todos, Manuel Medina, *La organización de las Naciones Unidas* (Madrid: Ed. Tecnos, 1974, pp. 172 y 173) y Kurt Waldheim et al *Justicia económica internacional* (México: CFE, 1976, pp. 267 y 268).

territorio nacional, los recursos naturales y la biodiversidad se pueden poner en manos de capital extranjero, bajo la vía de las fundaciones sin control reales y fideicomisos que manejan masas de dinero enormes a criterio abierto de los llamados “administradores” reales o falsos y en perjuicio directo del país subdesarrollado, lo cual podría tener como respaldo el proyecto de ley del sistema nacional de áreas de conservación.<sup>(26)</sup>

#### 8. FRACASO DE CANJE

Este sistema de canje fracasó.

Efectivamente, en América Latina de los 400 mil millones de dólares de la deuda externa, sólo el 0,03% responden a compras bajo ese rubro de canje por naturaleza. En Costa Rica, fracasó porque produjo inflación, como lo expresó el Ministro de los recursos naturales (*La Nación*, 1° de junio de 1992).

#### 9. LOS RIESGOS

Los riesgos de corrupción y abusos de poder que resultan de la falta de transparencia de estos mecanismos; y, del problema intrínseco de quiénes y con qué criterios pueden definir la asignación del gasto público, se agravan con la entrada en el juego de los donantes externos y los organismos no gubernamentales.

Los donantes extranjeros (aquellos que compran los títulos de la deuda en el mercado secundario) por un lado, no sólo se preocupan de multiplicar los colones y los pesos que pueden comprar sus dólares, sino que al hacerlo buscan también multiplicar la influencia política de su cooperación, definiendo ya no sólo el destino de los fondos por ellos aportados, sino el destino de los fondos públicos del país. Recordemos que en Costa Rica por cada tres (\$3) que aportó el Estado, el extranjero comprador puso un dólar (\$1), en los canjes hechos; mientras que, en otros países de América Latina el aporte del Estado fue mayor (Argentina: \$5, República Dominicana: \$6 y Ecuador: \$7).

En lo que corresponde a las ONGs, los fondos públicos que manejan no tienen controles reales y no le rinden cuentas efectivas a nadie.<sup>(27)</sup>

(26) Cf. Chacón y Poveda, cit., pp. 216 y 217; *Gaceta* N° 155 del 19 de agosto de 1991.

(27) Cf. Leonardo Garnier, *Los “debt swaps”: evaluación crítica*, en “Los canjes de deuda...”, Cries, cit., pp. 34 y 35.

## 10. A MODO DE CONCLUSION

1. Está claro que el monto total de las deudas externas de América Latina hacen ver el canje en mención (como los demás medios de intercambiar esas deudas) como irreal para resolver este problema (Carlos Isaac Pérez "Canje de deuda por naturaleza", *La Nación*, 26 de junio de 1962);
2. Este canje analizado ha fracasado en América Latina por diversas razones (provocó inflación y pone en peligro la biodiversidad, por ejemplo) y, además, los capitalistas transnacionales prefieren invertir en otros negocios más rentables;
3. Lo relevante es que para los países subdesarrollados, lo primordial es tener presente que sin políticas ambientales no habrá desarrollo (Andrew Steer "Un medio ambiente propicio para el desarrollo" en *Finanzas y Desarrollo*, junio de 1992, Washington, D. C., FMI-BM, pp. 18 a 21);
4. En Costa Rica se suspendió este canje ya que produjo inflación;
5. Deben existir mecanismos de control efectivos sobre las ONGs (fundaciones y otras) de parte del Estado (Contraloría General de la República, Banco Central, Auditoría General de Bancos, etc.) como también la puesta en vigor de la Ley de Fundaciones para que la fiscalización sobre esos fondos públicos sea una realidad y no mero papel impreso.

## BIBLIOGRAFIA BASICA DE REFERENCIA

- Aguilar, Magdalena. *El defensor del ciudadano*. (México: UNAM, 1991).
- Arauz, Sandra; Póveda Silvia. *Aspectos legales de la conversión de la deuda externa por naturaleza*. (San José: Facultad de Derecho. UCR, tesis de licenciatura, 1992).
- Araya, Rigoberto. *Actualización del índice del nivel de vida para Costa Rica y cómputo para 19 países latinoamericanos*. (San José: Banco Central, 1991).
- Artraga, Javier. *La naturaleza de la política estatal en situación de capitalismo periférico*. (México: CIDE, Centro de Investigación y docencia económica, 1982).

Barrera, Yesid et al. *Informalización y pobreza*. (San José: FLACSO, 1992)

Blanc, Monique; Garbanzo, Silvia. *PL-480: 1982-1990*. (San José: UCR. Facultad de Derecho, tesis de licenciatura, 1992).

Bergel, Salvador. *Los créditos a interés variable: su incidencia en la deuda externa latinoamericana*. (Buenos Aires: inédito, 1992).

Blomstrom, Magnus; Hettne, Björn. *Development Theory in Transition*. (London: Zed Books, 1988).

Bulmer-Thomas, Víctor. *La economía política de Centro América desde 1920*. (San José: EDUCA-BCIE, 1989).

*Propuesta de un nuevo modelo de desarrollo de largo plazo para Centro América*. (El Salvador: Centro de investigaciones tecnológicas y científicas, "Política económica" N° 7, 1991).

Burke, Peter. *Sociología e historia*. (Madrid: Editorial Alianza, 1987).

Calderón, Fernando; Dos Santos, Mario. *Hacia un nuevo orden estatal en América Latina*. (México: CFE, 1991).

Camacho, Edna; González, Claudio. *Apertura Comercial y ajuste de la empresa*. (San José: Academia de Centroamérica, 1992).

Carrillo, Mario. *Las formas de financiamiento estatal en el desarrollo económico reciente de Costa Rica*. (San José: IIE-UCR, abril, 1988).

Carvajal, María. *Reforma del Estado, ahora o nunca*. (San José, "Actualidad económica", abril, 1992).

Casar, María; Pérez, Wilson. *El estado empresario en México: ¿agotamiento o renovación?*. (México: Siglo XXI, 1988).

Castro, Silvia. *Estado, privatización de la tierra y conflictos agrarios*. (San José: UNA-UCR, Revista de Historia, Nos. 21-22, 1990).

Cayetano, Jorge. *La organización comunal y DINADECO, 1964-1987*. (San José: ICES, Instituto Costarricense de Estudios Sociales, 1989).

Ceara, Miguel. *El caso de República Dominicana, deuda externa y crecimiento económico*. (Managua, CRIES, 1991).

- CEPAL. *Magnitud de la pobreza en América Latina en los años 80*. (Santiago: CEPAL, agosto, 1991).
- Crozier, Michel. *¿Cómo reformar el Estado?* (México: CFE, 1992).  
*Estado moderno, Estado modesto*. (México: CFE, 1992).
- Devlin, Robert. *Canje de deuda por naturaleza: la necesidad de una nueva agenda*. (México: "Comercio Exterior", marzo, 1992).
- Edelman, Marc. *La cultura política de una protesta campesina contra el ajuste estructural económico*. (San José: UNA-UCR, Revista de Historia N° 23, 1991).
- Esquivel, Hazel et al. *La sustitución monetaria en Costa Rica*. (San José: Banco Central, 1991).
- Federouisky, Sergio. *El largo viaje hacia Rio*. (San José: "Aportes", junio, 1992).
- Félix, David. *Privatización y retracción del Estado en América Latina*. (Santiago: Revista de la CEPAL, N° 46, abril, 1992).
- Fernández, Raúl. *Los contratos internacionales de préstamo*. (San José: UCR, Facultad de Derecho, tesis de licenciatura, 1977).
- Fischer, Stanley et al. *Economía*. (México: Mc Graw Hill, 2ª ed., 1991).
- Fournier, Luis. *Desarrollo y perspectiva del Movimiento Conservacionista Costarricense*. (San José: UCR, 1991).
- Franco, Rolando; León, Arturo. *Estilos de Desarrollo, papel del Estado, estructura del Estado en Costa Rica*. (Madrid: "Pensamiento Iberoamericano", N° 6, 1986, CEPAL-ICI).
- Gaba, Ernesto. *Ensayos sobre el papel del tipo de cambio en el ajuste de la balanza de pagos*. (San José: Banco Central, 1992).
- Garita, Nora; López, Marta. *Ajuste estructural, salud y opinión pública*. (San José: UCR, "Ciencia y tecnología", Vol. 13, N° 1-2, 1989).
- Garnier, Leonardo et al. *Los canjes de deuda: solución viable?* (Managua: CRIES, 1991).
- Garst, Rachel. *Ayuda alimentaria, guerra y ajuste estructural en El Salvador*. (El Salvador: CINAS-Resource Center, 1990).
- Geiger, Erwin. *Hacia un verdadero crecimiento de los países en desarrollo*. (San José: LIL, 1992).
- Gómez, Facundo. *La conversión de deuda por naturaleza*. (México: "Comercio Exterior", marzo, 1992).
- Gómez, José; Hedström, Ingemar. *El desafío ecológico en América Latina*. (Bogotá: Ed. El Buho, 1991).
- González, Claudio. *Apertura comercial y ajuste de la empresa*. (San José: Academia de Centroamérica, centro para el desarrollo económico, 1992).
- González, Hernán. *Centroamérica en crisis*. (Heredia, UNA, 1992).
- Green, Rosario et al. *Centroamérica en crisis*. (México: El Colegio de México, 1980).
- Guidotti, Pablo. *Dollarization in Latin America: Gresham's Law in Reverse?* (IFM: Washington, D. C., WP/91/117, 1991).
- Gutiérrez, Enilda. *La inversión extranjera directa en Costa Rica*. (San José: UCR: Facultad de Derecho, tesis de licenciatura, 1990).
- Herrera, Carlos. *El PAE y la política comercial de Costa Rica durante las décadas del 70 y el 80; y, perspectivas para la década del 90*. (San José: Banco Central, 1991).
- Hill, Stephen et al. *La tesis de la ideología dominante*. (México: Siglo XXI, 1987).
- Husain, Aasim. *Distortionary Taxation and the Debt Laffer Curve*. (IFM: Washington, D. C., 1992, WP/92/10).  
*Sovereign Debt Relief Schemes and Welfare*. (IMF: Washington, D. C., 1992, WP/92/25).
- Intrados Group SWAPS. (Washington, D.C.: Intrados Group Publication, Vol. 4, N° 2. 1990).

- Klein, Thomas. *Innovaciones en el alivio de la carga de la deuda: el Club de Paris* (Washington D.C.: FMI-BM, "Finanzas y Desarrollo", marzo de 1992).
- Larouche, Lyndon et al. *La integración iberoamericana*. (Washington, D. C., Instituto Schiller, 1988).
- Lizano, Eduardo. *El PAE, una vez más*. (San José: Banco Central, 1991).
- López, Marta. *La opinión pública regional y la política económica en Costa Rica, 1988*. (San José: "Ciencia y Tecnología", Vol. XIII, Nos. 1-2, 1989).
- MacEwan, Arthur. *Deuda y desorden*. (México: Siglo XXI, 1992).
- Márquez, Pompeyo. *La erradicación de la pobreza*. (México: "Coppal", año 2, N° 8, 1991).
- MINEREM. *Memoria Primer Congreso Estrategia de Conservación*. (San José: MINEREM-ECODES, 1988).
- Muller, Edward; Seligson, Mitchell. *Estabilidad democrática y crisis económica*. (San José: UCR, Anuario de estudios centroamericanos, 1990-1991).
- O'Kane, Trish. *El desarrollo: un negocio?* (Managua; "Pensamiento propio", marzo, 1992, CRIES).
- Orellana, Carlos. *La iniciativa para las Américas: alcances y limitaciones*. (San Salvador: Centro de investigaciones tecnológicas y científicas, setiembre, 1991).
- Ortiz, Arturo. *El fracaso neoliberal en México*. (México: Ed. Nuestro Tiempo, 1988).
- Picado, Roberto. *Asistencia financiera del FMI a Costa Rica*. (San José: Banco Central, 1991).
- Pinto, Hugo. *La deuda externa en Honduras*. (Managua: CRIES, julio, 1991).
- Piric, Madsen. *Teoría y práctica de la privatización*. (Guatemala: Sofarma, 1987).

- PNUD. *Desarrollo humano, informe 1991; 1992*. (Bogotá: Tercer Mundo, 1991; 1992).
- Portantiero, Juan. *La democratización del Estado*. (Managua: "Pensamiento Iberoamericano", N° 5, CEPAL, ICI, 1984).
- Perry, Guillermo et al. *Deuda externa y reforma del sistema monetario internacional*. (Bogotá: Prodemocracia, 1986).
- Rajasinghman, Indi. *Currency Diversification of Reserves and Sovereign Debt for Small Open Economies*. (Washington, D. C., IMF, WP, 91-109, 1991).
- Reuben, Sergio. *Ajuste estructural en Costa Rica* (San José: Ed. Porvenir, 1988).
- Rodríguez, José M. et al. *Política económica, ética social y espiritualidad* (Heredia: UNA, 1991).
- Rodríguez, Marlene. *El proyecto de democratización del sector público* (San José: UCR, Facultad de Derecho, posgrado, inédito, 1991).
- Rodríguez, Pablo. *Consideraciones sobre el Plan Bush*. (San José: "Banca, Bolsa & Seguros", N° 7, 1991).
- Román, Isabel. *Efectos del ajuste estructural en el agro costarricense*. (San José: "Polémica", N° 16, 1992).
- Romero Mora, Patricia et al. *Impacto del programa de ajuste estructural en el comercio internacional* (San José: Universidad Interamericana de Puerto Rico, maestría, inédito, 1990).
- Romero Pérez, Jorge Enrique. *Derecho y clases medias* (San José: Ministerio de Cultura, Juventud y Deportes, 1985); *Algunas notas sobre los diversos enfoques acerca de la crisis* (Costa Rica) (San José: Revista de Ciencias Jurídicas N° 46, 1982); *¿La deuda externa...o eterna?* (San José: La Nación, 24-XII-87, p. 16-A); *El aporte de la CEPAL y las perspectivas del Estado costarricense* (San José: Revista Judicial N° 22, 1982); *Derecho Administrativo y Estado Costarricense* (San José: UCR, 1984); *La deuda externa: otra cara de la crisis* (San José: RCJ N° 59, 1988); *Coyuntura y proyecto nacional* (San José, inédito, 1988); *Estado social y democrático de derecho ante la crisis* (San José: Revista de Ciencias Jurídicas, N° 60, 1986); *Derecho y deuda ex-*

- Tedesco, Juan. *Estrategias de desarrollo y educación*. (Madrid: "Pensamiento Iberoamericano", N° 19. ICI-CEPAL, 1991).
- Toureine, Alain. *América Latina, punto cero*. (México: "Coppal", año 2, N° 8, 1991).
- Torres Rivas, Edelberto et al. *Costa Rica: crisis y desafíos*. (San José: DEI-CEPAS, 3ª ed. 1989).
- Varela, Edgard et al. *El parlamento centroamericano*. (San Salvador: Centro de investigaciones tecnológicas y científicas, 1991).
- Walker, Iam; Pinto, Hugo. *La deuda externa en Honduras*. (Managua: CRIES, julio 1991).
- Whamond, Tobin. *Valuing the Argentina Brady Plan*. (Florida: Latin Finance, June, 1992).
- Zúñiga, Norberto. *Un enfoque monetario del costo de la inflación en Costa Rica*. (San José: Banco Central, 1992).

- terna (San José: Revista de Ciencias Jurídicas, N° 62, 1989); *Deuda externa y derechos humanos* (San José: inédito, 1989); *Los supuestos del neoliberalismo económico y la deuda externa* (ensayo de derecho económico internacional) (San José: RCJ, N° 66, 1990); *El derecho internacional como instrumento de solución al problema de la deuda externa* (San José: RCJ, N° 67, 1990). *Aspectos jurídicos, iniciativa de las Américas y deuda externa* (San José: RCJ, N° 68, 1991). *El servicio público*. (San José: UCR, 1983). *La reforma del Estado* (San José: UCR, RCJ N° 69, 1991). *El ajuste estructural y el derecho*. (San José: UCR, RCJ, No. 70, 1991).
- Rosenthal, Gert. *Balance preliminar de la economía de América Latina y el Caribe, 1991*. (México: "Comercio Exterior", febrero, 1992).
- Saborío, Silvia. *The Costa Rican debt: lessons and implications*. (Inédito, mimeo, s. f.).
- Samtleben, Jürgen. *Cláusulas de jurisdicción y legislación aplicable en los contratos de endeudamiento externo de los Estados latinoamericanos* (Buenos Aires: Revista del Derecho Industrial, mayo-agosto, 1989, No. 32, Ed. Depalma).
- Schatan, Jacobo. *Endeudamiento externo y dependencia: el caso de América Latina* (Tegucigalpa: UNAH, Revista Centroamericana de Economía, setiembre 1987-abril 1988).
- Segura, Olman. *Costa Rica y el GATT*. (San José: Ed. Porvenir, 1991).
- Selonsky, Marcelo. *El financiamiento externo y el ajuste*. (Washington, D.C.: FMI, "Finanzas y desarrollo", junio, 1991).
- Selser, Gregorio. *Informe Kissinger*. (México: El Día, 1984, introducción y traducción).
- Shilling, John. *Reflexiones sobre la deuda y el medio ambiente* (Washington D.C.: "Finanzas y Desarrollo", junio, 1992).
- Skogly, Sigrun. *Desarrollo económico, deuda y derechos humanos*. (Bogotá: "El otro derecho", diciembre, 1991, ILSA).
- Tardarico, Richard. *Crisis económica y ajuste estructural: el mercado laboral en San José: (Costa Rica): 1979-1987*. (San José: UCR, Anuario de estudios centroamericanos, 1990-1991).

## EL REPRESENTANTE DE CASAS EXTRANJERAS EN LA CONTRATACION ADMINISTRATIVA

Master Carlos Serrano  
Vicerrector de Administración  
Universidad de Costa Rica

De acuerdo con el artículo 10 de la Ley N.º 7592, el representante de las casas extranjeras en la contratación administrativa es el funcionario que, en virtud de un contrato, actúa en nombre de la casa extranjera para la ejecución de los trabajos que se le encomiendan. Este representante debe ser un funcionario de la casa extranjera que, en virtud de un contrato, actúa en nombre de la casa extranjera para la ejecución de los trabajos que se le encomiendan. Este representante debe ser un funcionario de la casa extranjera que, en virtud de un contrato, actúa en nombre de la casa extranjera para la ejecución de los trabajos que se le encomiendan.

El Reglamento de la Contratación Administrativa establece en el artículo 10 que el representante de las casas extranjeras debe ser un funcionario de la casa extranjera que, en virtud de un contrato, actúa en nombre de la casa extranjera para la ejecución de los trabajos que se le encomiendan. Este representante debe ser un funcionario de la casa extranjera que, en virtud de un contrato, actúa en nombre de la casa extranjera para la ejecución de los trabajos que se le encomiendan.

1. Ley N.º 7592, Ley de Contratación Administrativa, artículo 10.  
2. Reglamento de la Contratación Administrativa, artículo 10.  
3. Ley N.º 7592, Ley de Contratación Administrativa, artículo 10.

Alfonso, J. (1991). *El representante de las casas extranjeras en la contratación administrativa*. San José: Editorial Jurídica Costarricense.  
Alfonso, J. (1992). *El representante de las casas extranjeras en la contratación administrativa*. San José: Editorial Jurídica Costarricense.  
Alfonso, J. (1993). *El representante de las casas extranjeras en la contratación administrativa*. San José: Editorial Jurídica Costarricense.  
Alfonso, J. (1994). *El representante de las casas extranjeras en la contratación administrativa*. San José: Editorial Jurídica Costarricense.  
Alfonso, J. (1995). *El representante de las casas extranjeras en la contratación administrativa*. San José: Editorial Jurídica Costarricense.  
Alfonso, J. (1996). *El representante de las casas extranjeras en la contratación administrativa*. San José: Editorial Jurídica Costarricense.  
Alfonso, J. (1997). *El representante de las casas extranjeras en la contratación administrativa*. San José: Editorial Jurídica Costarricense.  
Alfonso, J. (1998). *El representante de las casas extranjeras en la contratación administrativa*. San José: Editorial Jurídica Costarricense.  
Alfonso, J. (1999). *El representante de las casas extranjeras en la contratación administrativa*. San José: Editorial Jurídica Costarricense.  
Alfonso, J. (2000). *El representante de las casas extranjeras en la contratación administrativa*. San José: Editorial Jurídica Costarricense.

En la actividad de la contratación administrativa está presente un elemento, que se denomina el Representante de Casas Extranjeras, cuyas características y formas de actuar, se expondrán seguidamente.

De acuerdo con el ordenamiento jurídico, y propiamente a lo establecido en el Código de Comercio <sup>(1)</sup>, el representante de casas extranjeras, es la persona o firma domiciliada en el país que actúa permanentemente como agente de ventas o de compras de una persona o firma extranjera, colocando órdenes de compra o de venta directamente a las firmas importadoras o exportadoras locales con base en comisión o porcentaje. Concepto que fue ampliado en la Ley N° 4684 del 30 de noviembre de 1970, el expresar en su artículo primero que se entienden por distribuidores o representantes de casas extranjeras o de sus sucursales, filiales y subsidiarias, además de los sujetos definidos en el Código de Comercio, toda persona natural o jurídica, que en forma continua o autónoma, con representación legal, o sin ella, prepare, promueva, facilite o perfeccione la venta de mercaderías o servicios que otro comerciante o industrial extranjero venda o preste <sup>(2)</sup>. En la práctica de la contratación administrativa su participación se concreta a someter la oferta, o documento original, recibida del principal o casa extranjera que representa, ante la administración que promueve el concurso, o sea, es un colocador de ofertas. Aunque también puede constituirse en un medio de apoyo del órgano contratante, en la ubicación de fuentes de abastecimiento y de catálogos y otra literatura con especificaciones técnicas de los bienes o servicios de interés de aquel para redactar un pliego de condiciones.

El Reglamento de la Contratación Administrativa, en sus artículos del 97 al 102, establece ciertos requisitos a los cuales está sometida la actuación del representante de casas extranjeras, en todo lo concerniente a concursos públicos.

Sin embargo, tal normativa no ha sido suficiente para comprender su verdadero papel obligando, esta situación, a la Contraloría General de la República a dictar una abundante jurisprudencia, la cual ha permitido definir con mayor claridad la forma y el contenido de su actuación. Es así como dentro de ésta se pueden comentar los siguientes aspectos:

- (1) Código de Comercio, República de Costa Rica 1981-1982. Editorial Porvenir. Pág. 85-86.
- (2) Herman Rodríguez Arce. "El papel del Representante de Casas Extranjeras en la Contratación Administrativa" - En Revista de la Contraloría General de la República N° 27, (año XIII, diciembre 1979, pág. 17).

A. Es lícita su participación para:

- a) Proponer fuentes de aprovisionamiento;
- b) Entregar catálogos o literatura con especificaciones técnicas de los productos o servicios ofrecidos;
- c) Presentar recursos de objeción a carteles de licitación;
- d) Presentar, a la administración licitante, la oferta del principal;
- e) Ofrecer, conjuntamente con lo propuesto por el principal, determinados servicios;
- f) Depositar, a nombre del principal, las garantías de participación o de cumplimiento exigidas en los carteles;
- g) Entregar las muestras requeridas en los carteles;
- h) Declarar bajo juramento que no le alcanzan las prohibiciones para representar en los casos en que actúe en forma conjunta con el principal, ofreciendo productos o servicios. Cuando actúe por sí, como representante no está obligado a la declaración;
- i) Presentar a la administración, la documentación necesaria para demostrar que se cuenta con la representación formalmente conformada; solo cuando así lo exija el pliego de condiciones;
- j) Retirar la orden de compra, para iniciar los trámites de ejecución de contratos;
- k) Retirar la garantía de participación;
- l) Velar porque el contrato se ejecute con estricto ajuste a las modificaciones establecidas en el cartel, la oferta y el acta de adjudicación de las contrataciones.

B. Es ilícita su participación en:

- a) La presentación de ofertas en concursos donde haya participado en la redacción de los carteles;
- b) La modificación de los contenidos de las ofertas por iniciativa propia;
- c) La interpretación de las propuestas, sin las instrucciones precisas del principal;
- d) La traducción de las ofertas del principal;
- e) Hacer declaraciones juradas a nombre del principal;
- f) Presentar garantías de participación a su nombre, y no del principal.

En el ámbito de la participación del representante de casas extranjeras, es importante indicar, que resulta determinante para la adjudicación de una

oferta, la presentación de las cotizaciones o precios de catálogo recibidos del principal y la declaratoria expresa de que éste se somete a las leyes y tribunales del país, en todo lo concerniente a la tramitación y ejecución de un contrato administrativo. Omitir estos requisitos implica la nulidad de la oferta presentada <sup>(3)</sup>.

El Código de Comercio, en su Capítulo Séptimo, es el instrumento jurídico que con mayor claridad establece el papel del representante, en su relación con la actividad de contratación administrativa, y propiamente en su artículo 363 dice: El representante de casas extranjeras actúa siempre por cuenta de las firmas que representa y no será responsable por el incumplimiento de éstas.

Su responsabilidad se limita al estricto cumplimiento de las instrucciones que reciba de las firmas que representa ajustándose a la más rigurosa moralidad y ética comercial <sup>(4)</sup>.

En la práctica de la contratación, esta normativa se cumple a plenitud, ya que el representante se limita a colocar la oferta, asumiendo el principal la responsabilidad por cualquier incumplimiento de los términos de los contratos.

También es importante mencionar que el representante de casas extranjeras, actuando como tal en los concursos públicos, no está obligado a aportar un poder especial, general o generalísimo, de la casa principal que representa <sup>(5)</sup>.

Tampoco lo está, para presentar estados financieros, en tanto no resulte coobligado con el principal, o sea que no asuma compromisos complementarios <sup>(6)</sup>.

Según lo expresado, este elemento, dentro del sistema de aprovisionamiento de las instituciones del Sector Público, cumple un papel de mucho interés en todas aquellas compras de importación, haciéndose necesario que la jurisprudencia existente sea incorporada al Reglamento de la Contratación Administrativa, y que de alguna manera se le establezcan mayores responsabilidades en su participación en la contratación de bienes y servicios.

(3) Ministerio de Hacienda, "Manual de Jurisprudencia sobre Contratación Administrativa (1977-1983)". Publicación de la Proveeduría Nacional (mayo de 1984). Pág. 34-37.

(4) Código de Comercio. op. cit. Pág. 86.

(5) Revista de la Contraloría General de la República N° 31 (año XV), diciembre 1981). Pág. 55.

(6) Revista de la Contraloría General de la República N° 33 (año XVI, diciembre 1982). Pág. 83.

### C. Forma de Trabajo

El Representante de Casas Extranjeras para poder desempeñarse en el mercado comercial requiere de una licencia que lo acredite como tal, la cual es extendida por el Ministerio de Economía, Industria y Comercio.

El cumplimiento de este requisito faculta para participar en las contrataciones que promueven las instituciones del Estado.

Una vez entregada la licencia, tiene que incorporarse a la Cámara de Representantes de Casas Extranjeras, organismo privado que aglutina a todas las personas físicas y jurídicas que ejercen representación, el cual además de velar por los intereses de sus miembros, busca coordinar y desarrollar activamente el comercio internacional.

Esta incorporación tiene que registrar las empresas y productos que se ofrecerá, conforme a las autorizaciones emitidas por las organizaciones extranjeras que se representan, según las relaciones formales e informales establecidas.

En todo caso, la relación comercial es el resultado del contacto directo entre la persona física o jurídica y la empresa internacional, según sus intereses.

Una vez formalizado el vínculo entre el representante y la empresa extranjera, su participación en los negocios se da sobre la base de una comisión, la que generalmente es un porcentaje del monto global de cada negociación y la cual se incluye en el precio total del producto o servicio ofrecido. Esta Comisión se negocia según la naturaleza y condiciones de la venta.

Para desarrollar una participación exitosa y un proceso de negociación efectiva, el Representante visita las empresas representadas para conocer en detalle lo ofrecido y recibir capacitación, lo cual le permite tener un mejor desempeño comercial.

### D. Funciones

Con base en la práctica de la contratación, se podrían definir las siguientes funciones de un Representante:

- a) Servir como medio de enlace entre la empresa internacional y las organizaciones nacionales, en las negociaciones de mercancías, equipos y servicios;
- b) Dar asesoría y asistencia técnica a los potenciales compradores de bienes y servicios;
- c) Dar divulgación, promoción y publicidad a los productos y servicios ofrecidos por empresas extranjeras;

- d) Hacer la demostración de la calidad y características técnicas de los bienes y servicios ofrecidos;
- e) Ofrecer muestras de los productos ofrecidos;
- f) Localizar nuevos clientes para el exportador
- g) Colocar las ofertas y entregar las facturas del principal (de la empresa oferente).
- h) Depositar las garantías de participación y cumplimiento a nombre del principal;
- i) Entregar catálogos y literatura variada sobre la naturaleza de los productos y servicios que representan; y
- j) Ofrecer capacitación a los compradores.

En general, lo que hace es ejercer una representación, servir de mediador o enlace en la colocación de ofertas, entre el importador nacional y el exportador extranjero, sin tener una responsabilidad legal definida ante el comprador. Esto es así, por cuanto la oferta es el fiel reflejo de lo que realmente ofrece la casa comercial que se representa y el Representante no puede hacerle modificaciones, ni tomar decisiones o asumir compromisos por el principal. Mejor dicho, actúa por cuenta de las firmas que representa.

### E. Condiciones, Responsabilidades y Requisitos

La actividad de representación de casas extranjeras requiere de aquellos que la ejercen, ciertas condiciones, responsabilidades y requisitos, los cuales son inherentes a la naturaleza de los negocios que se realizan. Entre ellas tenemos:

#### a. Condiciones

Para cumplir un papel relevante en el proceso de negociación, convertirse en un vendedor eficiente y eficaz y sobre todo lograr la apertura del mercado, el Representante debe reunir las siguientes condiciones:

- Tener al día la licencia de representante;
- Estar autorizado por las empresas internacionales para representarlas y ofrecer sus bienes o servicios;
- Dominar las características técnicas y especificaciones de los bienes y servicios que vende;
- Tener alguna afinidad con los bienes o servicios que se representa. Aunque en la práctica esta condición no se cumple;

- Ser competente, hábil y demostrar seriedad y capacidad en las relaciones comerciales;
- Actuar con libertad para participar activamente en el mercado, según su capacidad particular. Dependiendo de la representación del mercado así será su participación; y
- Tener presente y actuar en cada negociación sobre principios y valores éticos claros.

#### b. Responsabilidades

Con base en las condiciones citadas anteriormente, el Representante asume las siguientes responsabilidades en las negociaciones de la contratación administrativa:

- Si bien el ordenamiento jurídico no le establece responsabilidades formales ante la administración contratante, la realidad es que al desarrollar las relaciones comerciales asume un compromiso moral y ético ineludible, que consiste en garantizar el cumplimiento de los contratos por parte de sus representantes.
- Desempeñarse con seriedad y objetividad en el vínculo comercial.
- Buscar el bien común, aunque esté de por medio la venta de bienes y servicios que le generará ganancias económicas.
- Quedar bien como vendedor ante los compradores.
- Dar asesoría y asistencia técnica a los compradores, suministrando toda la información necesaria para un adecuado conocimiento de los bienes y servicios que se vende; y
- Preocuparse por conocer en detalle las empresas y productos que representa, para desarrollar mejores relaciones comerciales.

#### c. Requisitos

Los requisitos para ser Representante los establece el Capítulo VII de la Ley N° 3284, Código de Comercio, siendo ellos:

- Ser costarricense o extranjero debidamente establecido en forma permanente en el territorio nacional.
- Haber ejercido el comercio en el país, por un período no menor de tres años.
- Tener preparación suficiente en materia comercial y ser de reconocida solvencia y honorabilidad; y
- Estar debidamente inscrito como tal en el Registro Mercantil.

Estos requisitos hacen que la actividad sea muy especializada y que sea necesario desempeñarla con alto profesionalismo.

En general, siempre el Representante debe tener presente la siguiente frase: Vender es fácil, lo difícil es que le repitan el pedido. Por eso, debe hacer un esfuerzo para cumplir con las condiciones, responsabilidades y requisitos citados.

DOCUMENTO

y sus relaciones con el extranjero, en el comercio exterior, en el comercio interior y en el comercio exterior, en el comercio interior y en el comercio exterior.

— Buscar los medios para promover activamente el comercio exterior, en el comercio interior y en el comercio exterior, en el comercio interior y en el comercio exterior.

## V. Responsabilidades

Con base en las condiciones dadas anteriormente, el Representante asume las siguientes responsabilidades en las negociaciones de contratación administrativa:

- Si bien el ordenamiento jurídico no le establece responsabilidades formales ante la administración contratante, la realidad que al desarrollarse las relaciones comerciales exige un compromiso moral y ético ineludible, que consiste en garantizar cumplimiento de los contratos por parte de sus ejecutivos.
- Desempeñarse con seriedad y objetividad en el vínculo comercial.
- Buscar el bien común, aunque esté de por medio la venta de bienes y servicios que le generara ganancias económicas.
- Quejar bien contra vendedores ante los compradores.
- Dar asesoría y asistencia técnica a los compradores, suministrando toda la información necesaria para un adecuado conocimiento de los bienes y servicios que se ofrecen.
- Procurarse por conocer en detalle las creencias y profusos que le preceden, para desarrollar mejores relaciones comerciales.

## VI. Requisitos

Los requisitos para ser Representante son los que se establecen en la Ley N° 3284, Código de Comercio, donde dice:

- Ser extranjero o extranjero debidamente establecido en el territorio nacional.
- Haber ejercido el comercio en el país, por un período no menor de tres años.
- Tener posesión suficiente en materia comercial, y ser especialista en materia y actividad.
- Haber sido comerciante inscrito como tal en el Registro Mercantil.

El Representante debe ser extranjero o extranjero debidamente establecido en el territorio nacional.

El Representante debe ser extranjero o extranjero debidamente establecido en el territorio nacional.

## PALABRAS DEL LIC. EDUARDO ORTIZ ORTIZ

Distinguida mesa directiva, estimados colegas, señores y señoras:

Es para mí en realidad un placer más que un deber el decir algunas palabras sobre la excelente obra de mi colega Rodolfo Sabido sobre las Vías de Hecho en la Administración Pública. Es un tema que suscita por su carácter perplejidad incluso en los que parecen acostumbrados a cuestiones del Derecho Público. No todos sabemos bien de qué se trata y digo que me causa alegría que no sea estudiosos o especialistas del derecho público, de modo que el pensamiento de la obra se haya dirigido en primer lugar a aquellos que se ocupan de la vida pública, más que a los especialistas. La Vía de Hecho es la Administración Pública en la que se trata de la relación entre administración y ciudadanía. Es un tema que suscita perplejidad incluso en los que parecen acostumbrados a cuestiones del Derecho Público. No todos sabemos bien de qué se trata y digo que me causa alegría que no sea estudiosos o especialistas del derecho público, de modo que el pensamiento de la obra se haya dirigido en primer lugar a aquellos que se ocupan de la vida pública, más que a los especialistas.

## DOCUMENTO

El tema de Costa Rica presenta realmente dos aspectos: el primero es el tema de la doctrina, y digo esto porque el único que habla sobre la Vía de Hecho en la doctrina es el artículo de Rodolfo Sabido sobre el tema que abre la obra, pero era en realidad una obra, como en la segunda en el primer artículo que se escribió en el tema sobre el tema y no en la Vía de Hecho. Hay una publicación en la que se dice que el tema de la Vía de Hecho es un tema que suscita perplejidad incluso en los que parecen acostumbrados a cuestiones del Derecho Público. No todos sabemos bien de qué se trata y digo que me causa alegría que no sea estudiosos o especialistas del derecho público, de modo que el pensamiento de la obra se haya dirigido en primer lugar a aquellos que se ocupan de la vida pública, más que a los especialistas.

No quiero saber cuándo de aquí, especialmente si es en Derecho Público, los estudiosos de la Vía de Hecho en la Administración Pública. Es un tema que suscita perplejidad incluso en los que parecen acostumbrados a cuestiones del Derecho Público. No todos sabemos bien de qué se trata y digo que me causa alegría que no sea estudiosos o especialistas del derecho público, de modo que el pensamiento de la obra se haya dirigido en primer lugar a aquellos que se ocupan de la vida pública, más que a los especialistas.

Colegio de Abogados de Costa Rica, 19 de mayo de 1991. Acto de entrega del Premio Alberto Brenes Córdoba al Dr. Rodolfo Saborío Valverde por su obra "*Las Vías de Hecho de la Administración*".

PALABRAS DEL LIC. EDUARDO ORTIZ ORTIZ:

Distinguida mesa directiva, estimados colegas, señoras y señores:

Es para mí en realidad un placer más que un deber el decir algunas palabras sobre la excelente obra de mi colega Rodolfo Saborío sobre las Vías de Hecho en la Administración Pública. Es un tema que empieza por suscitar perplejidad incluso en los que somos aficionados o estudiosos del Derecho Público. No todos sabemos bien de qué se trata y creo que menos todavía los que no son estudiosos o especialistas del derecho público, de modo que el primer mérito de la obra es haber escogido un tema en realidad muy especializado y algo obtuso, aún más para los especialistas. La Vía de Hecho es la Actuación de la Administración Pública en la que se troca el lindero entre administrar y delinquir, es aquella forma de actuación de la Administración que alcanza la mayor ilegalidad, la más grave y que por consecuencia exige del ordenamiento una reacción igualmente grave, extraordinaria y perentoria, eficaz.

El tema en Costa Rica presentaba realmente dificultades muy especiales, en primer lugar, ausencia casi total de doctrina, y digo casi total, porque el único que había antes de la tesis de Rodolfo, era un excelente artículo de Juan José Sobrado sobre el tema que abría brecha, pero era en realidad una brecha, como era de esperar en el primer artículo que se escribía en el país sobre el tema y no era una verdadera vía de investigación. Había una jurisprudencia más o menos reciente, montada en derredor de algo que tampoco es muy común en el trajín diario del abogado costarricense, que son los interdictos contra la Administración.

Yo quisiera saber cuántos de aquí, especialistas o no en Derecho Público, han tramitado un interdicto contra la Administración. Hace 20 años ya había una jurisprudencia totalmente desfavorable. En parte por influencia de profesores nuevos formados en Europa, en parte por los jueces nuevos que estudiaron y se especializaron en España o Francia, esta jurisprudencia cambió y se empezó a aceptar el interdicto contra la Administración, que entonces se concebía correctamente como esa reacción abreviada, extraordinaria, eficaz, contra una actuación de la Administración carente de todo fundamento legal, pero esto quedaba confinado a la defensa, como ustedes bien lo

saben, de la posición de los inmuebles, fuera de ese campo, todas aquellas actividades parejamente ilegales, grave o grotescamente ilegales de la Administración que fueran derechos distintos de la posesión inmueble quedaba indefensa ante las vías de hecho y naturalmente tampoco había, como no la hay en Costa Rica, una legislación sobre la vía de hecho. Más bien, la jurisprudencia negativa que existía, se construía sobre la base de textos retorcidos de nuestro Código Procesal Civil, que daban a entender que esos interdictos eran imposibles contra la Administración. Rodolfo llega a España y desde allá aborda el tema con toda la propiedad, más de un investigador que quiere hacer una tesis, de un jurista logrado que quiere aportar a su país un estudio definitivo sobre el tema. La jurisprudencia y la legislación que no hay en Costa Rica, la encontró en España y su tesis sobresale entre muchas otras cosas por una cita y un comentario minucioso de una abundantísima jurisprudencia española, que también está restringida, o lo estaba hasta 1978, a la materia de interdictos. Rodolfo ha investigado la institución en su verdadera raíz que está en Francia y conoce perfectamente la jurisprudencia del Consejo de Estado sobre la Vía de Hecho, tanto que a los que recientemente hemos abordado el tema por escrito, nos ha servido su tesis como fuente de información sobre la última jurisprudencia francesa en la materia. Pero en realidad, Rodolfo ha hecho mucho más que referirnos abundantemente información española y francesa; Rodolfo ha querido construir la teoría de la vía de hecho con datos costarricenses, que como ustedes ven, por lo que ya dije, eran muy escasos o prácticamente inexistentes. Ha montado su construcción sobre el artículo 357 de la Ley General de la Administración Pública que contempla, como lo dice literalmente, las actuaciones materiales de la Administración lesivas de las particulares sin base en un acto administrativo eficaz y ha tomado esta institución de la eficacia de los actos de la Administración en sus diferentes variantes y su correlato opuesto el de la ineficacia para construir todo su, diría yo, sistema de la vía de hecho al modo costarricense y lo ha logrado en una forma tan detallada, tan exhaustiva, tan ordenada, tan clara que sorprende incluso, o más bien, principalmente a los que creemos conocer algo del tema. Yo diría que la obra de Rodolfo es mucho más que leer una tesis de grado, conocer a un nuevo y joven jurista que no es solo una promesa, sino una regocijante realidad en nuestro foro y en nuestro medio ambiente. Tengo en realidad a gran honor el poder recomendar a ustedes la tesis y el poder decirles que detrás de ella hay una gran jurista y un gran costarricense preocupado por las instituciones fundamentales de su ordenamiento y posiblemente la promesa de muchos mejores y nuevos trabajos del mismo autor.

Gracias.

## INDICE

	Pág.
<i>Presentación</i> .....	8
<i>Ensayos:</i>	
La Administración de la Sociedad Anónima (III)	
<i>Dr. Gastón Certad Maroto</i> .....	9
Posibilidad y Esencia del Derecho Natural en Helmut Coing	
<i>Prof. Luis Alberto Varela Quirós</i> .....	37
Nuevos Tiempos, Nuevos Retos	
<i>Dr. Víctor Pérez Vargas</i> .....	63
La Criminalidad del Inmigrante y su Proyección en Costa Rica	
<i>Dr. Daniel Gadea Nieto</i> .....	75
Salario y Productividad	
<i>Lic. Oscar Bejarano</i> .....	105
Canje de Deuda Externa por Naturaleza	
<i>Dr. Jorge Enrique Romero Pérez</i> .....	127
El representante de casas extranjeras en la contratación administrativa	
<i>Ms. Carlos Serrano</i> .....	155