

AÑO I

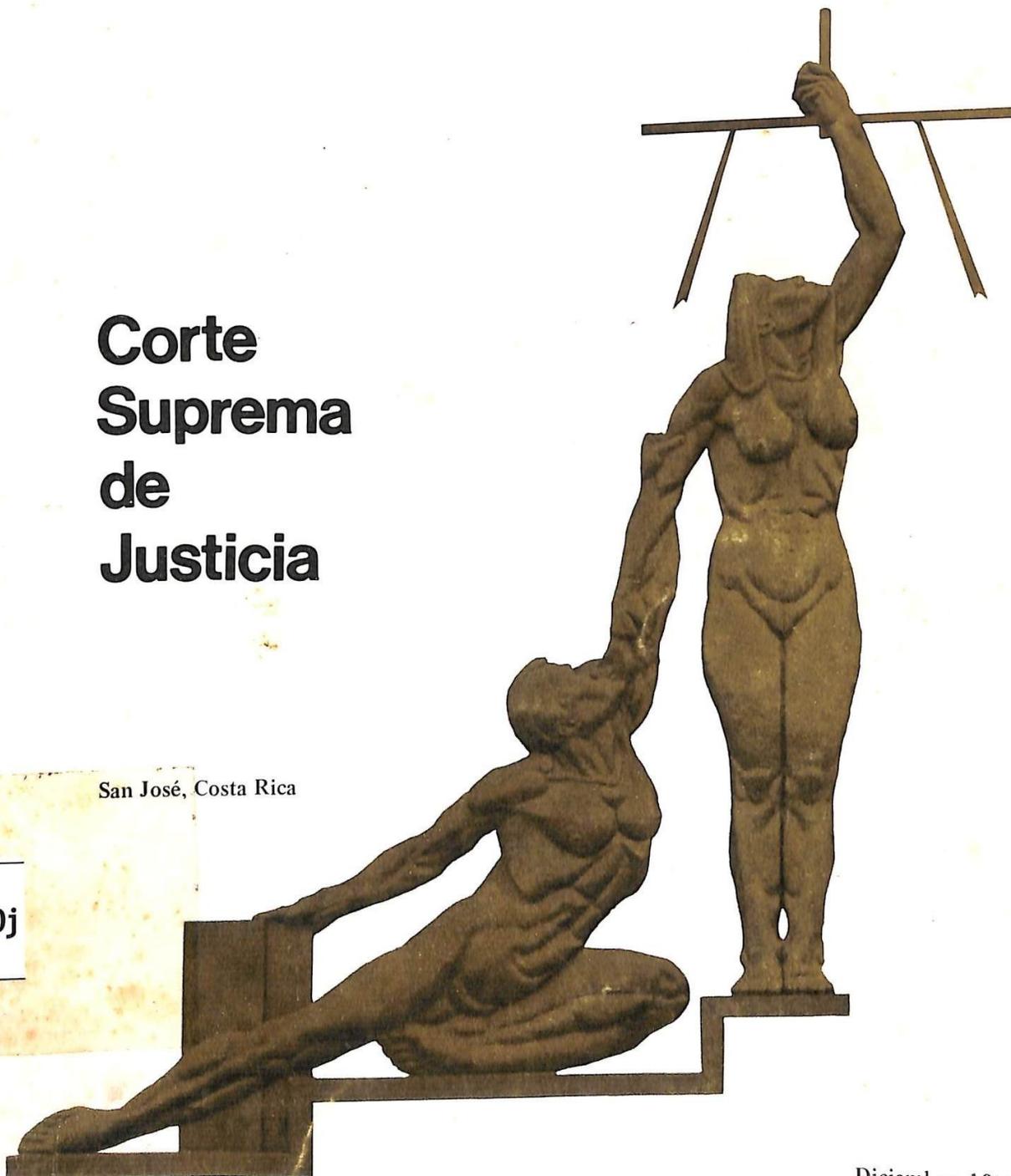
Nº 2

REVISTA JUDICIAL

**Corte
Suprema
de
Justicia**

San José, Costa Rica

R340j



Diciembre, 1976

Año I

No. 2

REVISTA JUDICIAL

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

Dr. Víctor Pérez Vargas
Director

Diciembre – 1976



SUMARIO

Presentación	5
Magistrados de Costa Rica en El Salvador	7
Discurso del Dr. Francisco Armando Arias	9
La Corte	13
Dr. Jorge Enrique Guier.	
La Teoría del Negocio Jurídico frente a la legislación civil costarricense	19
Dr. Gastón Certad.	
Normas Urbanísticas y Planificación	33
Dr. Virgilio Calvo Murillo.	
El Derecho como Misterio	35
Lic. Hugo Picado Odio.	
Elementos de valor criminalístico en la investigación de accidentes de tránsito	41
Lic. Pedro Antonio Peña Carrillo.	
El Divorcio en Costa Rica	47
Dr. Víctor Pérez Vargas.	
Reseña bibliográfica	71
Jurisprudencia	75
Digesto.	

PRESENTACION

La Corte Suprema de Justicia celebró recientemente el sesquicentenario de la instalación de la primera Corte en nuestro país; para tal ocasión se celebró solemne sesión de Corte Plena el día viernes primero de octubre; con motivo de esta celebración solicitamos una colaboración para nuestra Revista al Dr. Jorge Enrique Guier que nos honramos en incluir en este número. Damos las gracias al Dr. Guier por su excelente trabajo y valiosa colaboración.

El próximo número incluirá algunos artículos y publicaciones que aparecieron en los periódicos con motivo del sesquicentenario.

Contiene además el presente número el acta de la Sesión de Corte Plena, donde se da cuenta de las atenciones que los Magistrados de esta Corte recibieron con motivo de su visita a la República de El Salvador, invitados para la inauguración del edificio de la Corte Suprema de Justicia de ese país. En esa ocasión el doctor Francisco Armando Arias, su Presidente, pronunció un importante discurso que reproducimos, por cuanto el mismo establece con gran claridad cuál es el sentido de la función jurisdiccional y cuál su papel dentro de un Estado de Derecho.

Nos honramos en publicar también la conferencia inaugural del año académico de 1976 en la Facultad de Derecho. La misma estuvo a cargo del Dr. Gastón Certad y versó sobre uno de los temas fundamentales de la ciencia jurídica moderna. Creación originalmente del conceptualismo voluntarista del siglo XIX, la teoría del negocio jurídico ha venido a revelar la importancia del papel de la autonomía privada en la programación de intereses que, en caso de guardar una relación de conformidad axiológica con el sistema, habrán de merecer la atribución de efectos jurídicos. El análisis del profesor Certad pone en claro los puntos críticos de nuestra legislación civil en esta materia, los que, en su mayor parte derivan de la ausencia de un tratamiento unitario de las diversas figuras negociales reguladas.

Todo sistema jurídico es un conjunto de valores que, por su relevancia en un momento histórico determinado, dentro de una cierta comunidad, ha sido asumido por el Estado o al menos por tal comunidad jurídicamente organizada, como digno o merecedor de tutela. El Derecho, en su concepto más general, es un sistema de respuestas a problemas humanos (Viehweg) de orden social. Toda norma jurídica es la respuesta del ordenamiento a un determinado conflicto de intereses potencial o actual (Jhering, Heck, Falzea). Los intereses que el Derecho asume como relevantes se refieren a las distintas esferas de realidad (siguiendo la tradicional cuatripartición aristotélica podríamos hablar de intereses relativos al plano físico, intereses relativos al plano orgánico, intereses relativos al nivel animal e intereses de orden espiritual; todo interés jurídicamente tutelado se refiere a una de estas categorías (De Stefano). Los ámbitos de la vida regulados por el Derecho en estas distintas esferas se especifican en clases

según "materias", que no son otra cosa que "frecuencias de relaciones en determinados campos del quehacer humano" (tal es el sentido que tiene hablar, por ejemplo, de un derecho del trabajo, de un derecho comercial, de un derecho administrativo, etc.).

Dentro de estos campos de específicas relaciones y correspondientes problemas, la vida moderna en los grandes conglomerados urbanos (dentro de los que, sin duda, puede incluirse nuestra meseta central) ha planteado una serie de exigencias jurídicas (verdaderos conflictos de intereses) que ponen en juego el valor que se ha denominado "dimensión humana de la ciudad". La regulación normativa de estos problemas no puede proyectarse en forma aislada, sino que, en razón de la misma coherencia y unidad del sistema ha de hacerse en función de lo que se denomina técnicamente "un plan", cuya finalidad es la racionalización del uso del territorio en correlación con una hipótesis de desarrollo socio-económico. Este ámbito de la vida jurídica, tan olvidado en nuestro medio, es el tema del artículo "Normas Urbanísticas y Planificación" que hoy publicamos, gracias a la colaboración del Dr. Virgilio Calvo Murillo, profesor de Derecho Público en la Universidad de Costa Rica.

Publicamos en el presente número un trabajo de gran profundidad filosófica que pone de relieve el hecho de que en gran parte los problemas abiertos del derecho y de la ciencia que lo tiene por objeto derivan de un deterioro de los valores espirituales. El trabajo del Lic. Hugo Picado nos recuerda la sabiduría encerrada en las páginas de los Upanishads: es un verdadero llamado a la toma de conciencia con la esencia subyacente en todo lo real. Esta toma de contacto no es de orden formal, sino más bien vital, más precisamente, es vivencia. Efectivamente una de las conclusiones del autor es la de que "es necesario vivir estos principios y dejar de mirarlos allá lejos, como objetos de mera justificación retórica. Es menester retomarlos e incrustarlos en nuestras propias vidas, como pan de cada día, que nos alimenta y nos sirve de fuerza motriz en el diario peregrinar por este mundo".

Presentamos también un interesante trabajo sobre los aspectos que en materia de accidentes de tránsito pueden ofrecer alguna importancia criminalística, desde el estudio global de la escena hasta la constatación de pequeños detalles que pueden servir para identificar al sujeto activo o pueden permitir la determinación de su culpabilidad. El trabajo del Lic. Peña Carrillo es, a nuestro juicio, de gran valor práctico.

El sentido interdisciplinario de este número (a diferencia del anterior que estuvo dedicado a la materia procesal penal) nos ha movido a incluir algunas consideraciones sistemáticas sobre la regulación del divorcio en el nuevo Código de Familia. Hemos querido fundamentar las transformaciones legislativas en la jurisprudencia de nuestros tribunales. Las referencias se encuentran casi en su totalidad en las notas al pie. Esperamos que este estudio sea de utilidad en la aplicación de la nueva normativa familiar.

Con la finalidad de continuar los lineamientos del Boletín Judicial en lo que se refiere a la publicación de la jurisprudencia de nuestros tribunales, incluimos en el presente número una etapa más de la eficiente labor de sistematización realizada por el Digesto.

Una vez más queremos invitar a los señores abogados y funcionarios judiciales a colaborar con nuestra Revista, enviándonos artículos sobre temas de interés jurídico.

“LA TEORIA DEL NEGOCIO JURIDICO FRENTE A LA LEGISLACION CIVIL COSTARRICENSE”*

Dr. Gastón Certad M.

La teoría del negocio jurídico es, sin lugar a dudas, la más importante creación del Derecho Privado en estos últimos siglos. Elaborada al máximo por las más brillantes mentalidades jurídicas modernas y contemporáneas, ha contribuido a esclarecer una serie de instituciones que con anterioridad se hallaban sumidas en la más lúgubre penumbra, tanto en relación a su aspecto meramente dogmático, cuanto desde el punto de vista conceptual y de su naturaleza jurídica.

Luego de una breve reseña del tortuoso camino de “*la voluntad*” en el devenir histórico, pasando por la teoría del contrato hasta culminar con la del negocio jurídico, no sin olvidar mencionar el importantísimo papel de la autonomía privada dentro del marco de la relación negocial, me propongo examinar, a la luz de las más recientes enseñanzas sobre “*el negocio*”, nuestro ordenamiento jurídico privado, más concretamente, el Código Civil que aún nos rige, a fin de hacer reflexionar a tan paciente concurrencia sobre la necesidad imperiosa de reformarlo.

Aprovecharé la oportunidad para señalar dónde están los yerros, dónde las lagunas, dónde las incoherencias y contradicciones de nuestra ley conforme a los dictados de la mejor doctrina. Trataré, siempre dentro de los escasos minutos de que dispongo, de citar y comentar algunas sentencias de nuestros Tribunales y de examinar si éstos han cumplido con lo que debe ser su propósito y tarea ineludibles: vivificar y agilizar el Derecho estático contenido en las normas con mentalidad progresista o, en otras palabras, colocar a la legislación vigente, mediante una sana y recta interpretación, al nivel socio-económico alcanzado por un pueblo en un determinado momento histórico.

Todos sabemos que, en un primer período, el Derecho no se ocupó de los pactos y de su incumplimiento: la función del ordenamiento era únicamente la de mantener la paz social previniendo y regulando las guerras privadas. Sólo cuando un sujeto había producido un daño a la propiedad de otro, intervenía la justicia a fin de componer la litis y sancionar la ilicitud. Sobre esta obligación de restaurar el derecho violado se introducía a veces un “*pacto*” o “*acuerdo*” dirigido a realizar una composición amigable de la litis. La relevancia jurídica de este “*pacto*” se fundaba en la existencia de una obligación “*delictuosa*”: no expresaba una “*fuerza*” propia de la voluntad. La promesa y el acuerdo tenían un valor exclusivamente moral y religioso.

El primer contrato jurídicamente relevante de que se tiene conocimiento fue configurado como una “*transacción real*”, es decir, sobre la base de una “*datio*” o entrega material bilateral (permuta).

Por mucho tiempo la eficacia de los acuerdos o de las promesas “*puras*” permaneció fundada sobre la fe religiosa o sobre la disciplina interna de los grupos parentales. El incumplimiento determinaba una sanción religiosa de parte de los dioses que habían sido llamados como testigos del acuerdo alcanzado. Así sucede también en el Derecho Romano, en su fase primitiva (*nexum, stipulatio*) (1).

Cuando prevalece la normativa jurídica sobre la religiosa, la promesa se convierte en un “*negocio jurídico formal*”. Los hombres comprendieron que no podían tener suficientes garantías para el mantenimiento de un acuerdo atendiendo únicamente al sentimiento religioso o a la rectitud moral de mantener la palabra empeñada.

La creciente presión del interés en la seguridad del tráfico mercantil, acompañada del desarrollo económico y la expansión del mercado, fue añadiendo nuevas categorías de contratos innominados, tanto a los formales como a los reales-consensuales ya existentes. El formalismo fue poco a poco reduciéndose.

En la Edad Media la evolución hacia formas más ágiles y hacia una más sensible presencia de la voluntad se detiene gracias a la influencia de los derechos bárbaros. La responsabilidad de la parte que incumple no se

* (Conferencia impartida por el Dr. Gastón Certad M., Profesor de la Cátedra de Principios de Derecho Privado, en el auditorio de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica el 10. de marzo de 1976, para la inauguración del Año Académico 1976).

(1) ARIAS RAMOS, J. “Derecho Romano”, II, 9a. edición, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1963, págs. 598-603.

funda ya en la violación del empeño asumido sino que se recurre a la idea de ilicitud extra-contractual, a la idea de engaño, a la idea de fraude.

La voluntad como fuente de efectos jurídicos fue asumida o absorbida por el ritual místico que acompañaba a la promesa, o bien se identificaba con el hecho material de la entrega efectiva de un bien: el sujeto debía efectuar la contraprestación sólo porque había mediado a su vez una prestación en su favor y no ya por efecto de un acuerdo o de una declaración de voluntad. No jugando la voluntad ningún papel específico, su falta, sus vicios y los motivos que la habían determinado, carecían de relevancia.

Las primeras afirmaciones del principio de la eficacia jurídica del consentimiento podemos encontrarlas alrededor del siglo XVI, cuando la difusión del comercio y las transformaciones sociales en juego exigían una modificación de las estructuras jurídicas.

Este proceso llegó a feliz término en el plano conceptual gracias a la Escuela del Derecho Natural y a aquellas corrientes de pensamiento que precedieron y acompañaron a la Revolución Francesa.

Se debe a la aguda mente de Hugo Grocio la primera reelaboración seria y meditada de las distintas teorías sobre la eficacia del contrato; fue él quien, en último término, elaboró el principio de que el intento de obligarse constituye elemento esencial para que se produzcan los efectos jurídicos pero, añadía, "*se hace necesario distinguir entre derecho natural y derecho positivo*".

La distinción entre derecho natural y derecho positivo desaparece más tarde en los Autores sucesivos, en particular con Domat y Pothier. Al primero se debe la enunciación del principio de que en el contrato "*l'engagement de l'un est le fondement de celui de l'autre*"; al segundo, la definición de convenio como "*le consentement de deux ou plusieurs personnes, pour former entre elles quelque engagement...*"; principios y fórmulas éstas enteramente transcritas en el Code Napoleón (art. 1134).

Como bien ha sostenido el insigne jurista italiano Gorla respecto a este proceso evolutivo, "*la lucha por la libertad contractual ha sido siempre conducida por los acreedores o candidatos a acreedores, quienes sabían valerse de su posición activa o crediticia, y no por los deudores o candidatos a deudores, quienes no podían valerse de esa posición y quienes, por el contrario, han siempre luchado por limitar aquella libertad contractual*" (2).

La exaltación de la función de la voluntad por obra de los iusnaturalistas, tendía a resaltar el paso de una estructura social en la cual los derechos y las obligaciones se derivaban del "*status*" de la persona en la familia, en la corporación, en la sociedad, etc., hacia una organización económico-política fundada en la igualdad de todos los individuos y en la libre voluntad del hombre. El proceso de distribución de los bienes estaba confiado al poder privado (3).

Sobre estos filones problemáticos se introduce el inmenso debate que apasionó y dividió a los más ilustres exponentes de las distintas escuelas jurídicas del siglo XIX, particularmente a la pandectística alemana: me refiero al llamado dogma de la voluntad y a la teoría de la declaración.

Acentuando el aspecto de la creación del vínculo, los voluntaristas encontraron en el negocio la expresión de un verdadero y propio poder normativo. En la orientación opuesta, la actividad del sujeto fue degradada a mero presupuesto para la producción de efectos jurídicos, a una "*fattispecie*" que el ordenamiento tiene en consideración para otorgarle determinadas consecuencias jurídicas.

Ambas perspectivas expresan una diversa concepción del hombre y de la organización social: en la primera se ha subrayado en el fenómeno negocial el aspecto voluntarista y consecuentemente se ha definido el negocio esencialmente como manifestación de voluntad, o, en una versión más moderna, como fuente de normas para los contratantes.

En la segunda perspectiva se ha acentuado, por el contrario, el aspecto objetivo de un acto que se introduce en el contexto social, es decir, la declaración, que tiene como contenido una regulación asumida por la ley en relación a los efectos jurídicos. Pero esta concepción objetivista no es otra cosa que una radical inversión de perspectiva respecto a las tesis del voluntarismo; trátase, en pocas palabras, de teorías diametralmente opuestas.

(2) GORLA, Gino. "El contratto. Problemi fondamentali trattati con el metodo comparativo e casistico", I, Giuffrè, Milano, 1955, pág. 12.

(3) Para que se pueda hablar de competencia privada en la distribución de los bienes es suficiente que el Estado no intervenga en el intercambio, ni para fijar las condiciones, ni para determinar los sujetos: es suficiente que el sistema económico-político reconozca a los individuos el poder de poseer y de disponer de los bienes y servicios, sea enajenando los mismos bienes, sea obligándose a prestar la actividad por cuenta de otros.

Por ello es inevitable que, bajo el empuje de las transformaciones sociales y de las consiguientes exigencias prácticas, se vengán con el tiempo formulando teorías intermedias o eclécticas, tales como la del Prof. Cariota Ferrara quien, intentando realizar un compromiso entre tutela del declarante y tutela del destinatario, propone la adopción de los criterios de la responsabilidad (autorresponsabilidad) y de la confianza sin culpa (4).

¿Pero dónde y cómo nace la teoría del negocio jurídico? Los brillantes juristas alemanes del siglo XIX, integrantes de la famosa Escuela Pandectista, estudiando y adentrándose en la teoría del contrato, se percataron de que todos y cada uno de sus elementos, requisitos y características —salvo claro está la bilateralidad o pluriteralidad— se presentaban en algunos actos unilaterales tales como el testamento, la remisión, la aceptación de la herencia, la donación (para algunos), etc. De ahí que, dentro del esquema del negocio jurídico, colocaron todos aquellos actos bilaterales o no consistentes en una manifestación de voluntad encaminada a un fin práctico tutelado por el ordenamiento jurídico.

Paralelamente se reafirmó el concepto de autonomía privada como alma del negocio jurídico, autonomía que encuentra en el negocio su máxima expresión. Con este término se designa aquel específico modo de inclusión del sujeto en el sistema normativo. Autonomía privada quiere decir, haciendo eco de las palabras del prof. Barcellona, "que al sujeto privado le corresponde no sólo el poder de crear las condiciones de hecho necesarias para la producción del efecto, sino, sobre todo, el poder de establecer condiciones ulteriores respecto a aquellas abstractamente predispuestas, de incidir sobre el modo de producción y sobre el contenido de los efectos mismos" (5). El problema de la autonomía privada coincide entonces con el de las relaciones entre sujeto privado y ordenamiento jurídico, entre función de la ley y función de la práctica.

Así como hemos visto que el hombre a partir del siglo XVI hasta mediados del siglo pasado luchó por obtener una completa libertad contractual, este proceso en el transcurso del siglo XX se ha invertido. Con ello pretendo decir que la autonomía privada no es, ni nunca fue, ilimitada; que tiene, además de su límite natural (mi autonomía llega hasta donde empieza la de los demás) otros límites que poco a poco el legislador ha ido introduciendo. Amén de los límites que se derivan del respeto a las normas ordenativas atinentes al negocio jurídico mismo y la obligación que grava sobre cada uno de nosotros de realizar un interés que se encuentre entre aquellos admitidos por la conciencia social y, por lo tanto, considerados merecedores de tutela jurídica, y no cualesquiera que nos venga en gana, día a día el Estado intervencionista del siglo XX, da respuesta lógica a un necesario y sensible cambio en las estructuras sociales, promulga leyes y decretos tendientes a la estabilización de precios y toda otra clase de medidas que lejos de permitir un libre accionar de la autonomía privada, están dirigidas a coartar la libertad contractual como, en nuestro país, la discutida y atormentada "Ley de protección al consumidor", promulgada a mediados del año pasado (6). Vemos cómo entonces en este siglo la tendencia es limitar la inserción del sujeto en el sistema normativo en favor de la comunidad y del bien social.

El negocio jurídico, en cuanto constituye uno de los medios para la autorregulación de los propios intereses, en cuanto es el vehículo de actuación del dominio de la voluntad en la esfera jurídica propia del individuo, es el instrumento más calificado de la autonomía privada, y así lo ha expresado también nuestra Sala de Casación:

"La autonomía de la voluntad que rige en la contratación civil permite, conforme a la doctrina y a la jurisprudencia, que las partes puedan introducir, en una forma temporal o definitiva, variaciones o modificaciones a un contrato" (7).

De inmediato surge en nuestras mentes frente a tales afirmaciones la siguiente cuestión: ¿Cuál es la causa de los efectos jurídicos? ¿Es la voluntad del particular o el ordenamiento jurídico? Según algunos, el ordenamiento jurídico es la sola y verdadera causa de los efectos jurídicos; de esta manera, la voluntad negocial confina con la zona del hecho, teniendo la simple función de determinar o condicionar la norma (8).

(4) CARIOTA FERRARA, Luigi. "El Negocio Jurídico", Ed. Aguilar, Madrid, 1956, págs. 52 y sgtes.

(5) BARCELLONA, Pietro. "Gli Istituti Fondamentali del Diritto Privato. Dispense introduttive ad uso degli studenti", 2a. Ed., Jovene, Napoli, 1971, pág. 197.

(6) Como ejemplos de límites a la autonomía privada en nuestro Código Civil podemos citar los artículos 410, 520, 595, 1068, 1205, etc.

(7) Sentencia No. 95 de las 15:30 hrs. del 31 de agosto de 1961, B. S. vs. R. R., II Sem., Tomo I, 1961, págs. 296 y sgtes.

(8) PUGLIATTI, Salvatore. "Nuovi aspetti del problema de la causa dei negozi giuridici", en Diritto Civile. Metodo.

Zitelmann, por el contrario, sostiene la tesis opuesta, dando valor causal (causa efficiens de los efectos jurídicos) a la voluntad del particular (9).

Tratándose de tesis extremas, me inclino a acoger, con el Prof. Cariota Ferrara, una solución conciliadora: es la ley la que dota de eficacia a la voluntad del hombre; es la ley la que "autoriza" a la voluntad privada haciendo posible que el negocio produzca por sí mismo los efectos jurídicos al dotarlo de eficacia; es el libre accionar de los sujetos, en cuanto permitido por el ordenamiento, la causa misma de los efectos jurídicos (10). Tenemos entonces que, respecto a los negocios jurídicos, el ordenamiento permite producir, o si se quiere más aún, produce, efectos correspondientes a la voluntad del declarante o declarantes, cosa que no sucede respecto a los demás hechos y actos.

La voluntad, elemento esencial del negocio, debe, además, tener una dirección: ella tiende a la obtención de un resultado práctico y no como afirman algunos a la consecución de los efectos jurídicos (11) o de un efecto jurídico en general (12), porque, si nos detenemos a pensar sólo un momento, realizamos que el sujeto la mayoría de las veces no conoce ni prevé los efectos jurídicos que se ligan a su declaración de voluntad; es más, éstos se verifican incluso si no fueron jamás previstos.

Parecen compartir este criterio los Magistrados de nuestra Sala Primera Civil cuando afirman:

"La aquiescencia en el contrato, que incluso puede ser verbal, resta y vincula a las partes quienes con su actividad humana pretenden el logro de un fin propio, casi siempre económico, ya que después de haber manifestado y aceptado claramente las recíprocas actuaciones de interés en el objeto que las preocupa, quedan contractual y mutuamente obligados" (13).

Conforme a estos postulados, el negocio jurídico debe conceptuarse como toda manifestación de voluntad encaminada a un fin práctico tutelado por el ordenamiento jurídico, teniendo en cuenta la responsabilidad o autorresponsabilidad de el o de los sujetos que en él intervengan y la no culposa confianza de los demás.

Distinguimos así en todo negocio los siguientes elementos esenciales: voluntad y manifestación, capacidad, causa y objeto; mientras que para algunos negocios son también esenciales la forma y la legitimación.

Los dos primeros se combinan en una unidad llamada "*manifestación de voluntad*". La manifestación es la exteriorización de la voluntad, del querer interno del individuo. Gracias a ella se hace reconocible nuestra voluntad para los demás.

Por otra parte, todo sujeto que realiza un negocio debe estar revestido de aquel específico tipo de capacidad que es la capacidad de actuar, esto es la posibilidad que el sujeto tiene, presentes ciertos presupuestos, de adquirir derechos y contraer obligaciones o, si se quiere, haciendo eco de las palabras del Prof. Falzea, "*la posibilidad que el Derecho reconoce al sujeto, que se encuentra en los presupuestos de hecho previstos para su reconocimiento, de revelar y hacer valer intereses propios en el mundo del Derecho, determinando con su propio comportamiento la aplicación de las normas y el nacimiento de los efectos por ellas predisuestos*" (14).

La causa, para quienes creemos en su necesaria existencia, es la función práctico-social del negocio, mientras que el objeto es la materia, o los bienes, o las utilidades, o la prestación, o las relaciones que caen bajo la voluntad de las partes (15).

La forma es aquel especial modo de ser de la manifestación que opera como elemento esencial (ad substantiam) en todos los negocios solemnes.

Por su parte, la legitimación es, según el insigne jurista italiano Francesco Carnelutti, aquella "*especifica posición de un sujeto respecto a ciertos bienes e intereses, por la que su declaración de voluntad puede ser*

Teoría Práctica., Giuffrè, Milano, 1950, págs. 81 y sgtes.

(9) ZITELMANN, "Irrtum und Rechtsgeschäft", Leipzig, 1897, págs. 115 y sgtes.

(10) CARIOTA FERRARA Lulgi, op. cit., págs. 45-46.

(11) BETTI, Emilio. "Teoría general del negocio jurídico", Utet, Torino, 1960, págs. 60-61, nota 1.

(12) MESSINEO, Francesco. "Manuale di Diritto Civile e Commerciale", I, Giuffrè, Milano, 1957, No. 34, pág. 364.

(13) Sentencia No. 219 de las 9:00 hrs. del 27 de agosto de 1973, A. P. M. vs. P. U. de C. S. A., en Boletín Informativo de la Corte Suprema de Justicia, No. 215, pág. 47, No. 1042.

(14) FALZEA, Angelo. "Capacità". Voci di teoría Generale del Diritto, Giuffrè, Milano, 1970, pág. 106.

(15) Nuestro Código Civil, artículo 627 inciso 2o. define el objeto como la "cosa cierta y posible que sirve de materia a la obligación", definición que no me satisface pues yo propugno un concepto más amplio de objeto que abarque el objeto cosa y el objeto prestación. De ahí que lo considere como elemento esencial, necesario e imprescindible en todo negocio.

operante respecto a éstos, es decir, en otros términos, una particular relación del sujeto con el objeto del negocio" (16).

El Código Civil que, muy a pesar de nosotros los privatistas, aún nos rige, data de 1886. De marcado corte liberal, inspirado en última instancia en el "*Code Napoléon*", no ha establecido una disciplina general del negocio jurídico en cuanto figura que absorba en sí las figuras singulares. En él se han regulado, por un lado, los contratos (negocios bi o plurilaterales por excelencia), con una parte general, por cierto, bastante deficiente, y, por el otro, diseminados en todo su contexto sin ninguna sistemática, los singulares negocios unilaterales como el testamento, la remisión, la aceptación y la renuncia de la herencia, etc.

Ante la carencia en nuestra legislación civil de esta columna vertebral del Derecho Privado que es la teoría del negocio jurídico, poco o casi nada han hecho nuestros Tribunales. Después de buscar y rebuscar encontré dos aisladas sentencias de la Sala Primera Civil en donde tímidamente se habla de negocio jurídico (17).

Esta falta de sistematización de nuestra ley civil, acompañada de la conformista y conservadora posición de nuestros Jueces, ha producido un atraso muy sensible en todas nuestras instituciones jurídicas que inminentemente debe concluir. Las lagunas que presenta nuestra legislación privada son tan grandes e infranqueables que debiéramos más bien hablar de océanos.

Examinemos brevemente algunas de ellas y otros tantos sinsentidos y contradicciones.

Es una lástima que, habiéndose reformado recientemente (art. 2o. de la Ley No. 5476 de 7 de noviembre de 1973) los artículos 13 a 61 del Código Civil no se hubiere aprovechado la oportunidad para hacer las cosas bien, aboliendo una serie de defectos que contenía el articulado derogado. Para empezar no es clara la distinción —o mejor dicho, se confunden los términos— entre capacidad jurídica y capacidad de actuar: el artículo 18 párrafo 1o. alude, sin lugar a dudas, a la capacidad jurídica, pero en el párrafo 2o. agrega que "*respecto de las personas físicas, se modifica o limita por su estado civil, por su edad, o por su incapacidad física o legal, conforme a la ley. En las personas jurídicas, por la ley que las regula.*", sin parar mientes en que, como lo sostiene pacíficamente toda la doctrina contemporánea, la capacidad jurídica no se modifica ni limita. La que se modifica y limita es precisamente la capacidad de actuar de la que falta toda referencia, mención y concepto en nuestra ley de donde debemos inferir, necesariamente, que el comentado párrafo 2o. se refiere a ésta y no a aquélla. Se repite aquí, imperdonablemente, el error que contenía el derogado artículo 20 del Código Civil.

En lo atinente a la forma de la manifestación, y más concretamente a los llamados negocios solemnes, surgen serias dudas, ante la total carencia de regulación, para determinar lo que debe resultar en la "*forma*" querida por la ley. En tesis de principio debe considerarse que todo el contenido del negocio, tal y como él es en concreto, querido y formado por las partes, debe estar revestido de la forma exigida por la ley y, por consiguiente, debe resultar del acto.

Los problemas comienzan cuando nos encontramos con ciertos acuerdos, cláusulas o pactos que las partes, amén de los elementos esenciales, quieren para el tipo de negocio realizado y que suelen denominarse en doctrina "*acuerdos o pactos accesorios o agregados*". Se trata de acuerdos o pactos alcanzados por las partes dentro de un negocio solemne, como la donación, pero que, por cualquier motivo, no fueron incluidos en el contexto del negocio, sea que no fueron revestidos de la forma "*ad substantiam*" prescrita por la ley. En relación a los pactos convenidos antes de la transcripción del negocio en el documento público o privado, si las partes no los han incorporado, en la duda, debe considerarse que han desistido de los mismos. Se trata de la presunción de precisión y de totalidad de lo escrito. Puede ocurrir sin embargo, que existan casos de los que se deduce que, según la voluntad de las partes, incluso ese pacto informal debe valer junto al negocio formalmente realizado. ¿Estos pactos y aquellos contemporáneos y posteriores a la transcripción del negocio

- (16) CARNELÜTTI, Francesco. "*Sistema di Diritto Processuale Civile*", II, Cedam, Padova, 1938, No. 449 y sgtes.; IDEM. "*Legittimazione a comprare*", en Riv. di Dir. Comm., 1935, pág. 503 y sgtes. En el mismo sentido, SANTORO-PASSARELLI, Francesco. "*Dottrine Generali del Diritto Civile*", Jovene, Napoli, 1971, pág. 26. Para estos Autores la legitimación es la particular relación del sujeto con el objeto del negocio pues, en aquellos casos en que el negocio se prohíbe por su particular posición frente a otro u otros sujetos, no hablan de falta de legitimación sino de incapacidad jurídica relativa. Pero carecen de razón estos Tratadistas, pues la legitimación es aquella particular relación que existe o puede existir entre el sujeto y el objeto o entre dos sujetos. Así, entre otros, FALZEA, Angelo, op. cit., págs. 172-179; PUGLIATTI, Salvatore. "*Gli Istituti del Diritto Civile*", I, Giuffrè, Milano, 1943, pág. 132; PEREZ, Víctor. "*Existencia y Capacidad de las Personas*", U. de C. R., Fac. de Derecho, Inst. de Der. Priv., San José, 1974, págs. 136-138.
- (17) Sentencia No. 219 de las 9:00 hrs. del 27 de agosto de 1973, cit. y sent. No. 48 de las 9:05 hrs. del 31 de enero de 1975, L. V. G. vs. L. B. V., en Boletín Judicial de la Corte Suprema de Justicia, No. 222, pág. 138, No. 65.

formal y no insertos en él, tienen valor? No resuelve este punto nuestro Código. Si concluimos que son absolutamente nulos los pactos no revestidos de la forma esencial, ¿su nulidad queda circunscrita únicamente a ellos o se comunica al entero negocio? (imaginémosnos por un momento el caso extremo de un sujeto que concluyó el negocio solemne gracias exclusivamente a la existencia de ese pacto agregado que resulta nulo por no revestir la forma legal, sea que el pacto agregado fue el determinante de su voluntad). Este problema tampoco tiene solución en el Código pues falta en él un artículo como el 1418 del Código Civil Italiano en donde se dice que la nulidad de una cláusula contractual se comunica al entero negocio si ella resultó determinante en la intención de las partes al contratar.

Siempre en relación a la forma, puede suceder en el mundo del negocio que el declarante, para determinar el contenido de la voluntad, o alguna modalidad del mismo, se refiera a una fuente extraña al negocio solemne, remitiéndose a ella; estamos aquí en el campo del negocio concluido "*per relationem*". En tesis de principio, éste es absolutamente nulo en cuanto falta la forma de manifestación de voluntad impuesta por la ley; pero hacemos notar que a veces puede el otro acto (el referido) constituir, él mismo, el negocio válido, con tal que persista la voluntad negocial. El problema se torna delicado, en sede de documentos privados, cuando un documento incompleto se entiende sólo mediante referencia a otro documento ya existente o que ha de crearse, o cuando nos encontramos ante un acuerdo carente de forma en el que se establece que deba valer como escritura un documento ya creado para otros fines, o cuando el documento hace referencia a otro trozo de papel que se añade a él en sentido unitario. ¿Hay en estos casos validez o invalidez? Ninguno de estos problemas encuentra solución en nuestro Código Civil.

Se dice en doctrina que existe forma libre y forma vinculada; también se dice que tanto la forma libre como la forma vinculada se dividen a su vez en forma ad probationem y forma ad substantiam. Caen dentro del vasto grupo de las formas ad probationem todas aquellas convenciones o disposiciones mediante las cuales la ley o los particulares tienden a regular la prueba en los negocios y las relaciones que de ellos se derivan; éstas pueden tener un doble aspecto: regular la carga de la prueba, invirtiéndola, o bien regular el modo de la prueba, excluyendo ciertos medios probatorios en beneficio de otros. Mediante la forma ad substantiam, por el contrario, la ley o los particulares no quieren ya operar en el terreno probatorio o procesal, sino en el del derecho substancial, añadiendo a los elementos esenciales generales dispuestos por el legislador, otro querido por ellas que funge como elemento esencial específico. Las consecuencias derivadas de su violación son diversas: mientras para las convenciones probatorias surge únicamente una dificultad o, cuando más, la imposibilidad práctica de probar la relación negocial, para las demás hay nulidad absoluta del negocio. Ahora me pregunto, ¿es válida en Costa Rica la forma libre ad probationem?. ¿Pueden los sujetos por su propia voluntad regular el modo de la prueba o la carga de la misma?

Se dijo líneas atrás que voluntad y manifestación forman en el negocio una unidad, "*la manifestación de voluntad*". A este respecto tiene una gran importancia la distinción hecha por una gran parte de la doctrina entre voluntad de la manifestación y voluntad del contenido de la manifestación, más comúnmente llamada voluntad negocial. La primera es aquella que tiene por objeto la propia manifestación: si yo compro una casa, quiero y debo querer tanto efectivamente comprarla, es decir, tener para mí la casa, cuanto declarar comprarla. Vemos aquí un doble objeto del querer: querer declarar y querer los efectos que el ordenamiento jurídico deduce de esa declaración querida.

La voluntad negocial está referida, por el contrario, al contenido del negocio: es la voluntad encaminada al fin práctico.

Dentro de la teoría del negocio la falta del elemento voluntad —siendo éste un elemento esencial general— está sancionada con la nulidad absoluta. Y se dice que falta la voluntad cuando falta, bien la voluntad de la manifestación, bien la voluntad negocial; de ahí que un gran sector doctrinario haya sostenido que es necesario examinar por separado los supuestos de hecho en los que falta una y otra voluntad.

Se ha dicho que falta la voluntad de la manifestación en las siguientes hipótesis: falsedad (personal y documental), violencia física, incapacidad natural y en aquellos casos de error obstativo que la doctrina llama "*lapsus linguae*" o "*calami*" y error en la transmisión de la declaración ya formada.

Puede ocurrir que una manifestación se presente exteriormente como manifestación del sujeto A y, por el contrario, no provenir de él sino de B, en cuanto B se hace pasar por A, personalmente o mediante el teléfono; o suscribe un documento con el nombre de A; o pone en circulación un documento suscrito por A pero no emitido por éste. Cuando esto ocurre tenemos lo que dentro de la teoría del negocio se llama falsedad

personal —en la primera hipótesis— o falsedad documental —en las restantes—. La primera no está prevista por nuestro Código Civil y ni siquiera tipificada como delito en nuestro Código Penal. La documental sólo está sancionada en la vía represiva (arts. 357, 358 y 359 C. P.). He aquí otra de las tantas lagunas de que hablábamos.

La violencia física es otro caso de falta de voluntad de la manifestación. Es la constricción material y directa que un sujeto realiza sobre otro con el fin de obtener de éste una determinada declaración negocial; es la "*vis corpore illata*" de los romanos. La violencia física excluye la voluntad de la manifestación pues la persona constreñida a manifestar en determinado modo no ha querido en momento alguno manifestar.

La violencia física, en cuanto excluye o suprime la voluntad, es una hipótesis de falta de ésta: falta la voluntad de la manifestación. El negocio concertado mediante el concurso de una tal violencia debe por ello, y en buena técnica, ser absolutamente nulo pero, inexplicablemente, sin yo saber ni sospechar siquiera las razones que nuestro legislador tuvo, el Código Civil en su artículo 1017 lo sanciona con nulidad relativa, equiparándolo de esta manera al negocio realizado mediante violencia moral. El error, desde el punto de vista lógico y de sistemática jurídica, es obvio: mientras la violencia física excluye la voluntad, la moral únicamente la vicia.

La incapacidad natural consiste en la efectiva y real ineptitud psíquica —causada por deficiencias psico-físicas— en que se encuentra el sujeto en el momento mismo de concluir el negocio; es la incapacidad de entender y querer debida a cualquier causa (como por ejemplo la incapacidad mental no declarada judicialmente), incluso transitoria (como el sonambulismo, la sugestión hipnótica, el delirio febril, la embriaguez, etc.). Con excepción del incapaz mental (art. 23), nuestro Código Civil guarda absoluto silencio sobre los restantes casos de incapacidad natural, sea que ni los menciona, ni indica la sanción, por lo que necesariamente debemos recurrir, como en los casos de falsedad y en tantos otros, a los principios generales de las nulidades (art. 835, inciso 1o. del Código Civil) (18).

La última hipótesis en donde falta la voluntad de la manifestación es el error obstativo, o mejor dicho, aquellos casos del mismo conocidos en doctrina como "*lapsus linguae*" o "*calami*" y error en la transmisión de la declaración ya formada.

Error es aquel estado de la mente en el que resulta impedida la verdadera representación de un objeto, o ella es substituida por otra no verdadera (19). Hay, fundamentalmente, dos tipos de error: el que excluye la voluntad y el que la vicia; obstativo o impropio llamamos al primero; vicio, propio o motivo, al segundo. El obstativo recae en la declaración o en su transmisión dando lugar a una discordancia inconsciente entre voluntad negocial y manifestación.

El término error obstativo fue usado en un principio por la doctrina francesa (*erreur obstacle*) para indicar la discrepancia entre una y otra declaración de las partes en los contratos; (20) después se prolongó a la discordancia entre voluntad y manifestación pero en un mismo sujeto, aunque siempre en consideración de "*obstáculo*" para la formación del contrato (más tarde del negocio), y, por consiguiente, causa de inexistencia de éste, de donde se sigue la contraposición del mismo al "*error nulidad*" (*erreur-nullité*), sea el error que sólo vicia el consentimiento y da lugar a anulabilidad (21).

Nosotros desgraciadamente carecemos de una norma en nuestro Código Civil que acoja específicamente el error obstativo, de donde nos encontramos frente a dos alternativas: I.— Que hablando el artículo 1015 de error en sentido genérico, sus clases (obstativo y vicio) quedan sometidas a idéntica regulación, sea a anulabilidad, lo que no es correcto, pues el primero excluye la voluntad, mientras que el segundo tan sólo la vicia; o II.— Que el artículo 1015 contempla únicamente casos de error-vicio, lo que nos obligaría a acudir al tan

(18) Tampoco he encontrado en nuestra jurisprudencia casos de incapacidad natural a no ser los del incapaz mental: entre otras, Cas. No. 59 de las 9:00 hrs. del 12 de julio de 1952, tomo único, II Sem., pág. 703; Cas. No. 91 de las 10:00 hrs. del 6 de octubre de 1951, II Sem., Tomo II, pág. 1138; Cas. No. 22 de las 10:10 hrs. del 12 de junio de 1951, I Sem., tomo único, pág. 513.

(19) SAVOGNY, "Sistema di Diritto Civile", trad. italiana, III, No. 136; IDEM, "apéndice", VIII, pág. 422, cit. por CARIOTA-FERRARA, L., op. cit., pág. 412, nota 74.

(20) LAROMBIERE, "Théorie et pratique des obligations", I, págs. 45 y sgtes, quien es el primero en hablar de "*erreur obstacle*"; DEMOLOMBE, "Traité des contrats", I, números 83 y sgtes.; AUBRY ET RAU, "Droit Civil Français", V, Libraires Techniques, Paris, 1952; G. BAUDRY-LACANTINERIE, "Traité theorique et pratique de droit civil", Y. Cadout impr., Bordeau, 1901, XI, 50 y sgtes.; LAURENT F. "Principes de droit civil", Bruylant-Cristophe & Cie. Ed., XV, Bruxelles, 1878, p. 422.

(21) MESSINEO, "Teoria dell'errore ostativo", Roma, 1916, págs. 59 y sgtes.

citado 835 inciso 1o. para resolver los casos de error obstativo. Cualquiera que sea la solución que se adopte es ostensible que se hace imprescindible una norma específica que trate, con la debida claridad, estos casos de error. Vale la pena apuntar que nada he encontrado en nuestra jurisprudencia en materia de error obstativo.

Se ha dicho que falta la voluntad del contenido o voluntad negocial, en los siguientes supuestos: los restantes casos de error obstativo, las declaraciones no serias, la reserva mental y la simulación.

Puede ocurrir que una manifestación de voluntad negocial se exteriorice consciente y voluntariamente pero sin que se quiera su contenido, y puesto que la voluntad del contenido es esencial al negocio jurídico, en cuanto la propia manifestación no puede tender a la consecución de un resultado práctico, la indicada manifestación carecería de un fin. Pensemos sólo por un momento que una declaración de voluntad puede tener lugar sin que en el fondo exista una voluntad seria: se declara algo o bien se firma un documento en escena, durante una representación teatral; o con "*animus docendi*", o por jactancia, o con fines de propaganda, o en el calor de una disputa o, simplemente, en broma. En estos casos la manifestación existe y es incluso querida, pero no es querido en absoluto su contenido o resultado; de una voluntad seria desde un punto de vista negocial no se puede hablar; son éstas las llamadas declaraciones no serias, no previstas tampoco por nuestro Código Civil.

Lo mismo debe decirse de la reserva mental, en donde se emite una declaración no querida en su contenido ni en su resultado con el fin de engañar a la contra-parte, produciéndose una divergencia consciente entre manifestación y voluntad.

Falta también en nuestra ley civil una normativa que atienda detalladamente el tan conocido y cotidiano fenómeno de la simulación. Aunque parezca increíble, a su respecto existen escasas dos normas desordenadamente diseminadas en el Código Civil; me refiero a los artículos 455 y 978. Sin embargo, es mi deber señalar la encomiable labor desarrollada por nuestros Tribunales en esta materia (22).

Pasemos ahora a examinar los llamados vicios de la voluntad.

Como es sabido, la violencia moral, el dolo y el error-vicio no dan lugar a problemas de relaciones entre voluntad y manifestación; en ellos éstas, por el contrario, se corresponden: la voluntad se manifiesta adecuadamente, congruentemente, sólo que está mal formada por la influencia de elementos externos como el miedo, el error mismo y el engaño.

Ante la carencia de serios defectos en nuestra legislación en materia de violencia moral, dirigiré mi atención al dolo y al error-vicio.

Por dolo se entiende cualquier comportamiento ilícito de una persona dirigido a engañar a otra, determinándola a realizar una declaración de voluntad que sin el dolo no habría realizado (dolo determinante) o habría realizado pero en condiciones distintas (dolo incidental). Según el artículo 1020, el dolo apto a producir invalidez debe reunir las siguientes características: a) que se trate de un comportamiento ilícito ("*dolus malus*"); b) que dicho comportamiento ilícito provenga de una sola de las partes; y c) que sin el dolo no hubiere habido negocio (determinante) (23).

Nótese bien que nuestra ley no exige, en absoluto, para este tipo de dolo, la voluntad o conocimiento en el agente de producir un daño a la parte contraria. Surge entonces esta duda: ¿Puede anularse un negocio por dolo determinante si no se ha producido daño o perjuicio a la contra-parte? ¿Es esto lógico?

- (22) Sala Segunda Civil, sent. No. 1 de las 15:30 hrs. del 3 de enero de 1975, A. S. S. vs. M. C. M. R. y otros, en Boletín Informativo de la Corte Suprema de Justicia, No. 222, pág. 145, Núm. 82; Sala Segunda Civil, sent. No. 373 de las 15:20 hrs. del 1o. de noviembre de 1974, N. S. J. vs. C. P. S. y otra, *ivi*, No. 221, pág. 186, Núm. 1599; Sala de Casación, sent. No. 125 de las 14:10 hrs. del 25 de octubre de 1973, E. R. CH. vs. F. C. S. y otra, *ivi*, No. 217, pág. 54, Núm. 1635; Sala Segunda Civil, sent. No. 234 de las 15:30 hrs. del 23 de agosto de 1973, G. V., J. vs. A. V. M., *ivi*, No. 215, pág. 48, núm. 1045; Sala Segunda Civil, sent. No. 154 de las 14:30 hrs. del 14 de junio de 1973, M. T. B. C. vs. R. V. R., *ivi*, No. 212, pág. 103, núm. 362; Sala Primera Civil, sent. No. 107 de las 9:05 hrs. del 27 de abril de 1973, E. R. CH. vs. F. C. S. y otra, *ivi*, No. 211, págs. 50 y 52, núms. 4, 5, 7 y 12; Sala de Casación, sent. No. 22 de las 14:30 hrs. del 31 de marzo de 1970, *ivi*, No. 190, mes de octubre, pág. 1; Sala Segunda Civil, sent. No. 183 de las 9:05 hrs. del 7 de mayo de 1971, D.R.R. vs. R.R., *ivi*, No. 190, mes de octubre, pág. 8; Sala de Casación, sent. No. 123 de las 14:45 hrs. del 6 de diciembre de 1967, U.A. vs. M.M. y M.M. vs. U.A. y otro, II Sem., tomo II, pág. 1088; Sala de Casación, sent. No. 14 de las 10:30 hrs. del 23 de enero de 1967, I Sem. tomo I, C.M. vs. R.V. y otro, pág. 280; Sala de Casación, sent. No. 26 de las 10:50 hrs. del 24 de marzo de 1954, H.CH. vs. A.F., I Sem., tomo I, pág. 362; Sala de Casación, sent. de las 10:00 hrs. del 6 de diciembre de 1944, C.G., II Sem., tomo único, pág. 897; Sala de Casación, sent. de las 10:00 hrs. del 10 de abril de 1940, V.B. vs. A.V. y otros, I Sem., tomo único pág. 235, etc.
- (23) En nuestra jurisprudencia ver, principalmente, sent. Cas. No. 36 de las 14:45 hrs. del 19 de abril de 1960, T. R. vs. S. A., I Sem., tomo II, pág. 637; sent. Cas. No. 103 de las 10:30 hrs. del 3 de diciembre de 1956, F. P. vs. M. M., II Sem., tomo II, pág. 1988; sent. Cas. de las 14:50 hrs. del 1o. de diciembre de 1943, J. C. vs. F. L. y otros, II Sem., tomo II, pág. 1159.

Centremos ahora nuestra atención sobre la segunda característica: "*el dolo debe ser obra de una de las partes*". ¿Qué sucede entonces con el dolo de tercero? Parece ser que éste es siempre incidental. Esta solución de nuestra ley realmente no me satisface habida cuenta de que el dolo de tercero, si es determinante de la voluntad, puede causar los mismos daños y perjuicios, y aún más, que el proveniente de uno de los contratantes. En otras palabras, no logro encontrar la "*ratio*" de semejante disposición, aún consciente de que no es propia, exclusiva de nuestra legislación, sino acogida pacíficamente por la mayoría de las legislaciones de los países con derecho escrito, y por los tratadistas.

De la lectura del 1020 nace otra inquietud: al afirmar dicho texto que el dolo debe ser obra de una de las partes, ¿estará excluyendo la posibilidad de dolo determinante, generador de invalidez, en los negocios unilaterales, cuando menos recepticios? (24).

Sobre el error-vicio la disciplina contenida en el artículo 1015 debe reconocerse como deficiente e incompleta. Ante todo, no existe por ningún lado una clara distinción entre error de hecho y error de derecho (distinción que también sería operante en sede de error obstativo); se dejan además por fuera ciertas hipótesis de error que, a mi concepto, deberían incluirse, tales como el "*error in nomine*", el error en el valor económico de la cosa, el "*error in quantitas*", el error en la modalidad del negocio (por ejemplo, en una condición), y el error en los motivos (25). Tampoco es clara en nuestra ley la distinción entre error esencial y no esencial, de suma importancia en materia de "*error in qualitas*" (26).

Pasando ahora a examinar la causa (27), he de decir que en este terreno han combatido durante mucho tiempo, con probabilidades de éxito casi idénticas, la teoría que niega la autonomía de la causa, sea que la niega como elemento esencial del negocio jurídico, y la que, por el contrario, la afirma. En el ámbito de esta última, han luchado a su vez la concepción subjetiva y la objetiva. Hoy día podemos afirmar, sin miedo a equivocarnos, que ha triunfado la teoría causalista y, de ella, la tesis objetivista, aunque todavía se discute dentro de esta última cuál de todas sus variaciones es la más exacta.

Para nuestro Código (arts. 1007 y 627 inciso 3o.) la causa es elemento esencial del contrato (negocio).

Inexplicablemente falta en nuestra ley un instituto al cual los Autores han atribuido siempre con mayor insistencia la función de permitir una investigación acerca de la "*justicia*" del negocio; me refiero a la "*rescisión por lesión*", a la hoy llamada "*perturbación de la causa*" que, como es sabido, establece la ineficacia del negocio en la hipótesis en que un contratante, aprovechándose del estado de necesidad de otro, logre una retribución mayor que la obtenible en condiciones normales. Y digo "*inexplicablemente*" porque esta institución apareció por vez primera en un rescripto atribuido a los emperadores Diocleciano y Maximiliano, allá por el año 284 d.C. (28).

En particular, y con mucha razón, la doctrina ha sostenido que mediante este instrumento se hace posible "*controlar*" la relación de proporcionalidad entre las ventajas y los sacrificios que se derivan del contrato para cada contratante.

Es cierto que desde los tiempos del Código Justiniano el principio de la rescisión por lesión ha sido muy discutido por la doctrina, sobre todo en cuanto al carácter adecuado de las prestaciones en la relación contractual, suscitando consensos y disensos igualmente vivaces y acalorados. Sus adversarios han encontrado en él una inadmisibles limitación de la autonomía privada y una grave derogación del principio que establece que sólo el libre juego de las fuerzas operantes en el mercado puede garantizar una más justa repartición de los sacrificios y ventajas entre los contratantes. Su momentánea abolición por obra de la ley del 14 "*fruttidoro*" del año tercero se debió probablemente al temporáneo prevailecimiento de esta intransigente corriente de pensamiento. Pero poco tiempo después, Portalis, en la fase de elaboración del "*Code Napoléon*", abogaba vehementemente por su necesaria inclusión aduciendo que, sin él, el más fuerte dictaría leyes al más débil y la moral bien pronto sería desterrada de la legislación y de la sociedad, con grave perjuicio al interés general: "*si*

(24) La duda surge de que el buen lenguaje jurídico, el término "*partes*" se usa para distinguir a los sujetos que intervienen en los negocios bi o pluri-laterales.

(25) En cuanto a este tipo de error, debería preverse la invalidez cuando el motivo haya sido determinante de la voluntad.

(26) Sin embargo, esta distinción la ha venido a establecer bastante claramente nuestra Sala de Casación en su sentencia No. 36 de las 14:45 hrs. del 19 de abril de 1960, cit.

(27) Sobre el tema de la causa, recomiéndoles el maravilloso trabajo de GIORGIANNI, Michele. "*La causa del negozio giuridico*", Giuffrè, Milano, 1961.

(28) Así, BARCELLONA, Pietro, op. cit., pág. 242.

la lesión enorme no pudiese denunciarse útilmente, no habría más pudor ni comedimiento en la asunción de los empeños". Como lógica consecuencia, el Code Napoleón sancionó definitivamente el principio de la rescindibilidad del contrato por lesión (29).

En términos aún más generales el Código Civil alemán estableció que podía ser impugnado el contrato con el cual alguien, abusando de la necesidad o de la inexperiencia del otro contratante, se hacía prometer por una prestación ventajas patrimoniales que superaban su valor en modo tal que, habida cuenta de las circunstancias, las ventajas se encontraban en evidente desproporción con la prestación misma.

El Código Civil italiano de 1865 reprodujo esta institución en idénticos términos al Code Napoleón y de ahí pasó, sin sufrir mayores reformas, al hoy vigente Código de 1942 (arts. 1447 y 1448).

Como es fácil comprender de esta sumaria exposición de sus precedentes históricos, la rescisión por lesión no constituye una novedad en la disciplina del contrato, y precisamente por ello no entiendo por qué fue excluida por nuestro legislador del 86. No tengo noticia de que la figura haya sido admitida y aplicada en nuestro medio por vía jurisprudencial.

La causa, además de existir, debe ser "justa", reza el inciso 3o. del artículo 627 de nuestro Código Civil (en relación con el 1007 *ibídem*). ¿Qué debemos entender por causa justa?. Gramaticalmente, justa quiere decir que obra según justicia y razón; y justicia es la virtud que inclina a dar a cada uno lo que le pertenece. Estos conceptos no nos ayudan a esclarecer qué es lo que nuestro legislador pretendía al exigir en el contrato una "causa justa". Debemos entonces concluir, con la mejor doctrina, que por causa justa nuestro legislador quiso decir "causa lícita", arreglada a derecho, dirigida a regular intereses dignos de tutela según el ordenamiento jurídico. Y esto lo confirman los artículos 844 (en donde expresamente se habla de ilicitud de la causa) y 805 (donde se dice "causa contraria a la ley, al orden público o a las buenas costumbres", es decir, causa ilícita).

¿En qué consiste la ilicitud de la causa? En la contrariedad de la misma a normas imperativas, al orden público o a las buenas costumbres. Debemos entonces distinguir entre legalidad e inmoralidad como categorías de lo ilícito. Se tiene ilegalidad cuando la causa es contraria, no a todas las normas jurídicas del sistema, sino a aquel específico grupo que son las normas imperativas, sean éstas, positivas (consistentes en un mandato) o negativas (consistentes en una prohibición). Sobre estas últimas hay que precisar que no cualquier contrariedad a las mismas implica ilegalidad, pues es preciso que la norma sea "perfecta", es decir, que establezca como sanción la invalidez, pues si es "minus quam perfecta", en cuanto impone únicamente una pena o multa, no hay ilegalidad del negocio en caso de violación de la misma. Debo aún aclarar que no es preciso, para la ilegalidad, que en la norma imperativa prohibitiva esté sancionada "expressi verbis" la nulidad, basta que ella se deduzca del espíritu de la norma. Es esta la llamada "nulidad virtual".

También hay ilegalidad de la causa por contrariedad de la misma al orden público, entendido como aquel cúmulo de principios generales, fundamentales e inderogables de un determinado ordenamiento jurídico.

La inmoralidad se presenta cuando la causa ("turpis") es contraria a las buenas costumbres, sea aquel complejo de principios que constituyen la "moral social", o, si se quiere, el conjunto de las exigencias éticas de la conciencia social o colectiva existente al momento del negocio.

Nada de esto es claro en nuestro Código Civil que ni siquiera establece la sanción cuando la causa falta o cuando, presente, fuere ilícita.

Líneas atrás se dijo que en Costa Rica, con la única excepción del negocio testamentario, los motivos son irrelevantes. Es esta otra de las graves omisiones de nuestra ley, pues si los motivos son de tal entidad que por ellos, y sólo por ellos, el sujeto se ha decidido a contratar, deben ser relevantes y producir, cuando menos, anulabilidad. Pensemos sólo por un momento en el motivo ilícito: ¿es posible que en nuestro país no pueda ser invalidado un negocio con motivo ilícito?

Me planteo aquí la siguiente cuestión: siendo el testamento un negocio jurídico ¿podremos aplicar por analogía las disposiciones de los artículos 580 y 581 a los restantes negocios, sean estos unilaterales o no?

(29) Así, BARCELONA, Pietro, *op. cit.*, págs. 243-244.

En mucho defecciona nuestro Código en materia de "objeto". Como es bien sabido, el objeto del negocio debe reunir ciertos requisitos o cualidades:

- a) Existir (arts. 627, inciso 2o. y 629 C. C.);
- b) ser determinado o determinable (art. 630 C. C.);
- c) ser posible (arts. 627, inciso 2o., 629 y 631 C. C.);
- ch) tener un valor exigible (valor económico; art. 630 C. C.) y
- d) ser lícito (art. 631, inciso 2o. y 844 C. C.).

No establece nuestro Código la sanción si el objeto falta, pero es de suponer que, tratándose de un elemento esencial general (30), habrá nulidad absoluta (arts. 1007, 627 inciso 2o. y 835 inciso 1o. C. C.; para la compra-venta, ver además el art. 1060).

Si el objeto es indeterminado o indeterminable, el negocio es válido pero no es apto para producir efectos, es ineficaz (art. 630 C. C.; para la compra-venta, ver además el art. 1050 *ibídem*). El negocio adquirirá su eficacia cuando el objeto se determine o se den criterios bastantes para determinarlo.

Si el objeto fuere física o legalmente imposible el negocio es absolutamente nulo (arts. 1007, 627 inciso 2o. y 835 inciso 1o. C. C.). Y aquí es de rigor hacer el siguiente comentario: la lógica impone que un objeto imposible es igual a un objeto inexistente; así, si la inexistencia del objeto se sanciona, como dije, con la nulidad absoluta, la imposibilidad física o legal del mismo debe tener idéntica sanción. Y de esta manera parece entenderlo nuestro Código Civil cuando en su artículo 627, en relación con el 1007, dice:

"Para la VALIDEZ del contrato (negocio) es ESENCIALMENTE INDISPENSABLE:
2o. Objeto o cosa cierta y POSIBLE..."

Se establece aquí la "posibilidad del objeto" como requisito de validez del negocio en modo tal que, para que el negocio sea válido, debe tener un objeto ("*cosa cierta*") posible. Pero, inexplicablemente, en el artículo 631 la imposibilidad del objeto se sanciona con la simple ineficacia del negocio; ¿cuál es entonces la solución correcta?

Si el objeto no fuere reducible a un valor exigible, a un valor económico, el negocio es válido pero ineficaz (art. 630 C. C.).

El objeto, además, debe ser lícito (arts. 631 inciso 2o. y 844 C. C.) de lo contrario el negocio es ilícito, como ilícito es el negocio con causa "*injusta*". Acerca de las consecuencias, es evidente que el negocio ilícito por ilicitud del objeto es absolutamente nulo, sea que no produce efectos jurídicos (arts. 1007, 627 incisos 2 y 3, 631 inciso 2o., y 835 inciso 1o. y 844 C. C.). Sin embargo se hace necesario aquí hacer el siguiente comentario: La imposibilidad legal está prevista expresamente en el artículo 631 del Código Civil y se presenta respecto de las cosas que estén fuera del comercio por disposición de ley (inciso 1o.) y respecto a los actos ilícitos como contrarios a la ley, a la moral o las buenas costumbres (inciso 2o.). Según el número de comentario, la imposibilidad legal (al igual que la física) del objeto produce la simple ineficacia de la obligación.

Por su parte, el artículo 627 dice:

"Para la validez de la obligación (léase contrato —o negocio— ante la remisión operada por el 1007) es esencialmente indispensable:
2o. Objeto o cosa cierta y POSIBLE..."

Se fija entonces la "posibilidad" del objeto como requisito de validez y no ya de simple ineficacia del negocio. Y si imposible legalmente es el objeto ilícito en un negocio, siguiendo ese orden de ideas, inválido necesariamente ha de ser el mismo. ¿Pero cómo se salva entonces tan tremenda contradicción?. Recurriendo a otras normas que nos aclaren cuál fue la verdadera intención del legislador. Así nos encontramos con el artículo 844 en donde específicamente se habla de nulidad (sea invalidez y no simple ineficacia) del acto o contrato con objeto o causa ilícita.

(30) Entendiéndolo claro está en un sentido amplio como cosa y como prestación, pues si lo identificáramos únicamente con "cosa", sería elemento esencial específico, propio de los negocios reales.

El negocio ilícito se caracteriza por una contrariedad de su causa o de su objeto a normas imperativas, al orden público o a las buenas costumbres. Frente a las normas imperativas, el negocio ilícito se encuentra en una posición de evidente y abierto contraste, es un acto "*contra legem*"; la violación es segura y manifiesta, aún si las partes la desconocen (art. 1o. párrafo 2o. C. C.); pero si éstas se han percatado o conocen o quieren a toda costa el resultado prohibido por las normas imperativas, intentarán de seguro soslayar la situación para evitar el franco y claro contraste del negocio con dichas normas. Al efecto pueden seguir dos caminos: a) Cubrir el negocio "*contra legem*" con el velo de otro negocio aparentemente lícito (la llamada simulación relativa). La ventaja de esta solución estriba en que se logra por completo el mismo resultado prohibido por la ley sin los riesgos directos del negocio ilícito; el inconveniente está en que bien podría tratarse de una consecuencia efímera pues descubierta la simulación, caída la máscara, el negocio disimulado resultaría también absolutamente nulo por ser "*contra legem*". b) La consideración de esa inconveniencia ha abierto la mente a los prácticos hacia otro camino más tortuoso, por lo general menos satisfactorio pero mucho más seguro: servirse no ya directamente del negocio prohibido, no ya del negocio ilícito cubierto de falsa apariencia, sino de un negocio, o de un sistema consistente en un complejo de negocios y actos, todos ellos lícitos, pero tendientes unos y otros al logro de los mismos fines del negocio prohibido. Tenemos así "*fraus legi facta*". Aquí la norma se respeta, puesto que no se choca directamente contra su mandato, pero en realidad se elude su aplicación en cuanto se realiza un resultado final, que si no es ni puede ser idéntico, en especial en el terreno estrictamente jurídico, sí es análogo, particularmente en el terreno práctico, al que se obtiene mediante el negocio ilícito.

Los distintos ordenamientos jurídicos no pueden permanecer indiferentes frente a tal expediente o engaño. Nuestro Código, tal y como sucede con el español, carece de una norma como el artículo 1344 del Código Civil italiano del 42, en la que se declara expresamente la invalidez del negocio fraudatorio, pero ello no significa que no castigue este tipo de contrataciones. Y en verdad sería absurdo y contradictorio pensar que la ley mientras por un lado prohíbe el fin ilícito en los contratos, por otro permite alcanzarlo indirectamente a través del negocio en fraude. Para nuestro Derecho Positivo el apoyo legislativo concreto del principio de invalidez de los negocios en fraude de la ley se halla, a mi concepto, en el combinado de los artículos 1, 2, 3 y 10, párrafo 2o. del Código Civil. No conteniendo esta "*mezcla*" de disposiciones la sanción, es decir, el grado de invalidez del negocio fraudatorio, ¿se tratará de nulidad absoluta o de nulidad relativa?. Personalmente me inclino por la nulidad absoluta por tres razones: 1) si el negocio ilícito es, como vimos líneas atrás, absolutamente nulo en cuanto su causa o su objeto se contraponen a una norma imperativa, al orden público o a las buenas costumbres, el negocio en fraude de la ley, si bien sus elementos causa y objeto no son ilícitos, al alcanzar un resultado análogo al del negocio ilícito debe ser sancionado con el mismo grado de invalidez; 2) no existiendo una norma "*ad hoc*" que —como el citado número 1344 del Código Civil italiano— establezca el grado de invalidez, debemos inclinarnos por la regla general en esta materia que es la nulidad absoluta, y no por la relativa que es la excepción; y 3) el párrafo 2o. del ya citado artículo 10 habla de nulidad y no de anulabilidad. Y es verdaderamente en esta última disposición donde se encuentra enunciado —aunque no en la forma en que todos desearíamos— el principio general de derecho que informa y sanciona todos aquellos actos y negocios violatorios de la ley (o que la defraudan).

Otro problema surge al determinar qué debe entenderse por "*leyes prohibitivas*" en el párrafo 2o. del artículo 10. Recordemos que, en buena técnica, leyes prohibitivas son una sub-división, un sub-tipo, de ley imperativa, sea aquellas que contienen una prohibición (no debe - no puede), llamadas también negativas. ¿Querrá con ello decirse que los actos o contratos contrarios a las normas positivas (el otro tipo de norma imperativa) o contra el orden público o las buenas costumbres no son inválidos? (31).

En síntesis, los negocios en fraude de la ley, en cuanto negocios reales, es decir, efectiva y seriamente queridos y realizados lo mismo en sí que en su resultado, son, al igual que los negocios *contra legem*, sea aquellos directamente contrarios a normas inderogables, ilícitos. Su contrariedad se considera como existente y operante no obstante el artificio o engaño, no obstante la desviación a la que se ha recurrido.

(31) Absurdo sería hacer aquí, a mi concepto, una interpretación de tipo restringido y literal del párrafo de comentario. Así las cosas, sostengo que el concepto de "*leyes prohibitivas*" debe ser entendido en sentido lato, sea incluyendo las restantes normas imperativas (las positivas), el orden público y las buenas costumbres.

Dado el breve tiempo de que dispongo me veo forzado a concluir mi exposición en este punto. Por fuera han quedado muchos aspectos interesantes de la teoría del negocio: los requisitos de eficacia, los efectos propiamente dichos y sus vicisitudes, la teoría de la invalidez, la representación la interpretación. Respecto a todos y cada uno de ellos encontramos defectos más o menos graves en nuestra legislación; todos y cada uno de ellos claman a gritos por una inmediata reforma.

Hemos visto sumariamente algunas de las deficiencias más serias de que, a mi concepto, adolece nuestro Código Civil. La más seria de todas: la falta de sistematización y de adoptar una teoría que, como la del negocio jurídico, sirva de columna vertebral, de punto de apoyo, para todas aquellas manifestaciones de voluntad producto de nuestra propia autonomía y para que, con una buena teoría general, puedan resolverse, con cierto grado de exactitud y equidad, los problemas que a diario se esgrimen en los Tribunales de Justicia.



EL DERECHO COMO "MISTERIO"

Lic. Hugo Picado Odio

Vivimos en la época de los grandes e increíbles avances y descubrimientos en el campo de la ciencia. Asistimos a una verdadera proliferación de formidables manifestaciones del genio del hombre. Lo que ni siquiera soñaron cercanas generaciones de nuestros ascendientes, forma parte de los medios y recursos con los que contamos y nos desenvolvemos hoy, en nuestra vida cotidiana. Los escollos e inconveniencias naturales que obstruían su desarrollo, el ser humano los ha ido superando al punto de que, en el presente, las más largas distancias dentro del globo terráqueo y fuera de él, no son óbice para establecer comunicación inmediata de extremo a extremo. Su propio quehacer diario, en muchos aspectos, el hombre lo ha agilizado y sustituido con el invento de máquinas automáticas de muy complicada construcción.

La lucha contra las enfermedades, ha alcanzado éxitos insospechados. La ciencia médica ha logrado trasplantar órganos vitales para prolongar la vida de desahuciados. Con su inventiva, el hombre ha conseguido detectar y aprovechar recursos naturales velados, así como incrementar ostensiblemente la producción de otros ya conocidos, mediante la técnica aplicada a su explotación. Como resultado, cuenta en la actualidad con riquezas exhuberantes.

Las ciencias sociales no han quedado a la zaga, como realizadoras de muy numerosas y refinadas investigaciones. En este campo ha brotado también una verdadera proliferación de obras tendentes a analizar situaciones y dar soluciones, que aumentan día a día el acervo cultural de que disponemos.

Sin embargo, no obstante lo anterior, muy lejos se encuentra el hombre hoy, de haber encontrado la forma de vida en común que satisfaga las íntimas aspiraciones de su ser y que propicie la paz y la seguridad sociales. La justicia, elemento indispensable para ello, se halla en crisis. El derecho, se halla también en crisis.

Es evidente que, si en resultados beneficiosos para la humanidad, las ciencias sociales no han ido de la mano con las naturales, es porque existe una razón fundamental que las distingue. Tal diferencia la encontramos en el objeto de ambas disciplinas. Estas últimas tratan con objetos cuyas reacciones obedecen a fenómenos naturales, biológicos o inorgánicos, no sujetos a la voluntad discrecional, al capricho, o a la acción impremeditada del ser humano; mientras que las primeras tienen que ver, precisamente, con el hombre y su comportamiento.

El derecho es producto vital del hombre en su vida de relación. Es por ello que a través del mismo, podemos llegar a conocer y comprender a un pueblo o a una cultura. Pero fallido resultará nuestro esfuerzo, si efectuamos tal estudio, tratándolo como a algo constituido por normas huecas y vacías, con un valor meramente formal o lógico, sea, en su aspecto exclusivamente material. Ello en virtud de que en el derecho, lo mismo que en el hombre, hay algo más que forma, lo cual es trascendente a la materia; algo que es espíritu, que es esencia, que permanece y le confiere su valor, justificando su existencia. Es por eso que resulta esperanzador encontrarnos con obras como la del brillante romanista Dr. Juan Iglesias, titulada "ESTUDIOS", referida a la historia de Roma, al Derecho romano y al derecho moderno. En dicha obra, su autor, muy sabiamente, hace énfasis en la necesidad de penetrar en la sustancia, en el "misterio" del derecho, para así conocer su auténtica naturaleza.

No de otra manera podríamos entender el Derecho romano y derivar de él las valiosas enseñanzas que encierra, como expresión máxima de un pueblo ejemplar, que ha dejado su impronta indeleble y determinante en la historia de la humanidad. No de otra forma podríase coadyuvar al verdadero mejoramiento de nuestro derecho actual, tan lastimado por copiosos e inefables intentos, consistentes en nuevos descubrimientos y avances científicos, que son culto al artificio y al virtuosismo, pero que soslayan lamentablemente, la búsqueda de la esencia. Esa esencia constituida por valores eternos e inmutables, para cuya percepción precisan los recursos teológicos, tan rechazados por la tendencia materialista de los tiempos modernos, la cual ha invadido también, el campo de las ciencias sociales. Se pretende entonces, explicar el derecho, con base en los esquemas propios de la dogmática actual, lo cual es un error.

No es por mera casualidad que el Derecho romano pervive, habiendo ejercido su influencia innegable a través de los siglos. Si su mérito hubiera estribado en meras elaboraciones de carácter formal y circunstancial, configurarían en el presente, nada más que una reliquia admirable por lo que fue, pero obsoleta, sin valor

práctico alguno, para la sociedad actual. Pero vemos que sigue aún teniendo vigencia, dentro de un contexto histórico y cultural muy distinto, precisamente, porque los ideales que lo inspiraron, la perenne búsqueda y práctica de la virtud, en medio de la cual se fraguó, constituyen esencia que permanece, invariable e incorruptible a través de los siglos, no condicionada por la materia ni por la circunstancia, señalando así al individuo el derrotero que determina su perfeccionamiento paulatino.

Tal sustancia, le confiere vida y valor verdadero al derecho. Pero la misma no se concibe empíricamente, pues requiere una trasposición del mundo de los sentidos, para acceder a ella con una verdadera vocación espiritual. Es por ello que es "*misterio*", que es "*secreto*"; y tratar de orillar del estudio jurídico ese misterio, significa reducirlo a un montón de huesos secos, fósiles sin vida y sin vigencia trascendente.

Peor aún, el derecho que se elabora prescindiendo de la sublimización que es su "*misterio*", deja de ser derecho, para convertirse en juguete de pasiones inferiores y conveniencias momentáneas. De ello, desgraciadamente, tenemos muchos ejemplos hoy. Por eso es que el hombre se encuentra en crisis, la sociedad se encuentra en crisis, el derecho se encuentra en crisis.

ROMA: ESENCIA EN LA CULTURA

"*Hay pueblos elegidos. Tal es, entre otros, Roma*". Con tales palabras, inicia uno de sus estudios, en la obra aludida, el Dr. Iglesias. En realidad, la historia de Roma, en su escalada paulatina, como simple reunión de gentes, primero; después, como ciudad, y luego, como nación, marca un hito que es paradigma e inspiración para la posteridad. Cada paso, en su marcha ascendente, denota la grandeza del impulso cuyo destino es el cumplimiento de una misión trascendente en la historia de la humanidad. Roma no sólo nos servirá siempre como ejemplo de una feliz, ordenada y fructífera vida en comunidad, sino que nos lega, como tesoro de valor indescriptible, un derecho cuya sustancia ha sido arrancada de una larga experiencia vital, disciplinada en el ejercicio de la virtud.

El romano primitivo, en estrecho contacto con la naturaleza, estimula su vocación espiritual. En alas del espíritu se transporta a las esferas de excelcitud, donde en éxtasis, sin la perturbación de lo terrenal, apre-hende los principios de valor eterno, inscritos en su propio corazón. Se identifica entonces con lo divino; hace alianza con los dioses; brota de él un profundo sentimiento religioso, no teórico, sino práctico y arraigado, estableciéndose así un orden de valores donde el bien común y, por ende, la autodisciplina, mediante la práctica de la virtud, que conduce al perfeccionamiento interior, ocupan un lugar preferente, respecto al interés materialista, de carácter personal. La vida para el romano, no consiste en una tarea meramente humana, pues es una verdadera convivencia con los dioses, los cuales eran, primordialmente, dioses de la colectividad.

En consecuencia, vemos cómo, todo el quehacer, la vida y la ética romanos, giran en torno a la Res Pública. Es así como ésta, con el devoto concurso de todos y cada uno de sus miembros, va escalando ininterrumpidamente los peldaños hacia la grandeza, una grandeza que revierte a la vez, en beneficio de todos. De este sentimiento, de esta profunda convicción, que es mística en la vida diaria, están imbuidos todos, inclusive los miembros de la plebe. El hecho de que ésta al principio no participara en el gobierno, no significa que permaneciera ajena a la tarea común, sublime, a la que estaban entregados los patricios, a quienes reconocían sus virtudes y aptitudes de mando. Pero resulta que, habiendo ella experimentado un incremento ostensible en su contingente multitudinario, y siendo requerida como elemento auxiliar en las guerras, adquiere consecuentemente, una importancia social, que antes no tenía. Consciente de ello, se apresta a reclamar su participación en el gobierno. Pero tal demanda la hace de manera muy sensata, sin perder nunca de vista el fin supremo en que estaban todos empeñados, en cuyos puestos de mando, justamente, quería ella participar, como componente social importante. Inicia entonces la lucha, en aras de su propósito. Pero una lucha leal, constructiva, nunca destructiva, egoísta o caprichosa. Esto, en razón de que los miembros de la plebe comparten con los nobles los mismos ideales, idénticas aspiraciones tocante a Roma. Cree, igual que ellos, en su fulgurante destino, respecto al cual se siente solidaria. Existe, en fin, entre los contendientes, la "*homonoia*", la unión de corazones, o sea, el consenso, unanimidad o coincidencia en ciertas opiniones

últimas, con imperativo moral inquebrantable para todos, a lo que Cicerón llama "*concordia*" y define como "*el mejor y más apretado vínculo de todo Estado*" (1).

Pugna entonces la plebe por integrarse definitivamente a la empresa común, como requisito necesario para el perfeccionamiento del Estado que estaban todos construyendo. Pero para ello, apela, como medio de compulsión, no al sabotaje, no a la destrucción física del hombre o de las cosas, sino, desde ese punto de vista, a una inofensiva secesión, revestida, sin embargo, de una fuerza moral incontrastable: la retirada a los montes Sacro y Aventino. Y, con ello, logra su cometido. Consigue injertar en la Constitución romana, la institución del Tribuno de la Plebe, funcionario el cual entró a formar parte del gobierno en representación de la misma, con el título de Magistrado. Con lo anterior, la solidaridad real entre el senado y el pueblo, entre patricios y plebeyos, quedó asegurada.

Continúa así Roma, su brillante marcha como "*prototipo del progreso nacional*", como decía Mommsen. Cada paso que en tal sentido daba, surgía, no como imposición inexorable de las circunstancias, sino como producto de la inspiración. Sus instituciones —en palabras de Ortega y Gasset— "*tampoco fueron inspiradas en una razón formalista y abstracta, sino que fueron inspiradas en las circunstancias, desde el fondo de firmes creencias que constituyen el alma de una nación, mientras una nación tiene alma. Todo pueblo que sepa hacer esto será un gran pueblo*" (2).

Roma lo fue. Lo fue porque tenía alma, constituida por creencias firmes, muy bien arraigadas. Creencias que le guiaban, le inspiraban, le empujaban, en todos los aspectos de su vida pública y privada. Esas creencias podemos resumirlas en principios o conceptos que los romanos entendían, no de manera abstracta, sino en el sentido de hacer, los cuales configuraban el OFFITIUM y consistían, entre otros, en la VIRTUS, LA HUMANITAS, LA FIDES, LA RELIGIO, LA AUTORITAS, LA LIBERTAS. Los mismos constituían ingredientes básicos en la naturaleza del romano. Formaban parte de los valores que eran patrimonio de los linajes que fundaron Roma. En ellos se forjó una conciencia colectiva muy fuerte, tendente al cumplimiento de una elevada misión en torno a la Res Pública, que es algo que está hecho por todos y para todos.

Así, vemos como "*La Virtus*", que refleja el ordenamiento moral romano, alude al ciudadano que, ante el imperativo categórico de la Res Pública, desprecia sus intereses personales y no le importa el sacrificio propio. La constante renuncia a la propia comodidad, es virtud agnóstica característica. Es aquel sentimiento público que hacía posible que el romano donara de motu proprio su parcela para la construcción de un acueducto, sin tener que recurrirse a la expropiación.

"*La Humanitas*", se desarrolla al influjo de la filosofía estoica. Significa muchas cosas: dignidad y grandeza de la personalidad humana, consistente en respetar la dignidad ajena. Comprende el amor y la compasión, la benignidad que implica perdón; la amabilidad y suavidad de fórmulas.

"*La Fides*", constituye uno de los conceptos rotundos en el Derecho romano. Significa fidelidad a la palabra empeñada. Los romanos se sentían atados a la palabra. Los negocios son solemnes, con palabras sacramentales. Poco a poco se van arbitrando negocios no solemnes. Pero sea en uno u otro, la palabra tiene su lugar preponderante. Hay que corresponder en ambos a la palabra empeñada. En el fideicomiso, la fides cobra un papel muy importante. Dentro del derecho sucesorio, hasta la época de Augusto, el heredero puede o no cumplir con lo que se le "*ruega*"; sin embargo, éste cumple. En fin, empeñar la palabra era algo determinante; cada cual debía prever las consecuencias del acto, desde el punto de vista jurídico. En la amistad, la fides juega también un papel asaz importante.

"*La Religio*" da la idea de cuidado, escrúpulo, atención o diligencia primordialmente. El romano reconoce que hay realidades absolutas por encima de él, las cuales, es preciso tomar en cuenta. Actuar a la ligera, a merced del primer impulso o de la primera proposición mental, no es de sabios. Es necesario por ende —pensaba y así actuaba el romano— detenerse a consultar la opinión de los dioses, la cual puede manifestarse por medio de la reflexión del prudente o de los auspicios. No se vivía pues a la ligera, sino con arreglo y atención a la realidad trascendente. En tal forma pensaba y vivía —que es lo importante— todo ciudadano. El Pater-familia es "*religiosus*" porque observa diligencia, cuida muy bien del patrimonio familiar y está al día en sus cuentas.

"*La Libertas*" para el romano era algo diferente al concepto de "*libertad*" decimonónico, por lo que no

(1) Citado por José Ortega y Gasset. "Las Atlántidas y Del Imperio Romano. Revista de Occidente, Madrid. Cuarta Edición, pág. 93.

(2) Ortega. Ob. cit., página 141.

puede ser parangonado con este último. Tal idea en Roma no se concebía como algo referido a una serie de libertades individuales, como en el liberalismo, sino a una vivencia integral en el hombre, casada con la responsabilidad. "*Libertas*" no es hacer lo que venga en gana o lo que no esté prohibido, sino el ejercicio de ciertos poderes o facultades, con parsimonia, prudencia y limitación. Concorre en ella la sumisión voluntaria, como elemento esencial; la moralidad social, como condicionante primordial. Vivir en libertad es vivir dentro de las instituciones preferidas. Los romanos así lo hacían. Sus soluciones se inspiraban más que en las ideas, en las creencias. La libertad no es un fin en sí misma, sino un medio que tiende a la virtud y al heroísmo. Por eso, no se puede concebir sin obligaciones ni responsabilidades. Los derechos subjetivos implican para el romano facultades amplias, poderes máximos, pero el titular de ellos era prudente, diligente, metucioso, religioso, en su ejercicio, por lo que no agotaba su límite. La libertad alude al querer hacer de cada uno, pero al querer hacer tendente a la consecución de metas superiores, lo cual constituye el respaldo moral que acredita al hombre ante sus semejantes. Esto confiere la posibilidad de dar a cada cual una amplia facultad en el ejercicio de sus derechos, un amplio poder que se usará, no irreflexivamente, no negligentemente, no desmedidamente, sino con un profundo sentido de responsabilidad, sujeto a los límites de autodisciplina, que perfecciona al hombre interior. Libertad, en fin, es libertad del alma, libertad espiritual, sin las ataduras de la manifestación de los sentidos, de las pasiones inferiores, de la naturaleza corruptible, que tienden a ahogarla. Liberarnos de esto último, es la verdadera libertad. Eso, precisamente, era "*La Libertas*" para el romano.

"*La Autoritas*" está íntimamente relacionada con la "*Libertas*". Significa autoridad, ayuda. Pero, especialmente, acatamiento libre, espontáneo, querido, respecto de aquéllos que ostentan puestos públicos. El romano se preocupa por quién debe mandar; pero, una vez determinada la persona, se somete a ella voluntariamente. Aquí juega un papel muy importante la "*concordia*": unidad de corazones, que implica coincidencia, entre otros, en ese punto, que es de vital importancia.

Todo lo anterior fue lo que hizo grande a Roma, lo que la mantiene viva a través de los siglos. Porque es cierto que se extinguió el Imperio, murió lo material que lo representaba, pero la sustancia, que dio fuerza, inspiración y vida a la República, aún permanece. Lo moderno de nuestra mentalidad que disuena de lo romano, no debe hacernos perder de vista esa esencia que subyace, que es precisamente lo vivo, que se funda en valores eternos, los cuales deben seguir orientándonos.

En el campo del derecho, podemos ver cómo construcciones jurídicas huecas y vacías, al tratar de eludir la esencia, las raíces espirituales del derecho, deambulan en las espesas selvas de lo abstracto, donde, tratando de salvar escollos, suelen entretenerse mucho, sin encontrar el sendero que conduce a las alturas resplandecientes por la luz del sol.

En relación, nos dice el Dr. Iglesias:

"Si las "ideas" con que trabajamos son nuestras, es decir, de fabricación actual, nos exponemos a no comprender a los romanos. No ocurrirá lo mismo si, separando lo caduco de lo que tiene vigencia, aprehendemos la esencia de lo que continúa, y averiguamos la suerte de comunión que existe entre lo que es objeto de nuestro estudio y el sentimiento jurídico que hemos heredado.

No tratemos, —continúa diciéndonos el profesor Iglesias— con alegría confiada, de verter sobre el mundo jurídico romano nuestros "conceptos", nuestros "sistemas", nuestras definiciones y teorías, porque a esta actitud mental no responderá la que es propia de los romanos. Pulsemos el sentimiento jurídico que vive dentro de nosotros, y digamos entonces sí, por verdad, Roma se muestra en grave lejanía. Salvo que, en este punto, ya no hay que hablar de "ideas", sino de "creencias", y éstas son lo que somos y, por eso, las tenemos y no solemos pensar en ellas" (3).

RELACION DEL HOMBRE CON EL DERECHO

El Derecho como "*misterio*", está íntimamente relacionado con el hombre. En consecuencia, si queremos analizar y entender el Derecho romano, nos es imprescindible conocer al hombre de entonces, muy especialmente, al artífice de la ciencia jurídica. Nos estamos refiriendo al jurisconsulto romano. Refiriéndose al mismo, se expresa de la siguiente manera, el tratadista Manuel Jesús García Garrido:

(3) Juan Iglesias. Estudios: Historia de Roma, Derecho Romano, Derecho Moderno. Centro de Estudios Universitarios. Madrid. Página 35.

"encarna el tipo popular romano, las aptitudes y tendencias del pueblo. El romano, considerado en toda la excelsa magnitud de su misión histórica, se personifica en el jurisconsulto, en el que se concentran los ideales máximos del genio romano. En cada época histórica y en cada pueblo existe un personaje representativo: en Grecia es el filósofo y el artista, en Roma es el jurista, padre del Derecho" (4).

El gran prestigio, la autoridad moral de los jurisconsultos, encuentra sus raíces profundas en el Colegio Sacerdotal, en los pontífices, quienes desempeñaron un papel fundamental en el desarrollo del Derecho de las XII Tablas. Ellos sublimizaron el derecho, como medio de comunicación que fueron, para dar a conocer a los ciudadanos, la voluntad de los dioses. De esa actitud ascética, derivaron las fórmulas adecuadas para la vida de relación entre los romanos, a saber, las relativas al litigio en el proceso y las referentes a la conclusión de los negocios jurídicos. Una vez roto el monopolio que los pontífices ostentaban sobre sus colecciones de fórmulas de archivo, con la publicación de éstas —a principios del siglo III A. C., según la tradición—, toman la antorcha, personas muy cualificadas que, en forma libre y accesible, continuaron el desarrollo de la ciencia jurídica, con horizontes ostensiblemente ensanchados. Tales fueron los jurisconsultos.

En sus manos, el derecho fue floreciendo hasta alcanzar las dimensiones enormes que han trascendido hasta nosotros. Sin perder su carácter de "*Sacerdos Iustitiae*", se dedican a evacuar consultas gratuitamente, a quien se las solicitara. Teniendo como norma la justicia y la utilidad, su actuación fue adquiriendo gran popularidad. El honor y la fama obtenidos, les abrieron las puertas para acceder a los más importantes puestos políticos y sociales. Pero, como señala García Garrido, refiriéndose al jurisconsulto, "*antes que pretor, cónsul, tribuno, es sacerdos iustitiae*" (5).

Sobre la labor sublime de los jurisconsultos clásicos, nos dice muy elocuentemente Kunkel:

"...la jurisprudencia no era profesión que sirviese para ganar el pan, sino, en cierto modo, un deporte intelectual propio de los círculos aristocráticos, los cuales no obtenían más ventaja que honor, fama y —quizá con su ayuda— una carrera política de éxitos. Entre los que acostumbran frecuentar al perito en derecho, solicitando su consejo, se encontraban no sólo particulares, sino también, y sobre todo, los propios órganos de la administración del derecho, magistrados jurisdiccionales y jueces" (6).

Fue así como por la acción directa o indirecta de los juristas, la política y toda actividad pública se subordina al Derecho; o sea que, en ellas, preside la devoción que se rinde a la justicia. La idea de equidad configura el mayor de los incentivos, por encima de cualquier otra aspiración. Pero, como sugeríamos anteriormente, este aspecto, que es fundamental, se halla íntimamente ligado, con la finalidad de servir a las relaciones entre los hombres, en aras de su perfeccionamiento, como integrante de una comunidad, es decir, con la idea de utilidad. Ello da origen a otra característica relevante en el romano, que es el practicismo y su rechazo a la abstracción teórica, uno de los vicios que ahora tanto nos acosan. El jurista romano rehuye la teoría pura, el deambular por el terreno de lo abstracto. Como decía Shultz, no le gusta definir, y cuando lo hace, lo hace mal. Su misión consistía en escrutar la realidad del hombre en sociedad, para traducirla en términos claros y precisos; para buscar solución al problema concreto que, dentro de esa realidad, gravitaba. Reputaba inútil y pernicioso, lo que no estaba encaminado a la utilidad práctica. Hoy, perdemos mucho nuestro tiempo en disquisiciones teóricas, sin contenido práctico, rindiendo culto al artificio. ¿Por qué? Porque poco nos importa la esencia.

"El derecho es misterio, ... entroncado con el hombre", afirma el Dr. Iglesias. "*En el conubio del derecho con el espíritu añade —radica su secreto*" (7). Tiene el Derecho, por lo tanto, íntima relación con el hombre. Constituye puente entre lo humano y lo divino. Así lo entendieron los romanos, e inspirados en los principios eternos, trascendentes e inmutables de justicia y equidad, trataron de irle dando respuesta adecuada, con soluciones precisas, a las necesidades y a los problemas concretos, que se iban presentando. Así, vemos cómo el *Ius Gentium* es la proyección en el tiempo del primitivo *Ius Civile*, que era un derecho rígido, personalista y formalista. En ese entonces, Roma era un reducto pequeño en lo territorial y en población. Después, desemboca en algo grandioso, por lo que se impone liberar el derecho de sus trabas. El *Ius Civile* se transforma por ende en *Ius Gentium*, que es un derecho romozado, ágil y adecuado para regular el movimiento del tráfico

(4) M. J. García Garrido. *Casuismo y Jurisprudencia Romana*. UNED. Madrid, 1973. Página 33.

(5) García Garrido. *Ob. cit.*, pág. 39.

(6) Wolfgang Kunkel. *Historia del Derecho Romano*. Editorial Ariel. Barcelona, 1973. Página 107.

(7) Iglesias. *Ob. citada*, págs. 36 y 38.

comercial. No se trata de un trasplante, porque el romano imprime en él su propia impronta. Se trata de un derecho de valor universal, de un derecho avanzado en el tiempo, aplicado a las circunstancias concretas de una realidad cambiante que evoluciona. En ese desarrollo paulatino del derecho, hay dos personas que trabajan de consuno: el pretor y el jurista. El primero, no crea derecho, sino que se asesora del segundo, que es descubridor, explicador, pulidor, del *Ius Civile*. El pretor, entonces, administra justicia. Así, van naciendo con parsimonia, aplomo y precisión, los institutos jurídicos.

EPILOGO:

En la época actual existe la tendencia a encerrar el derecho en conceptos de lógica inflexible. Proliferan las leyes dentro de un férreo positivismo y sobreabundan los excesos conceptualistas, muy alejados de la realidad. Reina el desconcierto y el desasosiego, porque dentro de este *mare magnum*, se carece de una base firme. Inmersos en la corriente materialista de estos tiempos, estamos perdiendo la noción de lo que es verdaderamente útil. Este concepto, en consecuencia, bambolea entre lo frágil, lo relativo, lo accesorio y variable de los sentidos y la materia. Es por ello que, al procurarse su justificación, se accede a las inconstancias de la abstracción.

Es preciso retornar al derecho como esencia, al derecho como "*misterio*"; a los principios de verdad moral, casados con lo bueno y lo justo. Es necesario vivir esos principios y dejar de mirarlos allá lejos, como objetos de mera justificación retórica. Es menester retomarlos e incrustarlos en nuestras propias vidas, como pan de cada día, que nos alimenta y nos sirve de fuerza motriz, en el diario peregrinar por este mundo. He ahí el imperativo categórico para los juristas del presente.

Madrid, 28 de julio de 1976.

ELEMENTOS DE VALOR CRIMINALISTICO EN LA INVESTIGACION DE ACCIDENTES DE TRANSITO (LESIONES Y HOMICIDIOS CULPOSOS)

Lic. Pedro Antonio Peña Carrillo

1.— ESTUDIO DE LA ESCENA DEL ACCIDENTE:

Con características similares a las que corresponden a los casos de homicidio, la autoridad que se aboca al conocimiento de accidentes de tránsito, hará sus observaciones y recogerá las evidencias **TAN PRONTO COMO SEA POSIBLE DESPUES DE QUE EL ACCIDENTE HA OCURRIDO.**

El estudio de la escena consiste en la búsqueda de huellas dejadas por el vehículo, así como los rastros atribuibles a la víctima del accidente que haya sido arrollada por el vehículo o bien arrojada desde su interior. (Conviene recordar que algunas muertes reportadas como ocurridas por accidente de tránsito, no son tales sino actos deliberados de homicidio).

En la investigación de los accidentes de tránsito hay un doble propósito: a) Recoger la información más completa para utilizarla en la prevención de futuros accidentes, y b) Descubrir si una o más personas (de las envueltas en el accidente) han violado la ley; y si esto es así, acumular el suficiente material de evidencia técnica para responsabilizarlas del hecho cometido.

Cabe advertir que en los casos de accidente de tránsito, el procedimiento es diferente si el o los responsables huyen, resultando más complicada la investigación que la de cualquier homicidio.

INSPECCION OCULAR

La forma en que la autoridad judicial ha de proceder, las medidas precautorias que debe tomar al inicio de toda instrucción sumarial, están señaladas en diversos artículos del Código de Procedimientos Penales. Algunas de estas diligencias e investigaciones preliminares, corresponde hacerlas a los funcionarios de la Policía de Orden y Seguridad (hoy Guardia de Asistencia Rural), por así disponerlo el artículo 174 *ibidem*; y a la Policía Técnica Judicial, conforme a la Ley No. 5524 de 26 de abril de 1974, artículos 3, 4, 5 y 9.

Tanto la técnica investigativa como la práctica, enseñan que cuando ocurre un hecho delictuoso lo primero que ha de hacerse es **PROTEGER Y FIJAR EL SITIO DEL SUCESO** para facilitar la investigación científica del mismo. Y a estos fines la diligencia de mayor e inmediata importancia que debe realizarse, junto con el levantamiento de planos y diseños, es la **INSPECCION OCULAR.**

La inspección ocular es aquel acto del proceso en virtud del cual el Juez se apersona al lugar en donde se ha cometido un delito, con el fin de someter a su propia y directa recepción ciertas circunstancias inherentes al mismo, en relación a las personas, cosas y lugares. O como la define el Profesor Manzini:

“Acto procesal que cumple el Juez con las formas prescritas por la ley, a objeto de una inmediata recepción de la prueba, sometiendo a su propia y directa percepción sensorial determinadas materialidades probatorias, las cuales son expresivas por sí mismas o sea como elementos indiciadores o, en otra forma, comprobadores de un hecho mediante su sola existencia, ya mediante su propiedad o su constitución global, ya por el lugar donde se encuentra por el tiempo de su existencia, ya finalmente por su conexión con otros elementos”.

Scribe dice que *“debe sustituirse el término “inspección ocular” por el de “percepción o comprobación judicial”, porque el Juez no sólo usa el sentido de la vista sino también los otros sentidos”.*

Como la memoria, por excelente que sea, es frágil, previendo esa situación el Código de Procedimientos Penales contiene la norma del artículo 176, que obliga a los funcionarios que intervienen en el sumario a extender por escrito toda diligencia practicada, en el acto mismo de llevarse a cabo. Para esta descripción escrita debe seguirse un método riguroso: Debe irse de lo general a lo particular; de la vista de conjunto, al

detalle; y de éste a los pequeños detalles, por ínfimos que parezcan en el primer momento o se crea que tienen poca relación con el hecho.

En la inspección ocular y la fijación escrita, no hay necesidad de utilizar otros sentidos que la vista, el oído y el olfato. El tacto no debe emplearse sino después de haberse completado esta fijación por otros medios auxiliares.

En nuestro medio, por regla general, son las autoridades de tránsito y las de Orden y Seguridad (Guardia Rural) las primeras en apersonarse cuando tiene lugar un accidente de la circulación. Pero en realidad ellas no llegan a "investigar" sino simplemente a "atender" el accidente, esto es, a dirigir el tránsito, alejar a los curiosos, auxiliar a los lesionados, etc.; pero no hacen ningún esfuerzo por investigar.

Resulta muy diferente ATENDER que INVESTIGAR. La palabra investigación es definida como: "Llevar a cabo diligencias para descubrir alguna cosa"; también como: "El acto o proceso de examinar y escudriñar minuciosamente en busca de la verdad"; o "examinar o averiguar cuidadosamente y con exactitud, para encontrar lo que se desconoce".

Según estas definiciones, como es lógico suponer, no se puede llegar al lugar de un accidente, decir unas cuantas palabras y esperar que repentinamente surja una visión que señale al culpable. Por ello es preciso insistir que los datos que se obtengan y consignen en la inspección ocular son de enorme trascendencia dentro del proceso, pues deberán relacionarse con cinco objetivos principales:

- a) identificar al conductor;
- b) localizar al vehículo y al conductor;
- c) averiguar la manera cómo tuvo lugar el accidente;
- d) adquirir pruebas del hecho del accidente; y,
- e) obtener pruebas de si hubo o no imprudencia o negligencia punibles.

Tómese en cuenta que de conformidad con el artículo 507 del Código Procesal Penal, la inspección ocular constituye PRUEBA PLENA en cuanto a las circunstancias o hechos materiales que el Tribunal establezca en el acto como resultado de su propia observación, con tal que para apreciarlo no fuere indispensable el dictamen de peritos o que siéndolo, éstos hayan intervenido y estuvieran conformes con las conclusiones de dicho funcionario.

Con base en lo que queda establecido, la autoridad judicial debe apreciar en forma minuciosa TODAS LAS CONDICIONES FISICAS DEL LUGAR DE LA COLISION O DEL ATROPELLO (carretera o calle); las distancias que hay; el sitio exacto en que ocurrió; cómo tuvo lugar el hecho, tomando nota especialmente en qué dirección corría el vehículo; si lo hacía por el carril correspondiente; de la existencia o no de obstáculos en la vía; condición, clase y estado de ésta; si estaba o no mojada; si de noche, lámparas y bombillos cercanos que dan iluminación; si de día, se apuntará si está despejado, oscuro, lluvioso, nublado, lluvioso y nublado, etc., etc. Conviene hacerse una imagen visual de las inmediaciones del lugar, desde la línea de visión del conductor, pero cerciorándose de haberlo hecho desde el punto de vista de la persona que conducía, sentado en el vehículo de ésta.

Otros datos de suyo interesantes hacen relación al tamaño y peso de los vehículos y a los daños materiales que presentan, así como a gradientes y depresiones del sector donde ocurrió el suceso; datos que no deben omitirse.

3.— PLANOS Y DISEÑOS

El artículo 183 del Código Procesal Penal dispone que:

"Siempre que fuere posible, se levantará el plano del sitio, SUFICIENTEMENTE DETALLADO, y se hará el retrato de las personas que hubieren sido objeto del crimen o simple delito y el diseño de los efectos o instrumentos del mismo".

Los planos, diseños, croquis o bosquejos son un complemento valioso de la descripción escrita, porque dan a quien no haya estado en el sitio del suceso, una idea de lo que se ha querido fijar. Resultan ser, por así decirlo, una versión reconstruida del accidente.

En el plano o bosquejo que se levante, se deberá señalar con flechas consecutivas el probable curso del o

de los vehículos, debiendo señalarse también otros que fueran pasando por el lugar del accidente, de acuerdo con las declaraciones de testigos presenciales. Además e indispensablemente, la ubicación y longitud de las huellas de frenazo, distribución de vidrios en la vía, posición del vehículo y de la víctima, así como las distancias, etc.

También la fotografía es útil y hasta necesarísima en estos casos, ya que se trata de una especie de "memoria artificial" que capta, guarda y revela muchos pequeños detalles que escapan al ojo humano en el primer examen de la escena, y que después resultan ser de capital importancia. Pero es lo cierto que la fotografía forense exige no una máquina de aficionado, sino un equipo completo y un fotógrafo experto.

4.— HUELLAS DE FRENAZO; VIDRIOS Y PINTURA

Todos los vehículos atropellantes (carretones, trenes, tranvías, metros, bicicletas, motocicletas, automóviles, auto vehículos de gran mole) dejan en el sitio del suceso, marcas de sus ruedas y de la cubierta de éstas (llantas de metal, goma, neumáticos); huellas que son de gran importancia criminalística, porque el estudio atento de estos rastros permite una serie de datos sumamente interesantes.

La localización, dirección y longitud de estas marcas reviste importancia para la reconstrucción mental y material de los hechos, así como para concederle crédito o no a las declaraciones que rindan el conductor del vehículo y los testigos que puedan haber presenciado los hechos. La información que proporcione el estudio de las huellas, puede confirmar la declaración del conductor en lo que respecta al momento en que vio al peatón y de la rapidez con que aplicó los frenos. Informa también acerca de la velocidad con que se desplazaba el automóvil en el momento en que se inició el frenazo. Igualmente, la mayor o menor profundidad de las huellas nos indicará si iba muy cargado o no. Dado el terreno, si esta carga iba bien o mal acomodada; si viajaba con una o más ruedas desinfladas o gastadas. La huella nos señalará el punto donde se inició el frenazo y donde consiguió detenerse el vehículo. (Las huellas referibles a la aplicación de los frenos no solamente deben ser medidas con exactitud, sino que también deberán reproducirse en el esquema que se elabore).

En cuanto a huellas, no sólo las que quedan impresas en la superficie de rodamiento deben llamar nuestra atención: porque conviene apuntar que el paso de la rueda sobre las extremidades, la disposición de su dibujo permite también deducir ciertas conclusiones acerca de la velocidad del vehículo. A altas velocidades este dibujo solo aparece en el contacto de subida sobre la extremidad; en cambio el lado de bajada queda limpio "al saltar" la rueda sobre el aire —salto traumático—. El paso lento por el contrario, deja huellas en ambos lados ya que a velocidad lenta este salto no se produce y el perfil del neumático también logra comprimir el lado opuesto de la extremidad afectada.

Este acopio de datos, repetimos, servirá al perito a los efectos de un informe técnico completo. Por ejemplo, con el dato de la longitud de las huellas dejadas por las llantas en el pavimento, el perito criminalístico podría determinar la velocidad del vehículo en el momento del choque, porque el hule tiene un coeficiente definido de fricción distinto cuando el automotor marcha sobre asfalto, tierra u otra clase de superficie. (En los Estados Unidos de Norteamérica se ha dado gran importancia a esta cuestión, por lo que los peritos tienen en uso una gráfica que mediante una sencilla ecuación, rápidamente pueden establecer si el vehículo iba a mayor velocidad de la permitida).

En los casos en que el autor de un accidente ha huído (lo que los norteamericanos llaman "hit and run"), el buscar en la escena para recoger indicios, tales como trozos de vidrio de un parabrisas, de un foco, restos de pintura de la carrocería, en el objeto o en la víctima, es tanto o más importante que la cuestión relativa a huellas de frenazo; porque si posteriormente se localiza un automóvil sospechoso, las comparaciones que se hagan por los técnicos del laboratorio con los fragmentos de vidrio y otros deterioros, pueden culminar con la identificación. El examen de trozos de vidrio muchas veces puede ser el factor por medio del cual se resolverá el caso.

En ocasiones los fragmentos son muy pequeños, entonces la similitud de las propiedades físicas como la gravedad específica, el índice de refracción, la dispersión óptica, pueden constituir elementos utilizables o invocables como argumentos para establecer presunciones.

Los fragmentos de vidrio de los focos son pruebas útiles, tanto para seguirle la pista al vehículo como

para asociarlo definitivamente con el lugar del choque. Aunque los vidrios de los focos han perdido mucha de su utilidad como identificación con la generalizada adopción de las unidades selladas, en los últimos años ha habido una tendencia a usar faros de formas características. Las luces de estacionar y las traseras varían en mucho en cuanto a forma y tamaño en los carros modernos; por ello, los fragmentos de vidrio deberán recogerse y reconstruirse cuando sea posible. En todo caso deberán conservarse todos ellos para compararlos después con pedazos que se encuentren en un vehículo sospechoso.

No pocas veces se aprecian en el vehículo responsable zonas en las cuales la pintura o el esmalte han sido removidos. Una partícula de esmalte encontrada en el lugar en donde se produjo el accidente, debe conservarse y en su caso compararla con el esmalte del automóvil sospechoso. El estudio no solo se refiere al color y a la composición de la pintura o del esmalte, sino también a la forma; por su característica puede corresponder en parte o en su totalidad con la porción faltante en el vehículo sospechoso.

5.— EXAMEN DEL VEHICULO

El vehículo sobre el cual recaen sospechas de estar envuelto en un accidente de tránsito, debe ser examinado para buscar evidencias del impacto; o bien las huellas dejadas por el contacto con el cuerpo de la víctima. Este examen no debe de ser superficial y tomará en cuenta no solamente las partes del vehículo que pudieran haberse puesto en contacto con la víctima, sino también y muy especialmente la parte inferior del chasis, porque aquí bien podrían encontrarse pelos de aquella embebidos en la grasa.

La búsqueda de indicios en el vehículo deberá seguir un procedimiento definido para estar seguros de que el examen es completo.

Si lo que interesa es identificar al dueño, conductor u ocupante del vehículo, se deberán buscar en éste huellas o impresiones latentes. Cuando sólo se trate de que el culpable ha huído, la búsqueda deberá limitarse a pruebas de contacto con la víctima o con su vehículo, a pruebas de un accidente reciente o a señales de choque o contacto con objetos que hayan estado en el lugar del accidente. Desde luego que en estos casos lo primero que se hará es establecer la descripción del vehículo y del conductor y número de placas, para informar por la vía más rápida al resto del país ordenando la captura del prófugo.

Otros indicios de posible utilidad incluyen fragmentos de ropa, pelo, sangre, piel, hueso, marcas en la pintura del vehículo de la víctima, polvo, grasa, impresiones de telas, marcas dejadas por la ropa, etc.

Al revisar las superficies exteriores debe hacerse siguiendo un orden lógico: frente, lado izquierdo, lado derecho, parte posterior, techo y chasis. Debe comprobarse el estado de los frenos y de las luces; labor que será hecha de inmediato, no cuando el vehículo ya ha sido reparado.

¿Estaban los focos encendidos en el momento del impacto?

En ocasiones esta cuestión se plantea cuando uno de los conductores reclama que el vehículo iba sin luces o con los focos apagados. Lowell W. Bradfor, Director del Laboratorio de Criminalística de San José, California, ha realizado importantes estudios sobre el particular. Ha encontrado que un estudio minucioso del filamento de la bombilla de un farol o foco deteriorado permitirá conocer si estaba encendido en el momento del choque. La oxidación y coagulación de las extremidades del filamento roto, constituyen una prueba definitiva de que las luces estaban encendidas cuando se destruyó la bombilla.

6.— EXAMEN DE LAS ROPAS DE LA VICTIMA

Al examinar a la víctima, se procurará localizar las huellas dejadas por el vehículo sospechoso, tanto en el cuerpo como en la ropa. En éstas es frecuente que queden huellas de pintura o de esmalte, pedazos de vidrio, señales de llantas, etc.

Ha resultado muy provechoso el examen de la vestimenta ensuciada, por medio del microscopio-estereoscópico, con el objeto de precisar si un rastro de polvo o de otras sustancias es consecuencia de un impacto del vehículo empolvado o si se debe al contacto violento con el suelo o al paso de una rueda.

Existe una evidente diferencia entre el polvo adherido a un vehículo y la tierra de la calle. El polvo del vehículo es material arneado por la corriente de aire, que provoca la caída de los granos gruesos, persistiendo

tan sólo una capa de material fino y notablemente homogéneo; en cambio, el polvo de la calle es mucho más heterogéneo y contiene partículas mucho más grandes. Por consiguiente, el impacto de un vehículo sólo deja en la ropa huellas de polvo fino y muy uniforme; mientras las manchas dejadas por lanzamientos contra el suelo o por el paso de una rueda, están formadas por partículas de polvo de tamaño muy diverso.

Ciertas diferencias con respecto a lo descrito se originan si se trata de polvo seco o de polvo húmedo; lo que, por supuesto, tendrá que ser tomado en cuenta. El paso de una rueda provoca frecuentemente el incrustamiento de partículas mayores y aún de pequeñas piedras en las capas más profundas del tejido textil de la ropa.

Para concluir diremos que las detalladas investigaciones de fatales accidentes de tránsito, demuestran que muchas evidencias pueden obtenerse en la escena, incluyendo importantes datos para emplearlos en la propia identificación del conductor, reconstrucción de los hechos y para la propia instrucción sumarial del caso.

DATOS BIBLIOGRAFICOS

Le Moyne Snyder, *"Investigación de Homicidios"*, Editorial Limusa Wiley S. A. (A.I.D.), México 1969, pág. 335.

Luis Sandoval Smart, *"Manual de Criminalística"*, Manuales Jurídicos No. 9, Editorial Jurídica de Chile, 1948, pág. 241.

Vincenzo Manzini, *"Tratado de Derecho Procesal Penal"*, Tomo III, págs. 224-225.

C. M. Kneller, *"Procedimiento de Investigación de Accidentes de Tránsito"*, Serie de Adiestramiento para Agentes de Policía, A. I. D., México 1965, pág. 15.

Eduardo Vargas, *"Sinopsis de Medicina Legal y Toxicología"*, Publicaciones de la Universidad de Costa Rica, Serie Ciencias Médicas No. 36, 1970, pp. 100-104.

W. Durwal, *"Revista Chilena de Medicina Legal"*, No. 1-2, 1966, Santiago de Chile, pág. 78.

Ernesto Abreu Gómez, *"Revista Criminalia"*, México D. F., No. 9 de 30-9-69, págs. 571-572.

Harry Soderman y John J. O'Connell, *"Métodos Modernos de Investigación Policiaca"*, Editorial Limusa-Wiley S. A., México 1965, pág. 371.



EL DIVORCIO EN EL NUEVO CODIGO DE FAMILIA

Dr. Víctor Pérez Vargas

CONTENIDO:

1. Introducción	48
2. Notas históricas	48
3. Concepto. Etimología. Diferencias con la invalidez	50
4. Divorcio vincular y no vincular	51
5. Las concepciones sobre el divorcio	52
6. Las causales de divorcio	53
7. Causales absolutas y relativas	53
8. Las causales en nuestro Código de Familia	54
a) El adulterio de cualquiera de los cónyuges	54
La prueba del adulterio	54
b) El atentado de uno de los cónyuges contra la vida del otro	56
c) La tentativa de uno de los cónyuges para prostituir o corromper al otro cónyuge y la tentativa de corrupción o corrupción de los hijos de cualquiera de ellos	56
d) La sevicia	57
e) La separación judicial por un término no menor de un año	58
f) La ausencia del cónyuge legalmente declarada	59
g) El mutuo consentimiento de ambos cónyuges	59
9. El procedimiento de divorcio	60
10. La acción de divorcio. Sujeto legitimado. Caducidad	60
11. La posición del cónyuge demandado	61
12. Medidas provisionales durante la tramitación del divorcio	61
a) La salida del domicilio conyugal	62
b) La custodia de los hijos	62
c) Alimentos	62
13. La prueba del divorcio. Medios. Carga	63
14. Muerte de cualquiera de los cónyuges durante la tramitación del divorcio	63
15. Reconciliación	64
16. La sentencia de divorcio. Extremos. Efectos. Recursos	64
17. Bibliografía	68

1. INTRODUCCION

Establece nuestra Constitución Política y nuestro Código de Familia la existencia de "un interés a la familia" (1), lo que significa que se establece un deber (genérico) (2) del Estado a su protección. La familia en cuanto a agrupación humana para finalidades jurídicamente relevantes merece, según los valores históricos presentes en nuestro medio, el apoyo y el estímulo de los órganos públicos. Frente a estas consideraciones se levanta la situación real: el Estado no puede crear la armonía donde ésta no existe, lo mismo que no puede hacer que una familia donde no existe la comprensión se convierta en una familia feliz. Como resultado de esta elemental constatación y como solución a los problemas que una familia desintegrada plantea, existe el remedio del divorcio. Se trata de una manifestación más de la función del Derecho como respuesta a los problemas humanos (jurídicamente relevantes, en cuanto su existencia afecta los valores del sistema). "El punto verdaderamente decisivo es que el trabajo del jurista está dirigido a resolver problemas prácticos, reales, puestos por los casos de la vida y que, como sabemos, los efectos jurídicos, entendidos en su sentido sustancial, no son otra cosa que las respuestas a estos problemas" (3). "En la base de toda norma —se sostiene, siguiendo a Ihering— debe discernirse un problema de la vida y de intereses vitales que no puede ser ni entendido ni resuelto por el jurista sin una referencia a la realidad social y a sus exigencias" (4).

El divorcio es la respuesta del Ordenamiento a aquellos casos de matrimonios donde por razones objetivas o subjetivas se hace imposible (jurídicamente) la continuación de la convivencia. Puede considerarse que en el nuevo Código de Familia existe "una privatización y una funcionalización del Derecho de Familia, en el sentido de que lo que se persigue es otorgar la máxima tutela posible a las exigencias del individuo, respecto a la tutela otorgada al grupo como tal, siendo éste funcional para la tutela de sus componentes, con lo que encuentra justificación la misma disolución del grupo (mediante el divorcio) cuando los intereses jurídicamente relevantes de sus miembros no encuentran realización armónica dentro del mismo" (5).

Tal es, en síntesis, la justificación genérica de la Institución en examen.

2. NOTAS HISTORICAS

Llama la atención el carácter poco formalista del divorcio en legislaciones antiguas. Lo que la voluntad unía, la voluntad podía separar, sin mayores formalidades. Así, "En las legislaciones primitivas, lo mismo en la de la antigua Roma, que en las costumbres germánicas y en la vieja ley judía, no se encuentra un divorcio análogo al que funciona en nuestra sociedad actual, con la necesidad, de una parte, de sentencia judicial y, de otra, de motivos de divorcio taxativamente determinados por la ley, sino una verdadera facultad de repudiación, ya unilateral, ya consensual, es decir resultante de la voluntad común de los dos esposos" (6).

No falta quien todavía ve con temor, la posibilidad de regresar a tal sistema (7). Como características

- (1) Y no "de" la familia, según la expresión de LIPARI, Nicolò. *Diritto Privato. Una ricerca per l'insegnamento*. Laterza, Bari, 1974, pág. 168.
- (2) Sobre los conceptos genéricos de poder y de deber v. ROMANO, Santi. *Fragments de un Dictionario Jurídico*. Buenos Aires, EJE, 1964, pág. 138.
- (3) FALZEA, Angelo, *Eficacia Jurídica*, Facultad de Derecho. U. C. R. pág. 21 y ss.
- (4) *Ibidem*.
- (5) PEREZ, Víctor. *Orientaciones del Derecho de Familia Costarricense*. Instituto de Derecho Privado. U. C. R., 1975, pág. 77 en contraposición a la vieja tesis de Cicu (hoy bastante abandonada) que consideraba que la familia era un agregado social que no existe tanto en función de los intereses de sus miembros, como en función del interés estatal. CICU, Antonio. *Lo spirito del diritto familiare*. Discorso inaugurale letto nell'aula magna dell'Università di Macerata, 23 nov. 1913, *Scritti minori*, I, I, Milano, 1965, pág. 124 a 143 y CICU, Antonio. *Il diritto di famiglia nello Stato Fascista*. *Scritti minori*, cit. págs. 179, 180, cit. p. BESSONE, Mario. *Il diritto di famiglia*. Genova, 1974, págs. 25, 26.
- (6) COLIN Y CAPITANT. *Curso elemental de Derecho Civil*. Tomo I, Ed-Reus, Madrid, 1952, pág. 437.
- (7) Se ha dicho: "Si en definitiva todas las posibles causas de separación pueden ser unificadas bajo la única categoría de la intolerabilidad de la vida conyugal y si el juez de ese estado de intolerabilidad puede ser solamente uno de los cónyuges, el remedio de la separación arriesga ser dejado al arbitrio y hasta al capricho del cónyuge y al juez no le queda más que constatar la voluntad de uno de los sujetos de la relación conyugal..." FORTINO Marcella, *Riflessi del regime della separazione personale sul divorzio*. Instituto Diritto Privato. Università di Messina, Giuffrè-ed, Milano, 1973, pág. 183.

podemos señalarle la de ser objetivo (independiente de la idea de culpa) (8) y voluntario. Tal institución se denominó "REPUDIUM". "...su primer significado histórico: notificación de uno de los cónyuges al otro, acerca de su voluntad de divorciarse" (9).

La institución en examen en Roma guardaba plena coherencia con la concepción contractualista del matrimonio. Las causas indicativas de imposibilidad o de intolerabilidad de la vida conyugal variaron en las diversas épocas, pero siempre tuvieron como substrato la ausencia de amor, la pérdida de la "affectio maritalis" el requisito elemental para la subsistencia del matrimonio (10). No era posible concebir la existencia del "consortium omnis vitae", de la definición de Modestino contenida en el Digesto, cuando los cónyuges ya no se tenían afecto (11).

El matrimonio subsistía siempre que la convivencia tuviera como substrato psíquico la "maritalis affectio". Tal requisito era necesario no sólo originalmente (como ocurre todavía hoy en muchas legislaciones formalistas) sino también durante lo que hoy se denominaría "fase de actuación de la relación". Bastaba su ausencia para que siempre fuera admitido el divorcio (12).

En cierta forma, muchas de las características del matrimonio romano persisten en lo que hoy se denomina "familia de hecho" o "convivencia" (13) basada sobre la "affectio maritalis" y —en su cara social— por el llamado "honor matrimonii". Pugliatti ha puntualizado la distinción entre "l'affectio maritalis" y "l'honor matrimonii", haciendo ver que éste, modernamente entendido se refiere al recíproco tratamiento de los cónyuges como tales especialmente frente a terceros y tiene esencialmente valor social (14).

No es del caso examinar ahora la influencia del cristianismo y, concretamente, de la Iglesia, sobre las vicisitudes de la Institución. En nuestro medio puede considerarse como una de las manifestaciones de los movimientos liberales de fines del siglo pasado. En efecto "...el divorcio existe en Costa Rica desde el año de 1888, con la promulgación del Código Civil. Es decir existe el divorcio con disolución del vínculo y la consiguiente permisión de contraer nupcias al divorciado, pues el Código General del año de 1841, contenía la institución, pero sin disolución del vínculo" (15).

El nuevo Código de Familia (16) contiene importantes innovaciones que iremos analizando. Por el momento detengámonos brevemente para revisar algunos aspectos de la normativa anterior:

"En la REGULACIÓN DEL DIVORCIO es interesante observar la situación anterior con relación a tres aspectos: el mutuo consentimiento, la ausencia y la infidelidad.

En cuanto al mutuo consentimiento se establecía la prohibición de que éste pudiera dar lugar al divorcio; con el objeto de reafirmar tal prohibición se decía "no basta que la parte demandada acepte como reales los hechos que la contraria invoque en apoyo de la acción que establece, sino que deben ser probados por otros medios" (17). Estas disposiciones, en la práctica, cuando se presentaban casos de cónyuges que querían divorciarse y no se había producido uno de los hechos previstos como causales, conducían a la invención de un motivo y a su falsa demostración; se producía, en síntesis, un uso desnaturalizador del proceso (18).

En cuanto a la ausencia, ésta no podía conducir a la disolución del matrimonio y, en consecuencia, el

-
- (8) En el Derecho Romano clásico, el resuelto de común acuerdo entre los cónyuges, o el querido por uno de ellos sin que a ninguno de los consortes cupiera imputarle falta grave alguna. CABANELLAS, Repertorio Jurídico, Ed. Heliasta S R L, Buenos Aires, 1974, pág. 175.
- (9) CABANELLAS, op. cit. supra 8 pág. 20.
- (10) BRUNELLI, Giovanni. Divorzio e nullità di matrimonio negli Stati d'Europa, Giuffrè-ed. Milano, 1968, pág. 9.
- (11) "Nuptiae sunt conjunctio maris et feminae et consortium omnis vitae, divini et humani iuris communicatio". cit. p. ARIAS RAMOS, Derecho Romano II, Ed. Rev. Der. Privado. Madrid, 1963, pág. 731.
- (12) V. sobre el tema. BRUNELLI, op. cit. supra 9, pág. 7.
- (13) Según la Oficina de Estadística y Censos en nuestro país hay más de 87.000 familias en "convivencia". Nuestro Ordenamiento no ha dado respuesta a los diversos problemas que plantea (alimentos, sucesiones, bienes comunes, etc).
- (14) SCARDULLA, Francesco. La separazione personale ...el divorzio Giuffrè-ed. Milano, 1974, pág. 45.
- (15) SOLANO, Jorge. Texto comparativo y explicación de las reformas al Código Civil para crear el Código de Familia de Costa Rica. Inédito. San José, 1974, pág. 42.
- (16) Ley No. 5467 de 7 de noviembre de 1973.
- (17) BRENES, Alberto. Tratado de las Personas. Imprenta Trejos, San José 1925, pág. 170. Sobre la inadmisibilidad de la confesión en juicio de divorcio, v. la sentencia de la Sala de Casación N-3 de 14 hrs. de 7 de enero de 1943. Del mismo modo en materia de separación judicial se decía: "La regla de que la confesión judicial prueba plenamente contra quien la hace no tiene aplicación tratándose de demandas para que se declare la separación de cuerpos, cuando hay litigio. Sentencia de la Sala de Casación de 4 p. m. de 23 de agosto de 1923, II sem. pág. 172.
- (18) En tales casos demanda y contestación se presentaban como una fachada detrás de la cual se escondía una sustancial identidad de propósitos y fines (esto, cuando las razones del litigio no habían sido del todo inventadas). El proceso resultaba así desnaturalizado y distorsionado de los fines que le eran propios. V. sobre este tema RESCIGNO, Pietro. Lezioni su proprietà e famiglia Ed-Patrón. Bologna, 1971, p. 177.

cónyuge cuyo compañero(a) hubiese desaparecido y se ignorase su paradero no podía nunca contraer nuevas nupcias.

Finalmente, la infidelidad conyugal era diversamente tratada, según que el sujeto activo de la misma fuese el hombre o la mujer. Se decía: "El adulterio del marido no lo considera nuestro Derecho como causal de divorcio por no revestir a los ojos de la ley tanta gravedad como la que entraña el adulterio de la mujer, el que a más de lesionar en alto grado la honra del esposo, puede ser causa de que se introduzca en la familia un hijo extraño..." (19). La infidelidad del marido sólo podía llevar al divorcio cuando tenía el carácter de concubinato escandaloso, de modo que para que pudiese ser considerado como causal de divorcio tenía que ser notorio, capaz de llamar la atención de la gente produciendo el mal ejemplo (20).

En lo relativo a los EFECTOS DEL DIVORCIO, con relación a los hijos la regla general era que la guarda, crianza y educación de los mismos debía ser atribuida al cónyuge inocente, lo que no siempre era lo mejor por cuanto en muchas hipótesis el cónyuge que no había incurrido en una causal de divorcio no siempre era el más apto para tener los hijos (21)." (22).

3. CONCEPTO

"La expresión DIVORCIO indica, en el lenguaje jurídico, la disolución del matrimonio —válidamente contraído por una causa distinta de la muerte" (23).

Don Alberto Brenes Córdoba nos da el siguiente concepto: "Se llama divorcio, la disolución del matrimonio, por sentencia judicial, en virtud de ciertas causales ocurridas con posterioridad a la celebración del mismo.

Fuera de las causales que para el efecto de divorcio determina la ley, ninguna otra es susceptible de producirlo..." (24). Esto es lo que se denomina "taxatividad de las causales".

Los mismos elementos se encuentran incorporados en la definición conceptual que nos ofrecen Colin y Capitant: "El divorcio es la disolución del matrimonio, viviendo los dos esposos, a consecuencia de una decisión judicial dictada a demanda de uno de ellos o de uno y otro, por las causas establecidas por la ley" (25).

Etimológicamente, la palabra viene del latín "divertere" que equivale a "irse cada uno por su lado" (26). En las fuentes romanas el término se refiere tanto a la divergencia psíquica, mental y espiritual en que llegan a encontrarse los cónyuges, como a las distintas direcciones que tienen los cónyuges que se dividen.

La divergencia psíquica, mental y espiritual y la cesación de la cohabitación se encuentran también en la "separatio quoad thorum et mensam". Esta separación, sin embargo, es distinta del divorcio. Ella deja intacto el vínculo matrimonial y representa el instituto que, en sustitución del divorcio, es admitido por la Iglesia

(19) BRENES, op. cit. supra 16, pág. 170.

(20) BRENES, op. cit. supra 16, pág. 172. Estas ideas encuentran antecedente relevante en la exposición de motivos hecha por PORTALIS en la reunión del cuerpo legislativo del 16 ventoso del año XI (10 de marzo de 1803) quien afirmaba: "dado que la infidelidad de la mujer hace suponer mayor corrupción y los efectos que de ella derivan llevan a otras consecuencias, con menor severidad se juzga al hombre". PORTALIS, en LOCRE. *Legislazione Civile, commerciale e criminale*, ossia, commentario e compimento del codici francesi, II, Napoli, 1840, pág. 526.

(21) El cuidado de los hijos afirma la doctrina contemporánea debe otorgarse al cónyuge que sea considerado más idóneo para cumplir los deberes de mantenimiento, instrucción y educación. RESCIGNO, op. cit. supra 18 pág. 213. El criterio decisivo debe ser, en todo caso, el interés de los menores. Op. cit. pág. 229. En la Unión Soviética, en repetidos fallos, la jurisprudencia ha afirmado que "el tribunal sólo debe considerar el interés del menor" v. DAVID Y HAZARD. *El Derecho Soviético*, Tomo II. La Ley Soc. An. Editora e Impresora. Buenos Aires, 1964, pág. 363. Ello, en aplicación del artículo 33 del Código de Familia soviético, según el cual "los derechos de los padres se ejercitan en el interés de los hijos". GREGNANIN, Antonio, *Il matrimonio della Repubblica Socialista Federativa Sovietica Russa nella filosofia e nel diritto*. Giuffrè-ed Milano, 1957, pág. 93. En el Derecho de Albania se establece expresamente que el cuidado y la educación de los hijos puede ser confiado aún al cónyuge culpable, si así lo exige el interés de los menores. BRUNELLI, op. cit. supra 10, pág. 106. En Alemania también se confían los hijos al cónyuge que, en el interés de ellos, sea más idóneo, independientemente de la culpa. op. ult. cit. pág. 247. Lo mismo ocurre en Yugoslavia. CIVIL No. 223 de 15 y 30 hrs. de 27 de junio de 1974.

(22) PEREZ, op. cit. supra 5, pág. 11 a 13.

(23) SCARDULLA, op. cit. supra 14, pág. 31.

(24) BRENES, Alberto. *Tratado de las Personas*. Ed. C. R. San José, 1974, pág. 153.

(25) COLIN Y CAPITANT. Op. cit. supra 6, pág. 436.

(26) SUAREZ, Roberto. *Derecho de Familia*. Ed. Temis. Bogotá, 1971, pág. 186.

Católica para permitir en determinados casos extremos que los cónyuges vivan separados. El divorcio, en cambio, destruye el vínculo matrimonial y lleva a su disolución, de modo que los cónyuges, readquirida su libertad de estado, pueden pasar a nuevas nupcias (27).

DIVORCIO E INVALIDEZ DEL MATRIMONIO

Si bien es cierto que: "Con la anulación, o con la disolución, del matrimonio, el cónyuge es libre de pasar a nuevas nupcias", (28) es necesario establecer la distinción entre ambos remedios ya que responden a diversas patologías y sus efectos tienen diversos alcances.

Así, con el divorcio "El vínculo matrimonial se extingue para lo sucesivo pero sin alcance retroactivo, pues, en lo que afecta al pasado, no puede negarse la existencia de un matrimonio válido y no puede tampoco pretenderse que los cónyuges nunca hayan estado casados. Aquí reside la enorme diferencia (jurídica y religiosa) entre el divorcio y la nulidad del matrimonio" (29).

La raíz de la distinción se encuentra en otra: a) factores originarios (concomitantes al matrimonio en cuanto acto), y b) factores sobrevinientes (relativos al matrimonio como relación) (30). "La invalidez del acto, que depende de causas al mismo preexistentes o coexistentes, no debe confundirse con el divorcio, el cual no se refiere propiamente al acto de matrimonio, sino que es más bien una disolución de la relación por causas sobrevinientes" (31).

La diversidad entre divorcio e invalidez del matrimonio se percibe claramente si se piensa que el primero supone la existencia de un matrimonio válido y se fundamenta en hechos posteriores a la celebración. La invalidez se basa en causas anteriores o contemporáneas respecto a las nupcias (32). Messineo resume estas distinciones en los siguientes términos: "Cosa distinta de la anulación es la disolución del matrimonio; en el primer caso, se trata de impugnar un vínculo que ha surgido irregularmente, y, pues, inválidamente; no tiene nada de diverso de las demás causas de invalidez, las cuales son internas y preexistentes, coetáneas, al surgimiento del vínculo matrimonial. Contrariamente, la muerte de uno de los cónyuges y el divorcio... no son casos de anulación del matrimonio, sino casos de disolución (ex nunc) —por causas externas y sobrevinientes— de un vínculo, que se supone constituido regularmente y válidamente. El divorcio, es, en su estructura (no en su sustancia) algo parecido a la resolución del contrato, precisamente implica la acción de una causa posterior al (regular) constituirse del vínculo conyugal; es diverso de la anulación del matrimonio, como la resolución del contrato es diversa de su invalidación" (33).

4. DIVORCIO VINCULAR Y NO VINCULAR

El término "divorcio" ha tenido en la doctrina, en particular debido a la influencia de la Iglesia Católica sobre algunos países (mediante concordatos) una doble acepción: divorcio vincular (que es el que mejor corresponde al concepto técnico más difundido) y divorcio "no vincular". El primero tiene como efecto fundamental la libertad de estado de los cónyuges (34). Puede decirse, de acuerdo a la teoría de la eficacia jurídica, que tiene efecto innovativo-extintivo (35). El segundo no disuelve el vínculo, no genera la libertad de estado, si bien permite lo que se podría llamar un "relajamiento" del vínculo, en cuanto desaparece, por ejemplo, la obligación de convivencia, "el divorcio no vincular consiste únicamente en la separación personal

(27) V. BRUNELLI, op. cit. supra 10, pág. 3 y 4.

(28) MESSINEO, Francesco. Manuale di diritto Civile e Commerciale, Giuffrè, ed. Milano, 1965, Vol. II, pág. 98.

(29) CARBONNIER, Jean. Derecho Civil. Tomo I, Vol. II. Bosch ed. Barcelona, 1961, pág. 184.

(30) Sobre la distinción entre matrimonio —acto y matrimonio— relación v. PEREZ, op. cit. supra 5, págs. 27 y ss. y TORRENTE, Andrea, Manuale di diritto privato. Giuffrè-ed Milano, 1968, pág. 773. GALOPPINI, Annamaria. Aspetti e problemi di una nuova leg. familiare Riv. Democrazia e diritto, Oct. dic. 1969, p. 557.

(31) V. BRANCA, Giuseppe. Istituzioni di diritto privato. Zanichelli, Bologna, 1973, pág. 145.

(32) V. BRUNELLI, op. cit. supra 10, pág. 4.

(33) MESSINEO, op. cit. supra 28, pág. 97.

(34) Por ello, los cónyuges pueden válidamente contraer nuevo matrimonio v. SUAREZ, Roberto. op. cit. supra 26, pág. 186 y 187.

(35) V. FALZEA, op. cit. supra 3, pág. 90.

de los esposos, sin que se disuelva el vínculo matrimonial... no obstante tal subsistencia, el divorcio, además de la separación de cuerpos, produce otros importantes efectos que se refieren al domicilio, a los hijos del matrimonio, a los alimentos, a los bienes, y a la capacidad y obligaciones de la mujer" (36).

Se ha argumentado que a pesar de la existencia de un concordato con la Santa Sede (que tendría el rango jerárquico de tratado) el mismo no es oponible al valor constitucional de igualdad, en cuanto no es posible esta discriminación por motivos de credo religioso.

"El divorcio perfecto o vincular (quo ad vinculum), disuelve el vínculo matrimonial; por el imperfecto se pone fin a la vida en común de los casados pero sin detrimento del vínculo. Es esta la separación definida por POTHIER como "la dispensa que por justa causa, es acordada por el juez a uno de los cónyuges, de la obligación de cohabitar con el otro, y de cumplir con él el débito conyugal, sin romper, sin embargo, el vínculo de su matrimonio" (37).

5. LAS CONCEPCIONES SOBRE EL DIVORCIO

La institución sobre el divorcio ha sido objeto, a través de la historia, de contradictorios puntos de vista. Por un lado, ha sido considerado como una sanción para el cónyuge que, con su comportamiento, ha llevado la vida familiar a un estado patológico. La concepción en examen se funda en el presupuesto de que todo comportamiento capaz de llevar a la disolución del vínculo matrimonial es, en sí mismo, antijurídico y merecedor de una sanción. En tales casos el pronunciamiento tiene carácter sancionatorio (lo que presupone la constatación de una conducta culpable) (38). Esta concepción "la más estrecha, la del divorcio-sanción, no admitirá como causas determinadas más que las faltas cometidas por un esposo contra el otro, el incumplimiento de las obligaciones que nacen del matrimonio" (39).

Don Eladio Vargas resume esta concepción en los siguientes términos: "En cuanto a las características de las causales de divorcio, unas legislaciones sólo aceptan como causas de divorcio las faltas graves que un cónyuge cometa contra el otro. En consecuencia, los hechos que no sean imputables al cónyuge, aunque hagan difícil la vida en común, no pueden ser invocados como motivos de divorcio. A este sistema se le llama divorcio-sanción" (40).

Por otro lado, encontramos la concepción del divorcio-remedio, que en realidad es el modo más correcto de afrontar el problema (41). "La concepción más amplia, la del divorcio-remedio, verá una causa de divorcio en toda situación que haga intolerable la vida en común, aunque esta situación tenga por origen circunstancias absolutamente independientes de la voluntad de los esposos" (42).

En síntesis: "Cabén, con relación al divorcio, dos actitudes por parte del legislador. La primera consiste en atribuir al mismo la calidad de una sanción, por entender que todo divorcio comporta la existencia de una falta y, por ende, sólo hay lugar a la disolución vincular cuando exista un cónyuge inocente y otro culpable, víctima de la infracción imputable al primero. La otra posibilidad reside en la concepción del divorcio a la manera de un remedio que trata de poner fin a una situación cuya continuación se hace imposible, y que evidencia la quiebra de la unión matrimonial (atribuible tanto a infracciones de los cónyuges como a acaecimientos fortuitos), todo lo cual conduce a configurar las causas de divorcio como circunstancias enteramente objetivas."

Muy ilustrativa y digna de encomio resulta la posición sostenida por uno de los principales redactores de nuestra legislación familiar: "Yo creo que la institución del divorcio actualmente debe comenzar a verse con un criterio distinto del que tuvo en épocas pasadas: debe comenzar a verse con el criterio de conveniencia social. El Estado facilita la disolución del matrimonio que no puede subsistir: El Estado no se presta para

- (36) ARIAS, José. Derecho de Familia. Kraft-ed. Buenos Aires. 1952. p. 261. Debe aclararse que en nuestro medio no produce alteraciones de la capacidad de ninguno de los cónyuges.
- (37) SUAREZ, op. cit. supra 34, pág. 186.
- (38) SCARDULLA, op. cit. supra 14, pág. 32.
- (39) COLIN Y CAPITANT, op. cit. supra 6, pág. 456.
- (40) VARGAS, Eladio, Notas y Comentarios al tratado de las personas. Editorial Costa Rica, 1974. pág. 161.
- (41) "El efecto debe "convenir" al hecho como la solución, el remedio, debe responder al problema" FALZEA, op. cit. supra 3, pág. 26.
- (42) COLIN Y CAPITANT, op. cit. supra 6, pág. 456.

mantener por la fuerza un matrimonio que no tiene base porque el desamor y hasta el odio se ha introducido en él (43).

Nuestro sistema, en términos generales ha adoptado la concepción divorcio-remedio. Quedan, sin embargo diversas huellas del divorcio-sanción. El comportamiento antijurídico de uno de los cónyuges ya no tiene la fuerza determinante (que tenía en el Código Civil) con relación a algunos efectos de la sentencia de divorcio (por ejemplo en lo relativo a guarda, crianza y educación de los hijos), pero la culpa es criterio discriminativo para otras consecuencias. Así, por ejemplo, expresa el artículo 41 del Código de Familia, según reforma mediante Ley No. 5895 de 9 de marzo de 1976, en tema de "gananciales": "Perderá ese derecho el cónyuge declarado culpable en juicio de divorcio o de separación judicial" (44). Se ha considerado que este tratamiento diferenciado que se da a los cónyuges encuentra justificación como preventivo de la unidad familiar (45).

6. LAS CAUSALES DE DIVORCIO

En atención a los principios de protección a la familia que se encuentran en nuestro ordenamiento, el legislador ha establecido una enumeración taxativa de motivos (o causales) en base a los cuales los cónyuges pueden solicitar el pronunciamiento de una sentencia de divorcio. Además de esta función algunas causas de divorcio, por la antijuridicidad de la conducta de uno de los cónyuges, tienden a que se establezca una culpabilidad que tiene determinadas consecuencias (como la que hemos examinado contenida en el artículo 41 C. F.). Al respecto expresa Carbonnier: "La función de las causas de divorcio no se reduce a provocar su declaración sino también a determinar el sentido en que ha de pronunciarse. El cónyuge que demuestra la existencia de un motivo de divorcio consigue, a la vez, que el juez afirme la culpabilidad del demandado. Si, aparte de esto, consigue neutralizar toda causa de divorcio "contraalegada" por aquél, no sólo demuestra que uno de los dos es culpable sino también que evidenció su propia inocencia logrando que el pronunciamiento jurisdiccional tenga lugar en beneficio suyo. El cónyuge inocente goza de determinados beneficios (art. 41 C. F.)." (46).

7. CAUSALES ABSOLUTAS O PERENTORIAS Y RELATIVAS O NO PERENTORIAS. ESPECIALES Y GENERALES

Según la fuerza determinante que han de tener sobre la eventual sentencia de divorcio, las causales se clasifican en absolutas y relativas (47). Así, "la doctrina alemana clasifica las causas de divorcio en absolutas o perentorias y relativas o no perentorias. Las primeras consisten en ciertos hechos específicos determinantes de la causa que se invoca (atentado, bigamia, adulterio, etc.); y las segundas resultan de ciertas circunstancias prevista solamente en una fórmula vaga o general, de modo que puedan ser apreciadas en cada caso por el juez según la educación, el carácter, la personalidad y todas las demás condiciones subjetivas de los consortes, para saber si se hace verdaderamente intolerable la continuación del matrimonio, por ejemplo, violación grave de los deberes conyugales, conducta deshonorosa o inmoral, ocupación infamante, etc." (48). Se trata, en este segundo caso de hipótesis donde la oportunidad de conceder el divorcio tiene carácter discrecional, permitiendo al juez valorar (y no solamente constatar) los hechos alegados (49).

En los otros casos "el Tribunal no goza de ningún (o muy escaso) poder de apreciación para denegar la petición del actor. Se denomina perentorias a las causas que operan de esta manera automática" (50).

(43) SOLANO, op. cit. supra 13, pág. 48.

(44) Gaceta, abril 3, 1976.

(45) Así, BUSNELLI en conferencia dictada el lunes 24 de febrero en la Facultad di giurisprudenza de la Universidad de Génova (inédita).

(46) CARBONNIER, op. cit. supra 29, pág. 167.

(47) V. CARBONNIER, op. cit. supra 29, pág. 160.

(48) Enciclopedia Jurídica Española, Tomo XII, cit. p. VARGAS, op. cit. supra 40, pág. 161.

(49) SCARDULLA, op. cit. supra 14, pág. 31, 32.

(50) CARBONNIER, op. cit. supra 29, pág. 160.

Otra clasificación de las causales las divide en especiales y generales: "Se pueden contraponer las causas especiales (adulterio, condena penal, sevicias, etc.) a la causa general e indeterminada representada por la injuria, que juega como motivo comprensivo y amplísimo. La injuria supone un concepto sumamente elástico..." (51).

8. LAS CAUSALES EN NUESTRO CODIGO DE FAMILIA

Establece el artículo 48 del Código de Familia.

"Será motivo para decretar el divorcio:

- 1) El adulterio de cualquiera de los cónyuges;
- 2) El atentado de uno de los cónyuges contra la vida del otro o de sus hijos;
- 3) La tentativa de uno de los cónyuges para prostituir o corromper al otro cónyuge y la tentativa de corrupción o corrupción de los hijos de cualquiera de ellos;
- 4) La sevicia en perjuicio del otro cónyuge o de sus hijos;
- 5) La separación judicial por un término no menor de un año, si durante ese lapso no ha mediado reconciliación entre los cónyuges; durante dicho lapso el Tribunal, a solicitud de los interesados y con un intervalo mínimo de tres meses, celebrará no menos de dos comparecencias para intentar la reconciliación entre los cónyuges. La primera comparecencia no podrá celebrarse antes de tres meses de decretada la separación.

Para tales efectos, el Tribunal solicitará los informes que considere pertinentes.

Si alguno de los cónyuges no asistiere a las comparecencias, si éstas no se solicitan o si las conclusiones a que llegue el Tribunal así lo aconsejan, el plazo para decretar el divorcio será de dos años;

- 6) La ausencia del cónyuge legalmente declarada; y
- 7) El mutuo consentimiento de ambos cónyuges.

El divorcio por mutuo consentimiento no podrá pedirse sino después de tres años de celebrado el matrimonio y deberá presentarse al Tribunal el convenio en escritura pública en la forma indicada en el artículo 60 de esta ley. El convenio y la separación, si son procedentes y no perjudican los derechos de los menores, se aprobarán por el Tribunal en resolución considerada; el Tribunal podrá pedir que se complete o aclare el convenio presentado si es omiso u oscuro en los puntos señalados en este artículo de previo a su aprobación".

Veamos separadamente estas causales:

a) "EL ADULTERIO DE CUALQUIERA DE LOS CONYUGES"

(art. 48 inc. 1 C.F.)

Se entiende por adulterio "el hecho de que una persona casada tenga voluntariamente relaciones sexuales con otra persona que no es su cónyuge. Este hecho constituye la violación del deber mutuo de fidelidad impuesto a los esposos... y por este motivo es causal perentoria de divorcio..." (52). En esta materia la reforma consistió en una equiparación de los cónyuges en lo que se refiere al tratamiento jurídico de la infidelidad. En el sistema anterior la infidelidad masculina que podía dar lugar a una solicitud de disolución del vínculo matrimonial tenía que configurarse como "concubinato escandaloso", bastando, en cambio, en el caso de la mujer el adulterio. "Tradicionalmente esta causal, y así estaba establecido entre nosotros, hacía distinción si se trataba del marido o de la esposa. Generalmente para ésta estableció la existencia pura y simple de la infidelidad, mientras que para el marido se establecía que la infidelidad fuera más notoria, más "escandalosa" (53).

(51) CARBONNIER, op. cit. supra 29, pág. 160.

(52) CAPITANT, Henri. Vocabulario Jurídico. Ediciones Depalma. Buenos Aires, 1973, pág. 34.

(53) SOLANO, op. cit. supra 15, pág. 43.

La equiparación en examen es una aplicación del principio constitucional (artículo 33 de la Constitución Política) de igualdad. Uno de los principales redactores de la nueva ley explica esta disposición en los siguientes términos: "La causal del artículo 48 del Proyecto de Código de Familia, para decretar el divorcio por el adulterio de cualquiera de los cónyuges, es una consecuencia, jurídicamente hablando, de la igualdad de derechos y deberes de los esposos en la que el artículo 2 del mismo fundamenta la institución. De acuerdo con el artículo 73 del Código Civil vigente y el 34 del proyecto, los esposos están obligados a guardarse fidelidad recíprocamente. De ahí que la arcaica disposición de que en cuanto al adulterio del marido, para que constituya causal de divorcio ha de revestir el carácter de "concubinato escandaloso", no puede mantenerse en un código que procura la igualdad de derechos y deberes de los cónyuges" (54).

Dentro de la clasificación de los motivos de divorcio se considera el adulterio como causal perentoria. Basta su constatación para que el juez deba, en sentencia, pronunciar el divorcio. Del adulterio se ha dicho que "supone una infracción del deber de fidelidad y constituye el más directo de los ataques dirigidos contra el vínculo conyugal. El adulterio no sólo es condición necesaria sino también suficiente de la estimación de la demanda de divorcio, sin que sea precisa la concurrencia de circunstancias agravantes, aun tratándose del adulterio del marido, ya que se suprimió el desigual tratamiento imperante en el C. C." (55).

LA PRUEBA DEL ADULTERIO

Por sus especiales caracteres el adulterio se lleva a cabo normalmente dentro del mayor sigilo, por lo que es muy difícil obtener del mismo una comprobación directa. Por estos motivos nuestra jurisprudencia ha sostenido que "... por regla general, hay que recurrir para la demostración del adulterio a la prueba presuntiva..." (56). El juez con base en diversos indicios establece una presunción (57) (de las llamadas "de hombre" o "judiciales"); "como forzosamente ocurre en casos de adulterio, en que la relación sexual se opera muy privadamente, los jueces obtienen la convicción de la infidelidad de la parte demandada de los indicios que resultan del conjunto de la prueba" (58).

Con base en estas premisas generales han sido resueltos varios casos por nuestra jurisprudencia. A manera de ejemplo transcribimos algunas consideraciones de un fallo reciente: "... el proceder de la señora "Y" con las continuas o reiteradas visitas o paseos de día y de noche efectuadas con el abogado que cita el fallo y otras intimidades con él, no son, las propias que caracterizan las relaciones que pueden existir entre un profesional y su cliente y dan lugar a presumirse en buena lógica las relaciones indebidas".

"Las relaciones entre "Y" y el Licenciado "X", se iniciaron como consecuencia de haber promovido ella una demanda de separación de cuerpos contra su marido el 15 de junio de 1961...; pero no se mantuvieron dentro del ámbito profesional pues las visitas constantes que él le hacía durante horas del día o de la noche; la forma en que a veces se conducía al pasar frente a la casa de ella en su automóvil, sonando el claxon para advertirle su presencia; la familiaridad con que ella se subía al vehículo del precitado profesional; sus salidas en automóvil acompañada únicamente con él; las repetidas ocasiones en que la actora esperaba a don "X" frente al edificio "H", llegado el cual subía a su automóvil; el haber entrado esta última sola al edificio "G", como a las siete de la noche, donde como se dijo se encuentra la oficina del repetido profesional regresando en esa ocasión en autobús a su casa como a las diez de la noche; las visitas frecuentes del señor "X" a la casa de doña "Y" donde permanecía mucho tiempo retirándose en horas avanzadas de la noche, todo lo cual viene en exacta síntesis demostrando, con la abundante prueba testifical que al respectó se evacuó en autos,

(54) SOLANO op. cit. supra 15, pág. 44. El JUZGADO SETIMO CIVIL, encargado de la materia familiar ha ya dictado varios fallos con base en la causal de "adulterio del marido". V. No. 116 de 8 hrs. de 10 de marzo de 1976, No. 334 de 10 hrs. de 30 de abril de 1976, No. 340 de 15 hrs. 30 m. de 30 de abril de 1976, No. 458 de 14 hrs. de 19 de diciembre de 1975. En otros casos se ha declarado con base en el adulterio de la mujer: No. 124 de 16 hrs. de 12 de marzo de 1976, No. 200 de 9 hrs. de 18 de setiembre de 1975.

(55) CARBONNIER, op. cit. supra 29, págs. 160, 161.

(56) SALA DE CASACION. 54. 16 hrs. del 30 de junio 1955. S. I. T. único p. 563.

(57) Los indicios deben ser precisos, graves y concordantes, no siendo estos determinantes aisladamente. Así, por ejemplo, la compañía de estudios no basta para configurar esta causal. Así, JUZGADO SETIMO CIVIL, No. 460 de 15 hrs. de 23 de diciembre de 1975.

(58) SALA DE CASACION. 120. 16 hrs. 12 de noviembre 1965. S. II, T. II, p. 745.

configura la causal de adulterio que prevé el art. 80, inciso 1 del Código Civil, imputable a la actora y que obliga a otorgar el divorcio contrademandado, aunque no aparezca demostrada esa deslealtad conyugal con prueba directa, pues como ya lo tienen establecido reiteradamente los Tribunales Superiores, ese acto ilícito, dada su naturaleza particular se lleva a cabo dentro del mayor sigilo, tomando las precauciones necesarias para la ocultación de la infidelidad, y de ahí que no pueda exigirse la prueba en referencia pues no existe en la mayoría de los casos por la razón apuntada, sino que la gravedad, precisión y concordancia de la indiciaria como la que se ha producido en autos, es la que da base para tenerlo por consumado" (59).

Ejemplos recientes de constatación del adulterio mediante prueba indiciaria se encuentran también en la jurisprudencia del Juzgado encargado de la materia familiar (60).

Frente a este tipo de prueba indiciaria no han valido argumentaciones relativas a diferencias de edad, ni a avanzada edad de uno de los sujetos. En tal sentido se ha manifestado nuestra Sala de Casación.

Así: "una diferencia de edad como la que se apunta, no hace inverosímil las relaciones aludidas y sí aceptables las presunciones a que se llegó en el caso en estudio" (61).

Y, por otra parte: "... el hecho de que una mujer casada tenga alrededor de cincuenta años y sea hasta abuela no es argumento para negar la posibilidad de que cometa adulterio" (62).

La tesis no funciona, sin embargo, cuando la edad es más elevada según la jurisprudencia del Juzgado de Familia; así se ha dicho: "nótese que el demandado es persona de avanzada edad (70 años), circunstancia que hace presumir que las visitas que éste hacía a la casa de la señora X podrían tener cualquier otro objetivo, menos el de adulterio que esos testigos suponen llegaba a cometer dicho accionado" (63).

b) "EL ATENTADO DE UNO DE LOS CONYUGES CONTRA LA VIDA DEL OTRO O DE SUS HIJOS"
(art. 48 inc. 2 C.F.)

Cuando ocurre este tipo de hechos la seguridad personal (la misma integridad física y la vida) de uno de los cónyuges está en peligro por lo que la ley le proporciona el medio de obtener su seguridad (64).

La modificación introducida por el nuevo Código de Familia consistió en agregar además del atentado a la vida del otro cónyuge, el atentado a la vida de sus hijos (65).

c) "LA TENTATIVA DE UNO DE LOS CONYUGES PARA PROSTITUIR O CORROMPER AL OTRO CONYUGE Y LA TENTATIVA DE CORRUPCION O CURRUPCION DE LOS HIJOS DE CUALQUIERA DE ELLOS"
(art. 48 inc. 3 C. F.)

Sobre esta causal nos limitamos a transcribir las consideraciones del Lic. Jorge Solano:

"En la causal 3), se agregó igualmente la tentativa de corrupción o prostitución de los hijos, que es tan grave como la de la propia esposa. Un hecho curioso es que la ley establece como causal "la tentativa de prostituir al otro", pero no la prostitución realizada. Ello obedece evidentemente a que la tentativa constituye

- (59) SALA DE CASACION. 95. 15 hrs. 21 setiembre 1965. S. II. T. I. p. 357.
 (60) V. por ejemplo: No. 457 de 16 hrs. de 18 de diciembre de 1975; No. 437 de 10 hrs. de 12 de diciembre de 1975; 435 de 7 hrs. 30 m. de 15 de diciembre de 1975. Juzgado Séptimo Civil.
 (61) SALA DE CASACION. 118. 15 hrs. 30 m. del 11 de noviembre de 1964. S. II, T. II. pág. 947.
 (62) SALA DE CASACION. 94 de 16 hrs. 15 m. 10 octubre 1967. S. II, Tomo II, pág. 763.
 (63) JUZGADO SETIMO CIVIL, Sentencia No. 423 de 10 hrs. 45 m. de 9 de diciembre de 1975.
 (64) En este sentido se encuentra la fundamentación que le da BRENES, Alberto. Tratado de las personas, op. cit. supra 40, p. 155.
 (65) V. SOLANO, op. cit. supra 15, pág. 43.

una ofensa, una afrenta, y la prostitución realizada, ya tiene la aceptación del otro cónyuge, por donde desaparece la ofensa, y además, el vicio compartido por ambos cónyuges no puede dar origen a una disolución de matrimonio punitivo ni necesario. En cuanto a los hijos, su corrupción por un cónyuge, sí es daño grave al matrimonio, y ofensa al otro cónyuge" (66).

d) LA SEVICIA

(art. 48 inc. 4o.)

La determinación conceptual de la expresión sevicia ha de tomar en consideración los diversos elementos que la constituyen: puede pensarse en la existencia de un elemento subjetivo constituido por la intencionalidad del sujeto activo de este tipo de conducta, no siendo por ello determinantes las susceptibilidades exacerbadas de un cónyuge (67), y un elemento de orden objetivo, aunque no necesariamente material (68), que es un resultado dañoso (físico o moral). Por las razones apuntadas al término es sinónimo de "malos tratos" (69), de "excesos" o "violencias", (70) de "crueldad excesiva" o "brutalidad" (71).

Los comportamientos que la constituyen pueden ser uno o varios. En tal sentido, nuestra jurisprudencia ha expresado: "Unas veces la sevicia puede contraerse a un solo acto, como en el caso de lesión; otras constituirle una serie de hechos duramente mortificantes que hacen la vida común insoportable" (72). Veamos algunos ejemplos de hechos constitutivos de sevicia según nuestra jurisprudencia: golpes, (73) lesiones, (74) privación de alimentos, (75) estrecha reclusión (76), no así las ofensas aunque sean graves (77). Sí se ha considerado que la agresión implica sevicia. En este sentido se ha dicho (transcribo un párrafo de una sentencia de la Sala de Casación): "Lo ocurrido en enero de 1956, que es el remate de una serie de hechos parecidos, que recobran actualidad para juzgar el caso, sí pudo llevar a los juzgadores de instancia al convencimiento de la existencia de sevicia, —"crueldad excesiva, malos tratos, según el diccionario de la Real Academia Española, la doctrina y la jurisprudencia, pues" ...el día 22 de enero del año próximo pasado (1956), en la tarde, llegó el demandado a su casa como lo acostumbraba en estado de ebriedad, se sentó en el corredor a conversar unas pocas palabras con la vecina, cuando la actora lo llamó de buena manera a comer y esto bastó para que "X" pasara al interior de la casa tomara su cuchillo y en actitud violenta y amenazante sin que hubiera la menor ofensa o provocación de parte de su esposa, se abalanzó sobre ésta desvainando

(66) SOLANO, op. cit. supra 15, pág. 44.

(67) Don Alberto Brenes Córdoba, en su definición habla de que estas conductas deben estar "encaminadas intencionalmente" a dañar la salud o mortificar. V. BRENES, op. cit. supra 24, p. 155 y 156.

(68) Así COLIN Y CAPITANT, op. cit. supra 6, p. 462 y SALA DE CASACION No. 19 de 16 hrs. 30 m. de 26 de enero de 1966, S. I, T. I, p. 361.

(69) Según la definición de CARBONNIER, op. cit. supra 29, pág. 161 y 162. V. JUZGADO SETIMO CIVIL, No. 210 de 8 hrs. de 19 set. de 1975.

(70) Según la definición de COLIN Y CAPITANT, op. cit. supra 6, pág. 462.

(71) Según BRENES, op. cit. supra 24, pág. 155 y 166 y según la jurisprudencia de la SALA DE CASACION No. 11 de 10 y 15 hrs. de 27 de enero de 1968, S. I, T. I, pág. 143, No. 19 de 16 hrs. 30 m. de 26 de enero de 1966, Sem. I, T. I, pág. 36 se ha hablado también de "Trato cruel de palabra y obra". Así JUZGADO SETIMO CIVIL, No. 335 de 13 hrs. de 30 abril 1976 y No. 113 de 10 hrs. 40 m. de 9 de marzo de 1976.

(72) SALA DE CASACION, No. 11 de 10 y 15 hrs. de 27 de enero de 1968, sem. I, T. I, pág. 143.

(73) JUZGADO SETIMO CIVIL, No. 452 de 7 hrs. 30 m. de 18 de dic. de 1975 y SALA DE CASACION No. 117 de 15 hrs. 45 m. de 28 de diciembre de 1966. Sem. II, Tomo II, p. 801.

(74) JUZGADO SETIMO CIVIL, No. 455 de 11 hrs. de 18 de diciembre de 1975 y No. 441 de 13 hrs. de 16 de dic. de 1975 y SALA DE CASACION No. 103 de 16 hrs. de 25 de octubre de 1967, S. II, T. II, pág. 862.

(75) SALA DE CASACION, No. 11 de 10 y 15 hrs. de 27 de enero de 1968, S. I, T. I, pág. 143.

(76) SALA DE CASACION, No. 11 de 10 y 15 hrs. de 27 de enero de 1968, S. I, T. I, pág. 143. También BRENES, op. cit.

supra 24, pág. 155 y 156. Sobre este tema se han realizado algunas aclaraciones: "Los hechos transcritos revelan que los cónyuges por motivo de las desavenencias que el proceso informa, lamentablemente llegaron a una situación de aislamiento, dejando el marido de sacar a su esposa a pasear o llevarla al cine o reuniones sociales, situación que no podía afirmarse que fuera la reclusión desde luego que la prueba testimonial citada no da base para sostener que el marido prohibiera a su esposa salir de la casa para cumplir con los menesteres del hogar o de carácter familiar o social. Es decir, tal como se presentan los hechos no son constitutivos de las causales de sevicia u ofensas graves, por lo que tampoco han sido violados los artículos 80 inciso 5 y 91 inciso 6 del Código Civil". SALA DE CASACION No. 61 de 16 hrs. 45 m. día 16 agosto 1966, S. II, T. I, pág. 68.

(77) SALA DE CASACION, No. 1 de 16 hrs. 15 m. 11 de enero 1967, sem. I, T. I, pág. 3.

en mano, profiriéndole denuestos al propio tiempo que le decía "voy a matar a esta condenada" (78).

La sevicia puede clasificarse como causal no perentoria en cuanto está sujeta a la apreciación judicial la gravedad de los comportamientos. Así nuestra Sala de Casación ha dicho: "Es al juez a quien corresponde apreciar la gravedad del hecho o hechos implicativos de la causal de sevicia, pues no todo maltrato material o moral conduce a la disolución del vínculo matrimonial. En ese examen debe tomarse en cuenta también las circunstancias que precedieron el hecho ya que algunas veces se puede deducir alguna justificación." (79). Tal valoración debe tomar en cuenta el ambiente social (80).

Además de la apreciación de la gravedad de los hechos el juez goza de la facultad de apreciar la prueba por cuanto "...ninguna persona fuera de los que se hallen dentro del hogar, o muy cerca de él, se entera de los insultos o malos tratos que un marido da a su mujer; o de la rebeldía o carácter irascible e insoportable de la mujer. Son escenas que se desarrollan dentro de la intimidad del hogar, y por eso para demostrarlas sólo determinados testigos pueden dar fe de ellas, razón por la cual el derecho procesal, y más concretamente el art. 325 del Código de Procedimientos Civiles establece que los Tribunales apreciarán la prueba testimonial conforme a las reglas de la sana crítica teniendo en cuenta "las circunstancias que en ellos concurren" (81).

e) LA SEPARACION JUDICIAL POR UN TERMINO NO MENOR DE UN AÑO (48-5 C. F.)

Expresa el inciso 5 del artículo 48 del nuevo Código de Familia:

"La separación judicial por un término no menor de un año, si durante ese lapso no ha mediado reconciliación entre los cónyuges; durante dicho lapso el Tribunal, a solicitud de los interesados y con un intervalo mínimo de tres meses, celebrará no menos de dos comparecencias para intentar la reconciliación entre los cónyuges. La primera comparecencia no podrá celebrarse antes de tres meses de decretada la separación.

Para tales efectos, el Tribunal solicitará los informes que considere pertinentes.

Si alguno de los cónyuges no asistiere a las comparecencias, si éstas no se solicitan, o si las conclusiones a que llegue el Tribunal así lo aconsejan, el plazo para decretar el divorcio será de dos años.

Sobre esta causal expresa CARBONNIER: "El legislador ha estimado que la separación corporal, al imponer una situación de obligado celibato, implica un estado de anormalidad; por eso ha sido su deseo que dicha separación no se perpetúe indefinidamente en contra de la voluntad de una de las partes. De ahí la posibilidad de que la separación corporal se convierta en divorcio; están legitimados para solicitar la conversión tanto el cónyuge culpable como el inocente, de lo que se infiere que la separación corporal ha sido concebida por el legislador a la manera de un período de prueba durante el cual se espera la reconciliación de los cónyuges" (82).

La legitimación activa para solicitar el divorcio con base en esta causal corresponde a ambos cónyuges. Ha dicho al respecto la Sala de Casación: "el divorcio con base en separación judicial puede pedirse por cualquiera de los cónyuges, independientemente de la culpa que le hubiere correspondido en el juicio de separación. Así lo da a entender el artículo 82 del Código Civil y así lo resolvió la Sala de Casación en la sentencia de las 15:30 hrs. del 6 de enero de 1950" (83).

- (78) SALA DE CASACION, No. 62 de 15 hrs. 30 m. de 10 de junio de 1958, S. I, T. II, pág. 971. En términos análogos JUZGADO SETIMO CIVIL, No. 429 de 14 y 30 hrs. de 11 de diciembre de 1975.
- (79) SALA DE CASACION, No. 103 de 15 hrs. de 25 de octubre de 1967, S. II, T. II, p. 862.
- (80) Así, CARBONNIER, op. cit. supra 29, pág. 162.
- (81) SALA DE CASACION, No. 16 de 15 y 15 hrs. de 3 de marzo de 1955, S. I, pág. 170.
- (82) CARBONNIER, op. cit. supra 29, pág. 225.
- (83) SALA DE CASACION, No. 21 de 10 y 30 hrs. de 28 de enero de 1966, S. I, T. I, pág. 388.

f) "LA AUSENCIA DEL CONYUGE LEGALMENTE DECLARADA"
(48-6 C. F.)

Es de especial importancia, la introducción de la ausencia legalmente declarada como motivo para que sea declarado el divorcio (art. 48 inc. 6 C. F.) (84). Coherentemente con la eficacia preclusiva (85) de la sentencia que "declara" el divorcio "la reaparición del ausente no revive el vínculo matrimonial disuelto (art. 51 C. F.) (86).

g) "EL MUTUO CONSENTIMIENTO DE AMBOS CONYUGES"
(48-7. C. F.)

"Cuando se está envuelto en un conflicto la única cosa saludable es cordura, juicio, sensatez. Es importante ir a ver al hombre imparcial cuya autoridad sea suficiente para conciliar pacíficamente el conflicto o para resolverlo equitativamente" I. CHING.

Expresa el inciso 7 del artículo 48 del Código de Familia: "El mutuo consentimiento de ambos cónyuges. El divorcio por mutuo consentimiento no podrá pedirse sino después de tres años de celebrado el matrimonio y deberá presentarse al Tribunal el convenio en escritura pública en la forma indicada en el artículo 60 de esta ley. El convenio y la separación, si son procedentes y no perjudican los derechos de los menores, se aprobarán por el Tribunal en resolución considerada; el Tribunal podrá pedir que se complete o aclare el convenio presentado si es omiso, oscuro en los puntos señalados en este artículo de previo a su aprobación".

Para la comprensión del sentido histórico de la introducción de esta causal nada mejor que transcribir las consideraciones de su autor: "Yo me he permitido presentar esta moción... sobre todo para evitar que se esté burlando la ley como se está haciendo en este momento. Todos los que somos abogados, y aun los particulares, saben que en la mayoría de las ocasiones los divorcios se realizan, no porque haya ocurrido la causal en la cual se funda la demanda, sino porque se toma como base hechos falsos, y para probarlos se presentan al juicio las declaraciones de testigos falsos, de manera que yo creo que va siendo hora de que demos la oportunidad a las parejas que deseen divorciarse por mutuo consentimiento, que lo hagan sin tener que recurrir al trámite que se sigue en este momento" (87).

Hasta el momento han sido homologados diversos convenios de divorcio por mutuo consentimiento (88).

- (84) Sobre este tema v. CARROZZA, Antonio. Scioglimento del matrimonio dello scomparso. Rivista di diritto matrimoniale italiano No. 2 y 3 dell'anno 1952, pág. 5. En Albania la nueva ley matrimonial contiene la declaración de ausencia como motivo de disolución del matrimonio (art. 55) BRUNELLI, op. cit. supra 24, pág. 104. En Bulgaria en cambio, se permite solicitar el divorcio si "por grave perturbación del matrimonio determinada por ausencia no es posible la continuación de la vida conyugal". Op. ult. cit. pág. 176. En Checoslovaquia se requiere sentencia firme de declaración de muerte de un cónyuge como motivo de disolución del matrimonio. Op. ult. cit. pág. 189. En Yugoslavia la declaración de muerte presunta disuelve el matrimonio. Op. ult. cit. pág. 323. En Noruega también la declaración de muerte produce este efecto op. ult. cit. pág. 341.
- (85) Sobre el concepto de eficacia preclusiva v. FALZEA, Angelo. Efficacia Giuridica, op. cit. supra 79, pág. 498 y ss. Se ha observado que la experiencia jurídica presenta transformaciones que podrían llamarse "ambivalentes" en cuanto no presuponen necesariamente ni la conservación ni la transformación del estado jurídico anterior. V. tam. BUSNELLI, Francesco D. Della tutela giurisdizionale dei diritti. En Commentario del Codice Civile, UTET, pág. 209.
- (86) Sobre el problema de la reaparición v. CARROZZA, op. cit. supra 86, pág. 8.
- (87) SOLANO, op. cit. supra 15, pág. 46.
- (88) A manera de ejemplo v. las siguientes sentencias del JUZGADO SÉTIMO CIVIL: No. 361 de 10 hrs. de 30 de abril de 1976 (en este caso el cuidado y alimentación de los menores se dejó exclusivamente a cargo de la madre), No. 193 de 8 hrs. de 17 de setiembre de 1975 (en este caso se realizó una distribución del cuidado de los hijos entre el padre y la madre, conservando ambos la autoridad parental), No. 150 de 9 hrs. de 22 de marzo de 1976 (en este caso no se estableció pensión a cargo de ninguno de los cónyuges), No. 471 de 8 hrs. de 23 de diciembre de 1975 (se fijó pensión a cargo de ninguno de los cónyuges), No. 364 de 10 hrs. de 5 de mayo de 1975 (se realizaron acuerdos sobre la casa de habitación), No. 367 de 9 hrs. de 4 de mayo de 1976 (en términos análogos). Otros casos: No. 345 de 9 hrs. de 3 de mayo de 1976, No. 148 de 17 hrs. 30 m. de 18 de marzo de 1976, No. 363 de 10 hrs. de 30 de abril de 1976.

9. "EL PROCEDIMIENTO DE DIVORCIO"

A diferencia de la institución del "repudium" existente en Roma y en diversas legislaciones antiguas, donde faltando la "affectio maritalis" no había razón para que se mantuviera el vínculo, en los sistemas contemporáneos debe, por el contrario, obtenerse sentencia judicial de disolución del matrimonio, con base en un procedimiento ordinario. El juicio de divorcio se tramita como ordinario de mayor cuantía (89). En síntesis, "se trata de una institución cuya eficacia sólo opera a través de una contienda entre partes, siendo inadmisibles a los ojos de la ley el divorcio por mero convenio entre cónyuges y sin pronunciamiento jurisdiccional alguno" (90).

10. "LA ACCION DE DIVORCIO (SUJETO LEGITIMADO. CADUCIDAD)"

"Quien quisiese erigirse en reordenador según el propio arbitrio, podría provocar errores y fracasos. Pero, al llamado a ser reordenador justo, le vienen al encuentro las circunstancias y de su prosperidad participan sus semejantes" I. CHING.

Establece el artículo 49 del Código de Familia: "La acción de divorcio sólo puede establecerse por el cónyuge inocente, dentro de un año contado desde que tuvo conocimiento de los hechos que la motiven.

En los casos de ausencia legalmente declarada podrá plantear la acción el cónyuge presente en cualquier momento. Para estos efectos el Tribunal nombrará al demandado un curador ad-litem".

Así, "en principio, cada uno de los esposos debe poder intervenir en un divorcio, ya sea para pedirlo, por vía principal, ya para defenderse y, si es preciso, para formular una demanda con reconvencción, a fin de echar sobre sus adversarios las pérdidas que gravitan sobre el esposo en cuyo perjuicio se pronuncia el divorcio" (91).

El artículo en examen (correspondiente al anterior artículo 81 del Código Civil) establece una caducidad (92). El fundamento de la misma se ha querido ver en el perdón del ofendido (93).

La caducidad (94) es el resultado de una valoración jurídica que se atribuye a una determinada situación de hecho. Lo que interesa determinar para captar el sentido de la misma es cuál es la situación de hecho y cuál es el problema que se plantea, para luego establecer, sobre esta base, el sentido del efecto que al mismo se atribuye, en cuanto, como sabemos, el efecto jurídico es la respuesta del Ordenamiento al problema en función del interés de la comunidad.

Debe aclararse previamente otro aspecto: la caducidad resulta de una conexión de figuras jurídicas; para que pueda hablarse de caducidad es preciso que con anterioridad se haya producido un determinado efecto jurídico, es preciso que haya surgido una determinada situación jurídica de posibilidad axiológica (un poder hacer) cuya falta de ejercicio en una forma determinada produzca su extinción. Además, los términos de caducidad son mucho más cortos que los términos de prescripción, lo que revela un interés más inmediato a la corteza que en ésta; ello, sin embargo, no puede considerarse como uno de los caracteres de la caducidad, sino más bien como un posible indicio para su identificación.

(89) V. SUAREZ, op. cit. supra 34, pág. 196.

(90) CARBONNIER, op. cit. supra 29, pág. 173.

(91) COLIN Y CAPITANT, op. cit. supra 6, pág. 471.

(92) Así, SALA DE CASACION, No. 95 de 16 hrs. 45 m. de 11 de octubre de 1967. S. II, T. II, pág. 774.

(93) Así, la SALA DE CASACION ha expresado: "El número 81 establece que la acción de divorcio sólo se admitirá si fuere establecida dentro de un año contado desde que llegaron a noticia del ofendido los hechos que pudieran motivarlo; la disposición copiada —dijo este Tribunal, en su fallo de 10 y 15 hrs. del 13 de marzo de 1942, considerando I, a folio 153 de la colección— "se funda en el presunto perdón del cónyuge ofendido; pero si se trata de actos sucesivos de adulterio o de sevicia, o de una situación continuada como la de concubinato escandaloso, no puede imponerse al ofendido el perdón de la ofensa, haciendo inadmisibles la demanda de divorcio por cuanto en tiempo anterior dispensó el agravio". SALA DE CASACION, No. 62 de 15 hrs. 30 m. de 10 de junio de 1958. Sem. I. T. II, pág. 971. Estos razonamientos fueron íntegramente transcritos en sentencia de SALA DE CASACION No. 88 de 15 hrs. 20 m. de 24 de agosto de 1973.

(94) En general sobre la caducidad puede consultarse TEDESCHI, Vittorio. Decadenza (Enc. Dir.) Vol. XI, Giuffrè-éd Milano, 1962, pág. 773.

Frente a la falta de ejercicio en forma determinada de una situación de poder sujeta a caducidad, con el cumplimiento del término se produce un efecto de orden innovativo-extintivo (lo que implica otra diferencia respecto a la prescripción donde el efecto es, más bien, preclusivo).

De lo dicho, puede observarse que cuando nos encontramos frente a una hipótesis de caducidad tenemos como supuesto una carga de perentoria observancia de un término rígido (la rigidez del término es otra diferencia frente a la prescripción donde puede haber interrupciones y suspensiones) para el cumplimiento específico de un acto (normalmente se trata de un derecho potestativo) con la consecuencia de que el derecho se pierde (efecto innovativo-extintivo) si el acto de ejercicio no es cumplido dentro del término prefijado o (lo que es lo mismo) si es cumplido extemporáneamente (95).

Debe aclararse, finalmente, que en aquellas causales de realización continuada, como el concubinato, el término perentorio de caducidad no empieza a correr sino desde que termina tal estado de cosas.

Así, por ejemplo, ha dicho la Sala de Casación: "Nuestra jurisprudencia ha repetido que el quebranto de la fidelidad conyugal mantiene en vigor la acción del cónyuge inocente, mientras no transcurra un año después de haber cesado tal situación irregular" (96).

En términos análogos otra sentencia afirma: "El concubinato del marido que sirve de fundamento a la demanda como causal de divorcio, ha podido iniciarse muchos años antes de la fecha de la demanda, pero como ha sido un hecho continuado y que, según parece se mantiene aún, el derecho para incoar la acción no ha caducado, ni tampoco ha desmerecido ni ha perdido su valor la prueba que le sirve de apoyo" (97).

11. "LA POSICION DEL CONYUGE DEMANDADO"

Con relación al sujeto demandado basta decir que sus actitudes posibles se resumen o bien en "aceptación" o si no en "oposición".

La oposición, a su vez, puede fundarse en la negativa de los hechos alegados por el demandante o en la articulación de una excepción que paralice la acción ejercitada. También puede pedir el divorcio por vía de reconvencción. La resolución del Tribunal ha de decidir sobre ambas demandas, la principal y la reconvenccional (98).

12. "MEDIDAS PROVISIONALES DURANTE LA TRAMITACION DEL DIVORCIO"

- a) Salida del domicilio conyugal.
- b) Cuidado provisional de los hijos.
- c) Alimentos.

A pesar de que la disolución del vínculo conyugal no opera sino hasta el momento en que queda firme la sentencia de divorcio, durante el procedimiento, se produce una gran perturbación de la vida familiar, por lo que en cierta forma se anticipa una ruptura ("a medias") del vínculo. Las medidas provisionales se encaminan a la organización de un "modus vivendi" entre los cónyuges (99).

(95) V. PEREZ, Víctor. La prescripción negativa y la caducidad en el Derecho Civil costarricense. Revista de Ciencias Jurídicas. No. 24, San José, págs. 378, 379.

(96) SALA DE CASACION, No. 132 de 10 hrs. de 21 de diciembre de 1956. S. II, T. II, pág. 1006.

(97) SALA DE CASACION, No. 1 de 9 y 45 hrs. de 9 de enero de 1961, S. I, T. I, pág. 3.

(98) CARBONNIER, op. cit. supra 29, pág. 175.

(99) Sobre esta justificación genérica de las medidas provisionales v. CARBONNIER, op. cit. supra 29, pág. 176 y COLIN Y CAPITANT, op. cit. supra 6, pág. 478.

a) LA SALIDA DEL DOMICILIO CONYUGAL

Esta medida, prevista por el artículo 53 del Código de Familia tiene como contenido el de ser una "dispensa temporal del deber de convivencia por lo que las demás obligaciones derivadas del matrimonio subsisten íntegramente. Se ha hablado más correctamente de "residencia separada de los cónyuges" (100).

b) LA CUSTODIA DE LOS HIJOS.

Expresa el artículo 54 del Código de Familia: "A solicitud del padre o madre, del Ministerio Público, o del Patronato Nacional de la Infancia resolverá a cuál de los cónyuges, persona, pariente o institución adecuada debe dejarse el cuidado provisional de los hijos" (101).

La medida en examen no necesita particulares comentarios.

c) ALIMENTOS.

Esta medida provisional resulta de la combinación del artículo 155, los incisos 1 y 2 del artículo 156 y el 157 del Código de Familia.

Transcribo a continuación los artículos referidos:

Artículo 155. Mientras se ventila la obligación de dar alimentos, probado el parentesco, podrá el juez ordenar que se den provisionalmente, por cualquiera de las personas indicadas en el artículo siguiente, sin perjuicio de la restitución que deben hacer el obligado preferente, o el propio alimentario si en sentencia se decide que no hay derecho para cobrarlos.

Esta fijación se hará prudencialmente, en suma capaz de llenar de momento las necesidades más perentorias de los alimentarios, y subsistirá mientras no fuere variada en sentencia.

Artículo 156. Deben alimentos:

- 1) Los cónyuges entre sí;
- 2) Los padres a sus hijos menores o incapaces y los hijos a sus padres...

Artículo 157. Los cónyuges pueden demandar alimentos para sí y para sus hijos comunes aunque no se encuentren separados, cuando hubiere descuido del otro cónyuge en asumir dicha obligación.

La madre puede demandar alimentos para sus hijos extramatrimoniales en las circunstancias del párrafo anterior.

(100) CARBONNIER, op. cit. supra 29, pág. 176. Esta aclaración se basa en la distinción teórica entre domicilio y residencia "El sentido jurídico-técnico del concepto de domicilio no siempre coincide con el uso corriente de este término. En el lenguaje común es el lugar donde uno vive, siendo por ello sinónimo de residencia. MAZEAUD, MAZEAUD, Lecciones de Derecho Civil, Parte I, Vol. II, E.J.E.A. Bs. Aires, 1959, p. 160. Etimológicamente la palabra tiene un significado análogo por su derivación del latín "domus" que significa casa. BRENES op. cit. supra 40 pág. 81. En latín "domicilium" significa "morada". RIPERT Y BOULANGER, Tratado de Derecho Civil, Tomo II. Vol. I. La ley ed. Bs. Aires, 1963, p. 627. Sin embargo, repetimos, jurídicamente domicilio no coincide necesariamente con residencia. PLANIOL, Marcel, Traité élémentaire de Droit et de Jurisprudence, Tome I, L. G. D. J. Paris, 1920, pág. 196. MESSINEO, Francesco, Manual de Derecho Civil y Comercial. EJE.A, Bs. Aires. 1971, pág. 134. La distinción se ha hecho en el sentido de que domicilio es el lugar donde la persona tiene su sede principal mientras que la residencia es su morada habitual. TORRENTE, Andrea, "Manuale di Diritto Privato. Giuffrè-Ed, Milano, 1970, pág. 82. La diferencia se ha hecho también en base a la fijeza o estabilidad del domicilio que no siempre se desplaza con la persona, lo que sí ocurre con la residencia, RIPERT Y BOULANGER. Op. cit., págs. 63-65. Así, mientras que el domicilio es la sede estable de la persona, esta estabilidad no se tiene en la residencia. Tal estabilidad no se deduce sólo de la presencia física sino de la intención. ESPIN CANOVAS, Diego. "Derecho Civil Español". Ed. Rev. Der. Priv. 1968, pág. 244. PEREZ, Víctor. La localización del sujeto, Instituto de Derecho Privado, 1974, pág. 3.

(101) Sobre el tema CARBONNIER, op. cit. supra 29, pág. 178.

13. "LA PRUEBA EN EL DIVORCIO"

- a) Medios
- b) Carga.

a) MEDIOS.

Dice al respecto Carbonnier: "En principio y como regla general, no cabe deshechar ningún medio de prueba para demostrar la existencia de dichos hechos; se incluyen los testigos, las presunciones de hombre y los indicios" (102).

Con la introducción del divorcio por mutuo consentimiento en nuestro ordenamiento carece ya de sentido la orientación tradicional de la jurisprudencia (103) en el sentido de no considerar suficiente la confesión.

b) CARGA.

El proceso civil ordinario está basado en el principio de neutralidad del juez que no puede buscar de oficio el dato real. La producción de las pruebas es asunto exclusivo de las partes. Esta regla se encuentra contenida en el Código de Procedimientos Civiles en el sentido de que "Todo aquel que intente una acción u oponga una excepción debe probar los hechos en que se fundamente". Así: "La declaración de divorcio se condiciona a la concurrencia de ciertos motivos, apellidados causas de divorcio. El actor carga con la prueba de dichas causas; el demandado ha de demostrar, eventualmente, la existencia de las pertinentes excepciones" (104).

14. "MUERTE DE CUALQUIERA DE LOS CONYUGES DURANTE LA TRAMITACION DEL JUICIO DE DIVORCIO"

Expresa el artículo 50 del Código de Familia: "La muerte de cualquiera de los cónyuges pone término al juicio de divorcio".

Antes de la entrada en vigencia del nuevo Código de Familia, el art. 81 del Código Civil establecía que la acción de divorcio instaurada podía continuarse por los herederos. "La norma fue objeto de discusión ya que se pensó que en algunos casos pudiera interesar a los herederos de un cónyuge que hubiera sentencia para efectos patrimoniales o para efectos de honor. Pero en la discusión se llegó a la conclusión que la norma es del todo acertada, pues el propósito principal del divorcio es disolver el vínculo matrimonial, disolución que produce la muerte, siendo por ese lado entonces inútil el pronunciamiento judicial..." (105).

Este planteamiento es formulado por los profesores COLIN Y CAPITANT en los siguientes términos: "La acción de divorcio se extingue por la muerte de uno de los esposos, ocurrida durante el pleito, o si éste hubiere terminado antes de que la sentencia fuere irrevocable... Con facilidad se comprende que la instancia de divorcio, generadora de crueles sufrimientos y de escándalo no debe continuar cuando el matrimonio se disuelve naturalmente por la muerte. El único interés para el esposo superviviente o para los herederos del difunto es de orden pecuniario; y este interés no cree la ley que debe tomarlo en consideración" (106).

(102) CARBONNIER, op. cit. supra 29, pág. 178.

(103) V. La sentencia de la SALA DE CASACION, No. 3 de 14 hrs. de 7 de enero de 1943 y de 4 p. m. de 23 de agosto de 1923, II sem. p. 172.

(104) CARBONNIER, op. cit. supra 29, págs. 158-159.

(105) SOLANO, op. cit. supra 15, pág. 44.

(106) COLIN Y CAPITANT, op. cit. supra 6, pág. 467.

15. "RECONCILIACION"

(...divididos exteriormente, pero unidos en el corazón. Están separados por sus posiciones en la vida. Entre ellos hay muchos obstáculos e impedimentos que los entristecen. Pero no se dejan separar. Permanecen fieles el uno al otro... cuando se encuentren, su tristeza se transformará en alegría". I. CHING).

Expresa el artículo 52 del Código de Familia:

"No procede el divorcio si ha habido reconciliación o vida marital entre los cónyuges después del conocimiento de los hechos que habrían podido autorizarlo, o después de la demanda; mas si se intenta una nueva acción de divorcio por causa sobrevenida a la reconciliación, el Tribunal podrá tomar en cuenta las causas anteriores".

Ya en el Derecho Romano se había considerado la reconciliación como un hecho con eficacia conservativo-fortalecedora (107) respecto al vínculo matrimonial y extintiva respecto a la acción. Se decía "Brevi reversa uxor nec divertisse videtur. No se considera divorciada la mujer que al poco tiempo vuelve con su marido" (108).

Veamos cuáles son las condiciones de la reconciliación: se trata de una cuestión de hecho que los jueces han de apreciar; condicionada a la presencia de un elemento material y otro psicológico. Sobre este último elemento son muy interesantes las consideraciones que ha realizado nuestra jurisprudencia. Se ha dicho: "La presunta reconciliación no puede configurarse por simples apariencias, si la voluntad del accionante se encuentra viciada por la influencia alcohólica, una vez que el avenimiento o arreglo de los cónyuges debe responder más bien a un estado espiritual o anímico, libre y espontáneo, vale decir de plena conciencia, que deje ver sin lugar a dudas el propósito común de los cónyuges de perdonar u olvidar las ofensas recibidas, para reanudar la vida conyugal sobre una base normal y correcta" (109).

Los efectos de la reconciliación se reducen a la paralización de la demanda (110). Si la reconciliación se produce después de ocurrida la conducta prevista legalmente como causal, pero antes de que haya sido interpuesta la demanda, ésta no podrá ser ya intentada. Si se produce la reconciliación una vez planteada la acción ésta queda paralizada. "Una vez demostrada la reconciliación, todas las causas de divorcio (incluso las perentorias) quedan enervadas a virtud de la evenencia matrimonial. Técnicamente estamos en presencia de una excepción que paraliza la acción de divorcio no ejercitada, o la extingue..., al igual que las demás defensas esgrimibles en materia de divorcio, se dirige a la consolidación de la unión matrimonial, por lo que puede hacerse valer en cualquier fase litigiosa, pudiendo apreciarse de oficio por el juzgador, cuando de las actuaciones procesales se desprende que los esposos se reconciliaron con posterioridad a los acaecimientos alegados como motivos de disolución.

Los efectos de la reconciliación sólo se extienden a los hechos anteriores" (111).

Esto debe aclararse en el sentido de que la reconciliación no impide al cónyuge intentar nueva demanda si descubre hechos que desconocía cuando perdonó.

16. "LA SENTENCIA DE DIVORCIO. EXTREMOS. EFECTOS. RECURSOS"

Los extremos que ha de contemplar la sentencia de divorcio son fundamentalmente: hijos menores, distribución de bienes conyugales y pensión alimenticia si resulta procedente (112).

La sentencia que concluye el procedimiento de divorcio tiene como efecto fundamental la cesación del estado conyugal (113). Se ha dicho que la misma tiene efecto constitutivo (114), pero la verdad es que su

(107) V. FALZEA, op. cit. supra 3, p. 96.

(108) PAULO, Ley 48, cit. CABANELLAS, op. cit. supra 8, pág. 50.

(109) SALA DE CASACION. No. 86, 15 hrs. 15 m. 13 agosto 1968. S. II, T. I. pág. 222.

(110) V. COLIN Y CAPITANT, op. cit. supra 6, pág. 468.

(111) CARBONNIER op. cit. supra 29, pág. 166.

(112) V. BRENES, op. cit. supra 24, pág. 158.

(113) "La sentencia firme de divorcio disuelve el vínculo matrimonial (55 C. F.).

(114) SCARDULLA, op. cit. supra 14, pág. 139.

eficacia es más bien de orden innovativo-extintivo. No crea, no constituye una relación jurídica sino que, más bien produce la extinción de un vínculo. "En abstracto podría hablarse de extinción (si se mira la obligación que ha cesado) y también de constitución (si se mira la liberación obtenida). Pero, en rigor, sólo se puede hablar de extinción porque lo que debe mirarse es la situación de relevancia específica" (115). Este punto de vista es compartido por CARBONNIER, quien sin embargo utiliza la expresión "constitutiva-extintiva", dando a la expresión "constitutiva" el sentido de "innovativa".

Otro de los caracteres de la sentencia es su oponibilidad a terceros, (116) por lo que debe cumplirse el mecanismo correspondiente de publicidad (117).

El efecto extintivo fundamental de la sentencia de divorcio consiste en lo que se denomina "libertad de estado" que se resume en la idea de que los divorciados quedan facultados para casarse de nuevo, aunque la mujer ha de dejar transcurrir el plazo de 300 días con el objeto de impedir confusión de paternidades, a menos que haya habido parto antes de cumplirse este término, o se pruebe mediante dictámenes de dos peritos médicos oficiales que no existe embarazo (artículo 16 inciso 2o. Código de Familia) (118).

En síntesis "el divorcio pone fin a las relaciones jurídicas que el matrimonio había creado entre los esposos, bien entendido de que no las borra en el pasado. En esto difiere de la anulación del matrimonio. Sin embargo, para el porvenir, no subsiste ya ninguna relación jurídica entre los antiguos esposos" (119).

Además del efecto fundamental que hemos comentado, el divorcio puede determinar consecuencias jurídicas de otros órdenes:

- a) patrimoniales
 - b) parentales
 - c) alimentarios.
- a) PATRIMONIALES.

Los efectos patrimoniales se encuentran claramente expresados en el artículo 41 del Código de Familia:

Artículo 41. Al disolverse o declararse nulo el matrimonio, al declararse la separación judicial y al celebrarse, después de las nupcias, capitulaciones matrimoniales, cada cónyuge adquiere el derecho a participar en la mitad del valor neto de los bienes gananciales constatados en el patrimonio del otro. Perderá ese derecho el cónyuge declarado culpable en juicio de divorcio o de separación judicial.

Podrá procederse a la liquidación anticipada de los bienes gananciales cuando el Tribunal, previa solicitud de uno de los cónyuges, compruebe, de modo indubitable, que los intereses de éste corren el riesgo de ser comprometidos por la mala gestión de su consorte, o por actos que amenacen burlarlos. Únicamente no son gananciales los siguientes bienes, sobre los cuales no existe el derecho de participación:

- 1) Los que fueron introducidos al matrimonio, o adquiridos durante él, por título gratuito o por causa aleatoria;
- 2) Los comprados con valores propios de uno de los cónyuges, destinados a ellos en las capitulaciones matrimoniales;
- 3) Aquellos cuya causa o título de adquisición precedió al matrimonio;
- 4) Los muebles o inmuebles, que fueron subrogados a otros propios de alguno de los cónyuges; y
- 5) Los adquiridos durante la separación de hecho de los cónyuges.

Se permite renunciar, en las capitulaciones matrimoniales o en un convenio que deberá hacerse en escritura pública, a las ventajas de la distribución final" (120).

(115) FALZEA, op. cit. supra 3, pág. 90.

(116) SCARDULLA, op. cit. supra 14, pág. 176.

(117) CARBONNIER, op. cit. supra 29, pág. 176.

(118) V. CARBONNIER, op. cit. supra 29, p. 184. COLIN Y CAPITANT, op. cit. supra 6, pág. 503.

(119) COLIN Y CAPITANT, *Ibidem*.

(120) Sobre el tema v. FONSECA, Oscar. Relaciones patrimoniales, entre los cónyuges. Universidad de Costa Rica. 1975, p. 199 y ss.

b) PARENTALES.

Expresa el artículo 56 del Código de Familia:

"Al declarar el divorcio, el Tribunal, tomando en cuenta el interés de los hijos menores y las aptitudes física y moral de los padres determinará a cuál de los cónyuges confía la guarda, crianza y educación de aquéllos. Sin embargo, si ninguno de los progenitores está en capacidad de ejercerlas, los hijos se confiarán a una institución especializada o persona idónea, quienes asumirán las funciones de tutor. El Tribunal adoptará, además, las medidas necesarias concernientes a las relaciones personales entre padres e hijos.

Cualquiera que sea la persona o institución a cuyo cargo queden los hijos, los padres quedan obligados a sufragar los gastos que demanden sus alimentos, conforme al art. 35.

Lo resuelto conforme a las disposiciones de este artículo no constituyen cosa juzgada y el Tribunal podrá modificarlo de acuerdo con la conveniencia de los hijos o por un cambio de circunstancias (121).

Estas ideas se reiteran en el artículo 139 de dicho Código que expresa:

"En caso de divorcio, nulidad de matrimonio o separación judicial, el Tribunal, tomando en cuenta primordialmente el interés de los hijos menores, dispondrá, en sentencia, todo lo relativo a la patria potestad, guarda, crianza y educación de ellos, administración de bienes y adoptará las medidas necesarias concernientes a las relaciones personales entre padres e hijos y los abuelos de éstos. Queda a salvo lo dispuesto para el divorcio y la separación por mutuo consentimiento. Sin embargo, el Tribunal podrá en estos casos improbar o modificar el convenio en beneficio de los hijos.

Lo resuelto conforme a las disposiciones anteriores no constituye cosa juzgada y el Tribunal podrá modificarlo por vía incidental, a solicitud de parte o del Patronato Nacional de la Infancia, de acuerdo con la conveniencia de los hijos o por un cambio de circunstancias (122).

c) ALIMENTARIOS.

Este aspecto se encuentra previsto en el artículo 57 del Código de Familia:

Artículo 57 C. F.: "En la sentencia que declare el divorcio, aunque se origine en una separación judicial, puede el Tribunal conceder al cónyuge declarado inocente, una pensión alimenticia a cargo del culpable.

Esta pensión se regulará conforme a las disposiciones sobre alimentos y se revocará cuando el inocente contraiga nuevas nupcias.

Si no existiere cónyuge culpable, podrá el Tribunal, según las circunstancias, conceder una pensión alimenticia a uno de los cónyuges y a cargo del otro.

La fijación de una pensión alimenticia a cargo del cónyuge culpable ha sido considerada por nuestra jurisprudencia como una sanción. En efecto, se ha dicho: "En atención a que el divorcio rompe el vínculo matrimonial y con ello la obligación alimentaria respectiva, (Código Civil, arts. 86 e inciso 1o. del 162), sólo a título de sanción para el culpable del divorcio, así declarado, el número 88 ibídem concede al juez la facultad —que por serlo impide que su veredicto pueda ser reformado por esta Corte—, de mantener aquella obligación alimentaria, desaparecida la unión conyugal. Regla esa de carácter excepcional y precisa, no puede hacerse extensiva a otras situaciones. La tesis de esa Corte ha sido constante al efecto, en casos similares al presente; véase, entre otras, las sentencias de 14:20 hrs. del 22 de octubre de 1942, pág. 114 de la Colección; 9:25 hrs.

(121) Este principio había sido jurisprudencialmente establecido en reiteradas sentencias de la SALA DE CASACION; v. No. 72 de 15 hrs. 30 m. de 26 de junio de 1953, sem. I. Tomo II, pág. 1529. No. 132 de 15 hrs. 25 m. de 4 de diciembre de 1953, sem. II Tomo II, pág. 875; No. 74 de 14 hrs. 25 m. de 29 de julio de 1955, Tomo I, II sem. pág. 278; No. 85 de 16 hrs. del 10 de octubre de 1956, Tomo I, II sem. pág. 1637; No. 107 de 16 hrs. 30 m. del 11 de diciembre de 1956, Tomo II, II sem. pág. 2065; No. 2 de 14 hrs. 5m. del 8 de enero de 1964, I Tomo, I sem. pág. 15.

Sobre la cosa juzgada en particular v. BUSNELLI, F. D. Considerazioni sul significato e sulla natura della cosa giudicata. Estratto dalla Riv. Trim. di diritto e procedura civile. Fasc. 4, 1961 y BUSNELLI, F. D. op. cit. supra 87, pág. 202 y ss.

En Yugoslavia se establece expresamente que las resoluciones con relación a los hijos pueden ser modificadas en cualquier momento con el cambio de las circunstancias. BRUNELLI, op. cit. supra 24, pág. 324. En Italia, el artículo 9 de la Ley de Divorcio prevé la revisión de las disposiciones relativas a los hijos. SCARDULLA, Francesco. op. cit. supra, pág. 155.

(122) Estas tesis han encontrado aplicación en algunas sentencias del JUZGADO SETIMO CIVIL. V. No. 460 de 1975 y No. 154 de 8 hrs. 15 m. de 23 de marzo de 1976.

del 18 de marzo de 1944, p. 301; 16:15 hrs. del 9 de abril de 1945, p. 210 y de 10:00 hrs. del 21 de noviembre de 1956, p. 1918" (123).

En términos análogos se expresó en otra sentencia que "No obstante que el art. 94 del C. C. dice que los efectos del divorcio y los de la separación (judicial) son los mismos, hace una salvedad que es precisamente donde estriba la diferencia que coloca en terrenos jurídicos enteramente distintos esas dos instituciones del derecho privado. En el divorcio el lazo que une a los cónyuges desaparecen totalmente no quedando entre ellos relación alguna legal. No obstante esa ruptura del vínculo el juez puede, habida cuenta de las circunstancias, dejar obligación al cónyuge culpable de pagar una pensión alimenticia al inocente. Esa obligación se derivaría entonces no del artículo 74 del Cód. Civil porque ya no existe matrimonio sino que le viene como una sanción por haber provocado el divorcio con su conducta antijurídica. Solamente en el caso contemplado por el art. 88 del citado Código Civil sería posible imponer ese gravamen a uno de los ex-cónyuges."

También en el caso en que el divorcio se decreta con base en la causal de separación judicial por un término legal (que antes era de dos años y que ahora es de uno) nuestra jurisprudencia ha considerado que la culpa de la separación proyecta sus efectos sobre esta causal no contenciosa (124) determinando la posibilidad de que sea acordada una pensión alimenticia a favor de aquel que en la misma fue considerado cónyuge inocente (125).

Coherentemente ha sostenido nuestra jurisprudencia que cuando no hay cónyuge culpable no procede realizar condenatoria al pago de alimentos. Así se ha dicho: "...nuestra jurisprudencia ha sido constante en el sentido de que en casos como el presente en que no hay cónyuge culpable, la obligación alimentaria que se origina en el matrimonio cesa con la disolución de éste, como cesan todos los derechos y obligaciones entre los cónyuges que dejan de serlo" (126).

En modo análogo: "Decretado el divorcio sin que exista cónyuge culpable, ningún papel juega el artículo 88 del Código Civil que permite al juez conceder pensión alimenticia al cónyuge inocente. En consecuencia, no debe condenarse a pensión" (127).

Lo mismo ocurre cuando el divorcio se decreta con base en una separación judicial que ha sido concedida con fundamento en la "separación de hecho" (128).

La sentencia que declara el divorcio es apelable y la resolución que resuelve la apelación, es, a su vez, impugnabile en casación (129).

(123) SALA DE CASACION. No. 58 de 16 hrs. 30 m. de 31 de mayo de 1958 S. I. T. II, pág. 390.

(124) Sobre el concepto de causal no contenciosa v. GOMEZ, José Antonio. Las causales de separación judicial según la jurisprudencia. Universidad de Costa Rica, 1974, pág. 20 y ss.

(125) Transcribo a continuación un trozo de una sentencia en este sentido: "En el juicio ordinario de separación de cuerpos incoado por X contra Y, decretaron los Tribunales con lugar esa demanda, habiendo tenido por probado "que el demandado Y, abandonó el hogar, la esposa y el hijo el cinco de junio de mil novecientos cincuenta y dos; y que el demandado no ha cumplido en su totalidad con la obligación de dar alimentos a su hijo y a la actora". En consecuencia se decretó la separación de cuerpos, siendo desde luego cónyuge culpable el señor Y y su esposa doña X cónyuge inocente. Transcurridos los dos años que indica el artículo 82 del Código Civil, pide el marido que se decrete el divorcio, y como él considera que en este nuevo juicio en que se pide el divorcio no hay cónyuge culpable ni cónyuge inocente, y como el divorcio rompe todo vínculo o nexo jurídico entre los esposos, no tiene obligación de dar alimentos a su esposa. Es cierto que uno de los modos que la ley señala para obtener el decreto de divorcio es el hecho de haber transcurrido dos años desde la declaratoria de separación de cuerpos sin que entre los cónyuges, dentro de ese lapso haya habido reconciliación; pero riñe con todo sentido jurídico —sin haber variado las circunstancias— el que un marido que ha sido declarado culpable en juicio contradictorio y cuya sentencia se halla firme, con sólo pedir el divorcio acogiéndose a la disposición del artículo 82 citado, quede relevado de toda responsabilidad no obstante que su esposa fue y sigue siendo porque no se ha demostrado lo contrario, inocente. El origen del juicio de divorcio a que este expediente se refiere es el de separación de cuerpos, que no fue por mutuo consentimiento, sino un litigio en que la esposa comprobó y precisamente por eso obtuvo un fallo a su favor, que su marido era de un modo absoluto cónyuge culpable. Ni el transcurso de dos años ni el camino que abre el artículo 82 del Código Civil son bastantes para borrar lo que ya está declarado por sentencia firme: que el señor Y es cónyuge culpable y en consecuencia, de conformidad con el artículo 88 del Código Civil procede acordar una pensión en favor de la esposa". SALA DE CASACION, No. 83 de 29 de julio de 1958; S. II, T. I, pág. 201.

(126) SALA DE CASACION. No. 13 de 14 y 30 hrs. de 18 de enero de 1968, S. I, T. I, pág. 115.

(127) SALA DE CASACION. No. 97 de 10 hrs. de 21 de noviembre de 1956. S. II, T. II, pág. 1918.

(128) Así por ejemplo se ha dicho: "...el divorcio se concede conforme se demandó, con fundamento en "la separación de hecho de los cónyuges durante dos años consecutivos ocurrida después de dos años de verificado el matrimonio" que es la causal séptima que contiene el artículo 91 del Código citado. Y en estos casos, como lo ha expuesto repetidamente nuestra jurisprudencia no existe parte culpable y por eso, falta motivo para una condena de alimentos". SALA DE CASACION. No. 35 de 10 hrs. de 2 de marzo de 1961. S. I, T. I, pág. 451.

(129) CARBONNIER, op. cit. supra 29, págs. 175, 176.

17. "BIBLIOGRAFIA"

- ARIAS, José. Derecho de Familia. Kraft-ed. Buenos Aires, 1952.
- ARIAS RAMOS. Derecho Romano. Ed. Rev. Der. Priv. Madrid, 1963.
- BRANCA, Giuseppe. Istituzioni di diritto privato, Zanichelli, Bologna, 1973.
- BRUNELLI, Giovanni. Divorzio e nullita di matrimonio negli stati d'Europa. Giuffrè-ed, Milano, 1968.
- BUSNELLI, Francesco. Conferencia dictada el lunes 24 de febrero de 1975, en la Facolta di Giurisprudenza de la Universidad de Genova (inérita).
- BUSNELLI, Francesco D. Considerazioni sul significato e sulla natura della cosa giudicata. Estratto dalla Riv. Trim. di diritto e procedura civile. Fasc-4, 1961.
- CABANELLAS, Guillermo. Repertorio Jurídico. Editorial Heliasta, S. R. L. Buenos Aires, 1974.
- CAPITANT, Henri. Vocabulario Jurídico. Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1973.
- CARBONNIER, Jean. Derecho Civil. Tomo I, Vol. II. Bosch-ed. Barcelona, 1961.
- CARROZZA, Antonio. Scioglimento del matrimonio dello scomparso. Rivista di diritto matrimoniale italiano. N - 2 y 3. 1952.
- CICU, Antonio. Il diritto di famiglia nello Stato Fascista. Scritti minori. Milano, 1965.
- CICU, Antonio. Lo spirito del diritto familiare. Discorso inaugurale letto nell'aula magna dell'Università di Macerata. 23 de noviembre de 1913, Scritti minori, I, Milano, 1965.
- COLIN Y CAPITANT. Curso elemental de Derecho Civil. Tomo Primero. Instituto ed-Reus. Madrid, 1952.
- DAVID Y HAZARD. El Derecho soviético, Tomo II, La ley-ed. Buenos Aires, 1964.
- ESPIN CANOVAS, Diego. Derecho Civil español. Ed. Rev. Der. Priv. 1968.
- FALZEA, Angelo. Eficacia Jurídica. Facultad de Derecho. U. C. R. 1973.
- FERNANDEZ, Luis. El Derecho de Familia en la legislación comparado. UTEHA, México.
- FONSECA, Oscar. Relaciones patrimoniales entre los cónyuges. U. C. R. 1975.
- FORTINO, Marcella. Riflessi del regime della separazione personale sul divorzio. Istituto di diritto privato. Università di Messina. Giuffrè-ed Milano, 1973.
- GALOPPINI, Annamaria. Aspetti e problemi di una nuova legislazione familiare. Riv. democrazia e diritto. Oct-dic. 1969.
- GOMEZ, José Antonio. Las causales de separación según la jurisprudencia, U. C. R., 1974.

GREGNANIN, Antonio. Il matrimonio nella Repubblica socialista federativa sovietica russa nella filosofia e nel diritto. Giuffrè-ed. Milano, 1957.

GUICHARD, Alain. Aux Senat: Reforme du divorce: le texte du gouvernement souvent préfère a celui de l'assemblée. Le Monde, París. Periódico del día 18 de junio de 1975.

LIPARI, Nicolo. Diritto Privato. Una ricerca per l'insegnamento. Laterza, Bari, 1974.

MAZEAUD, MAZEAUD. Lecciones de Derecho Civil. Parte I, Vol. II. E. J. E. A. Buenos Aires, 1959.

MESSINEO, Francesco. Manuale di diritto Civile e commerciale. II, Giuffrè-ed. Milano, 1965.

PEREZ, Víctor. La localización del sujeto. Instituto de Derecho Privado. U. C. R., San José, 1974.

PEREZ, Víctor. La prescripción negativa y la caducidad en el Derecho Civil costarricense. Revista de Ciencias Jurídicas. U. C. R. No. 24, 1974.

PEREZ, Víctor. Orientaciones del Derecho de Familia costarricense. Instituto de Derecho Privado. U. C. R., 1975.

PLANIOL, Marcel. Traité elementaire de Droit et Jurisprudence. Tome I. L. G. D. E., París, 1920.

PORTALIS, en LOCRE. Legislazione civile commerciale e criminale. Napoli, 1840.

RESCIGNO, Pietro. Lezioni su proprietà e famiglia. Ed. Patrón. Bologna, 1971.

RIPERT Y BOULANGER. Tratado de Derecho Civil. Tomo II, Vol. I, La Ley-ed. Buenos Aires, 1963.

ROMANO, Santi. Fragmentos de un diccionario jurídico. Buenos Aires. EJE, 1964.

SCARDULLA, Francesco. La separazione personale dei coniugi. Il Divorzio, Giuffrè-ed. Milano, 1974. 1974.

SOLANO, Jorge. Texto comparativo y explicación de las reformas al Código Civil para crear el Código de Familia de Costa Rica. San José, 1974. (inérito).

SUAREZ, Roberto. Derecho de Familia. Ed. Temis, Bogotá, 1971.

TEDESCHI, Vittorio. Decadenza (dir e proc. civ.). Enciclopedia del diritto, Vol. XI, Giuffrè-ed., Milano, 1962.

TORRENTE, Andrea. Manuale di diritto privato. Giuffrè-ed. Milano, 1968.

VARGAS, Eladio. Notas y Comentarios al Tratado de Las Personas de Brenes, Alberto. Editorial Costa Rica, San José, 1974.