

**AÑO II**

**Nº 5**

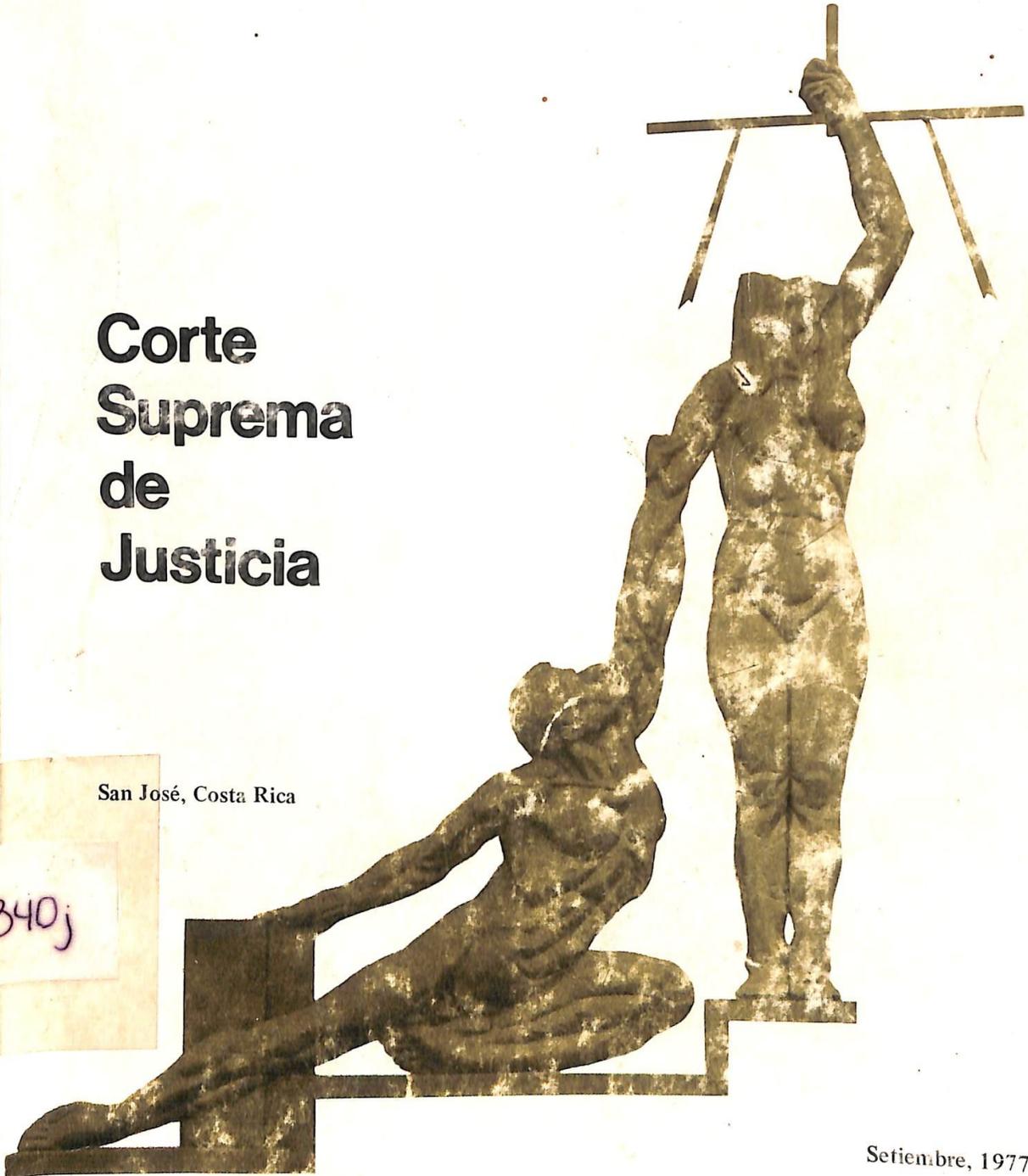
# REVISTA JUDICIAL



## Corte Suprema de Justicia

San José, Costa Rica

R340j



Setiembre, 1977

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

REVISTA JUDICIAL

Año II - No. 5 - Setiembre, 1977

Publicación trimestral  
Director: Dr. Víctor Pérez Vargas



Sede:  
Revista Judicial  
Corte Suprema de Justicia.  
San José, Costa Rica.

Distribución y canje:  
Biblioteca Judicial  
Corte Suprema de Justicia.  
San José, Costa Rica.

# SUMARIO

<b>Presentación</b> .....	<b>5</b>
<b>La noción de lo agrario</b> .....	<b>9</b>
Prof. Antonio Carrozza.	
<b>La Constitución viviente</b> .....	<b>25</b>
Dr. Gonzalo J. Facio.	
<b>Delito de lesiones</b> .....	<b>37</b>
Lic. José Francisco Arguedas Troyo (coordinador)	
Licda. María Luisa Castro de Castillo	
Lic. Juan José Quirós Reyes	
Lic. Gonzalo Castellón Vargas	
Lic. Jesús Ramírez Quirós.	
<b>Nociones sobre la teoría del contrato</b> .....	<b>53</b>
Lic. Mario Ramírez Segura.	
<b>El desarrollo de un sistema jurídico</b> .....	<b>61</b>
Lic. Carlos José Gutiérrez.	
<b>De los títulos-valores y de los títulos cambiarios en general</b> .....	<b>83</b>
Dr. Gastón Certad.	
<b>Derecho Urbanístico</b> .....	<b>91</b>
Dr. Virgilio Calvo M.	
<b>Voluntad y manifestación en el negocio jurídico</b> .....	<b>97</b>
Dr. Víctor Pérez Vargas.	
<b>Reseñas bibliográficas</b> .....	<b>113</b>
Lic. Ricardo Zeledón.	
Dr. Víctor Pérez.	
<b>Información normativa</b> .....	<b>119</b>
Licda. Marcelina Zeledón Castillo.	
<b>Jurisprudencia</b> .....	<b>125</b>
Digesto.	
<b>Fe de erratas</b> .....	<b>322</b>

## PRESENTACION

*Al iniciarse con este número el segundo año de vida de nuestra Revista Judicial es motivo de satisfacción observar el interés que ha despertado fuera de nuestras fronteras. Hemos recibido múltiples solicitudes de América Latina, los Estados Unidos y Europa y algunos juristas de fama mundial han ya ofrecido su contribución científica. El profesor Antonio Carrozza, de la Universidad de Pisa, nos ha enviado para su publicación la ponencia presentada a las Primeras Jornadas italo-españolas de Derecho Agrario. Se trata de un estudio de importancia central en el Derecho Agrario; su tema: "la agrariedad", vista como instrumento de sistematización de esta rama jurídica, con la utilización de una metodología inductiva que tiene su punto de partida en los concretos institutos y ofrece ventajas en la función de "presentación" propia de la ciencia jurídica. Se orienta la investigación en función de la definición del contenido típico de la actividad y de la definición de su objeto, detectándose, al mismo tiempo, la problemática implícita. Se propone finalmente un criterio biológico: "considerada en su íntima esencia, la actividad productiva agrícola consiste en el desarrollo de un ciclo biológico, vegetal o animal, ligado directa o indirectamente al disfrute de las fuerzas y de los recursos naturales y que se resuelve económicamente en la obtención de frutos, vegetales o animales, destinables al consumo directo, bien tales cuales, o bien previa una o múltiples transformaciones". De especial interés son las conclusiones derivadas de la utilización de este criterio.*

*El Dr. Gonzalo Facio, Ministro de Relaciones Exteriores, con motivo del Bicentenario de la Independencia de los Estados Unidos realizó un estudio sobre la Constitución de ese país. Se destaca, entre otros aspectos, que la Constitución de los Estados Unidos es la primera constitución escrita en la historia y que ella ha influido enormemente sobre las constituciones posteriores. Realiza en este trabajo el Dr. Facio una clara síntesis de su proceso de formación destacando que una de las razones de su excepcional longevidad se encuentra en el hecho de que es un modelo de brevedad. Se concluye el estudio con el problema de la revisión judicial considerada como un poder implícito, ilustrándose la temática con algunos casos notorios en la vida norteamericana.*

*Dentro de los trabajos presentados al Primer Seminario de Derecho Penal, celebrado en la Corte Suprema de Justicia en noviembre de 1976, presentamos el estudio que sobre el delito de*

lesiones realizaron los licenciados José Francisco Arguedas Troyo (Coordinador), María Luisa Castro de Castillo, Juan José Quirós Reyes, Gonzalo Castellón Vargas y Jesús Ramírez Quirós. Se trata de un trabajo de gran valor para la comprensión de esta figura. Dentro de las conclusiones ofrecidas por los autores encontramos la necesidad de establecer la preterintencionalidad en las lesiones graves y gravísimas como factor de atenuación, la necesidad de reformar el artículo 128 del Código Penal en el sentido de eliminar la generalidad de la previsión y establecer penas concretas para cada uno de los casos y la necesidad de variar el término "marca indeleble en el rostro" para evitar erróneas interpretaciones.

El Señor Juez Cuarto Civil de San José, profesor del curso de Contratos en la Universidad de Costa Rica, licenciado Mario Ramírez Segura colabora en este número con un interesante estudio teórico-general sobre las categorías contractuales. Partiendo de la teoría de las fuentes de las obligaciones y con fundamento en la clasificación de los hechos en función de la voluntad (se ha observado que la concepción dominante todavía entre los privatistas se funda sobre la figura central del negocio y procede por sucesivas negaciones pasando por el acto jurídico y concluyendo con el hecho -Falza-) se destaca que la teoría del negocio jurídico cubre la teoría del contrato "que viene a regularse en sus aspectos principales por las normas genéricas de la primera en cuanto le sean singularmente aplicables".

"El desarrollo de un sistema jurídico" es el resultado parcial de la investigación realizada por el licenciado Carlos José Gutiérrez dentro del programa de Derecho y Desarrollo de la Universidad de Stanford, bajo la dirección del Dr. Merryman. El profesor Gutiérrez describe en su estudio la evolución de nuestro sistema en tres planos diferentes: "a) el proceso constitucional, b) la formulación de códigos y leyes y c) la regulación de las actividades económicas", este último escogido como momento más indicativo de la correlación entre cambio social y lo jurídico. Se pone énfasis en la mutabilidad de lo jurídico en función del cambio social y se destaca la influencia tanto de los factores ideológicos en el proceso genético, como de los factores subjetivos que inciden en el momento de aplicación. Insiste el autor en la importancia de que las instituciones jurídicas sean usadas en su contexto básico, así como en la necesidad de examinar la funcionalidad del sistema.

Iniciamos en el presente número la publicación de una serie de trabajos realizados por el Dr. Gastón Certad en materia de títulos valores y títulos cambiarios. El capítulo que hoy ofrecemos es de carácter general y tiende a determinar la función económica de los títulos citados: ella se encuentra en facilitar la circulación de los derechos de crédito dando al mismo tiempo seguridad a las correspondientes transacciones. El estudio del profesor Certad incluye la conceptualización teórica de los títulos valores, su carácter formal, la incorporación, la legitimación, la literalidad, la abstracción, la autonomía y circulación. Finalmente se presenta la clasificación de los títulos en consideración al régimen jurídico de su circulación y se establecen las características de los títulos cambiarios y los sujetos que participan en este tipo de relaciones.

En materia de Derecho Urbanístico el Dr. Virgilio Calvo M. contribuye con un cuadro de las instituciones básicas de esta rama, tales como "zonificación", "plan urbanístico", "propiedad edilicia", "licencia de construcción", y otros conceptos fundamentales. Altamente encomiable es la precisa y sencilla sincreticidad de las definiciones propuestas.

*Presentamos también un estudio sobre la significación sustancial del elemento volitivo en la teoría del negocio jurídico en relación al elemento objetivo o formal.*

*El licenciado Ricardo Zeledón, actualmente becario en Italia, nos ha enviado la reseña bibliográfica de dos obras de reciente publicación. A él nuestro agradecimiento.*

*Una vez más presentamos los trabajos de sistematización legislativa y jurisprudencial a cargo de la licenciada Marcelina Zeledón y del Departamento de Digesto, respectivamente.*

*Agosto 1977.*

*Víctor Pérez Vargas.*

\*\*\*\*\*



## LA NOCIÓN DE LO AGRARIO (AGRARIETA). FUNDAMENTO Y EXTENSION

ANTONIO CARROZZA(\*), Catedrático de Derecho Agrario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Pisa.

### I

1. El tema indicado por el título reviste, para la teoría general del derecho agrario —como salta a la vista— una importancia capital. La construcción del significado de agrariedad (de lo agrario) no puede por menos de constituir el problema número uno del derecho agrario; ella tendrá que conducirnos hacia un concepto que nos indique el origen de la especialidad de este derecho, más intuitiva que demostrada o, mejor demostrada en los efectos —ciertas normas, ciertas instituciones peculiares— más que en la causa. Si luego resultase un concepto utilizable en el Derecho positivo, de forma que se pudieran obtener directamente conclusiones sobre la extensión del derecho agrario, se beneficiaría de ello también la delimitación de las diversas materias que forman el sistema de actividades económicas, o derecho de la economía.

Sabido es que los estudiosos del derecho mercantil no parecen estar aún en condiciones de manifestar positivamente una noción de mercantilidad y acuden, habitualmente, a un método de exclusión, que consiste en afirmar que el comercio empieza donde termina la agricultura (1). Pero este procedimiento puede servir al fin de determinar lo mercantil, cuando la noción de agrariedad es fácilmente asequible, al venir implícita o axiomáticamente dada. En el estado actual de la agricultura, las cosas se juzgan de

(\*) El presente artículo corresponde a la ponencia presentada por el autor en las I Jornadas italo-españolas de Derecho Agrario, celebradas en Salamanca y Valladolid en noviembre de 1972, que aparece en 1976 traducida y publicada en el libro con ese nombre de las Universidades de Salamanca y Valladolid.

(1) Cfr. G. Oppo, *Note preliminari sulla commercialità dell'impresa*, en "Riv. dir. civ.", 1967, I, págs. 561 y ss., que somete a severa revisión la tesis dominante, según la cual la individualización de la actividad y de la empresa mercantil debería efectuarse con un criterio negativo, a saber, a través de la exclusión del carácter agrario. Manifiesta el autor que esta tesis ha tenido un éxito inversamente proporcional a su aceptabilidad, puesto que es evidente su contraposición, textual y sistemática con la ley. Ahora, es oportuno añadir que, dejando aparte la fundamentación de la misma, la tesis criticada da por descontado que puede lograrse sin dificultades la individualización de las actividades de carácter agrario. El contenido de la presente ponencia tiende a demostrar lo contrario. . . . Constituye una variante de la tesis apuntada, la opinión según la cual la noción de empresa mercantil se obtiene restando de la noción general de empresa, no sólo la empresa agraria, sino también la artesanal (en este sentido F. Ferrara, jr., *Sulla nozione di imprenditore nel nuovo codice civile*, en "Riv. dir. comm.", 1944, I, págs. 47 y ss.; Id.,

manera diferente, porque hoy —como se ha puesto incisivamente de relieve— (2) “*la agricultura presenta... caracteres de complejidad y desorganización. Es arduo fijar sus límites; ningún texto normativo formula una definición, válida con carácter general; no es fácil extraer de la masa legislativa que la regula un llano y completo concepto*”. Lo cual parece anunciar una sequía precisamente en las fuentes de la especialidad del derecho agrario, si es cierto que “*la agricultura conserva muy pocas cosas que como actividad humana le sean propias*” (3).

El jurista tampoco tiene la posibilidad de acudir “*a datos normativos presumiblemente reveladores, integrados por el resto de la realidad legislativa con aportaciones de naturaleza lógica*” (4): en efecto, como el desarrollo de la presente comunicación espero podrá aclarar, los datos normativos que encontramos en las disposiciones, o son insuficientes para construir una imagen de la agricultura en su esencia jurídicamente relevante o bien reflejan una agricultura que pertenece claramente al pasado, resultando así, por ambos lados, inadecuados (incluso con las integraciones lógicas antes indicadas). Hay que concluir recurriendo a una noción extrajurídica del fenómeno agrario (5), pues el juspositivismo que los juristas frecuentemente reprueban, pero generalmente practican considera “*inconveniente, para los cultivadores de una materia, buscar sus bases fuera de la misma*” (6).

2. Luego de esta premisa general, tenemos que examinar los aspectos más relevantes que nuestro argumento presenta, sin excluir ciertos recovecos de carácter muy particularmente didácticos: aspectos y recovecos que, en este trabajo de investigación, yo he construido estrechamente asociados.

A) Por cuanto concierne al perfil sistemático de los caracteres conviene ante todo precisar la función que a la noción de lo agrario viene asignada en el campo del derecho agrario: ella deberá constituir el instrumento para una racional agrupación de las normas del mismo, o mejor de los institutos de los cuales la norma es parte, para poder comprobar que tales institutos efectivamente entran dentro de la competencia del derecho agrario y son homogéneos a la vista de la formación de un verdadero y propio “sistema”.

Con la caracterización de similar instrumento —y solamente con ella, diré— puede perfeccionarse el planteamiento de la construcción del sistema. Es indiscutible que, juntamente con la determinación de las estructuras del derecho agrario en sus diversas manifestaciones periféricas, se advierte la necesidad de un elemento aglutinante que asegure la conexión de los institutos entre sí y el paso desde estos, considerados individualmente hacia una organización científica de grado superior, representada por el sistema u organización del derecho.

Se trata, en otros términos de localizar entre los varios institutos aquel mínimo común denominador (de lo agrario, precisamente) que automáticamente les reconduce al derecho agrario, sacándoles de la competencia de otras organizaciones o ramas del derecho. El atributo antedicho de agrariedad que a menudo acompaña a tales institutos (de la propiedad *agraria* a la empresa *agraria*, del contrato *agrario* al crédito *agrario*) vale para diferenciarlos nominalmente, y no por su distinta naturaleza, de los institutos similares; confiándose a indicios muy vagos y aproximativos de la materia que hay que considerar agraria,

---

*Imprenditori e società*. Milano, 1962, págs. 48 y ss.). También el que acepta esta variante no tiene que preocuparse en demostrar el fundamento de lo agrario. El propio Galgano (*L'imprenditore*. Bologna, 1970), que no está de acuerdo con tal planteamiento, estimando que las actividades que hay que considerar mercantiles, están señaladas en forma positiva en el sistema del Código Civil de 1942 (p. 37), parece sin embargo, que quiere obtener elementos de juicio con el fin de identificar las actividades mercantiles del párrafo 2 del art. 2135 Código Civil italiano, cuya función se encuentra, para este autor, en la finalidad de sustraer a la normativa de las empresas mercantiles aquellas actividades de transformación de los productos agrícolas que, normalmente, se desarrollan por el agricultor (p. 40).

(2) V.E. Casetta, *Agricoltura e foreste*, en “*Studi preliminari sulle leggi cornice per le Regioni*” (cuaderno No. 6 del “Istituto per la scienza dell'amministrazione pubblica”), Milano, 1968, p. 231.

(3) J.L. de los Mozos, *Estudios de Derecho Agrario*, Madrid, 1972, p. 32.

(4) Como querría Casetta, loc. cit.

(5) N. Irti, se ha manifestado contrario, en una recensión (muy aguda y constructiva) a mi primer volumen sobre *Gli istituti del diritto agrario* (V. “*Riv. trim. dir. e proc. civ.*”, 1963, I, págs. 1160 y ss.). Según este autor no sería necesario, e incluso sería erróneo, adoptar una definición extrajurídica de agricultura, puesto que ésta ha logrado una disciplina legislativa propia, que permite decir que “la agricultura coincide y se identifica con la empresa agraria”. Está claro que Irti tiene presente un sistema del derecho agrario que, como él mismo escribe, “encuentra su esqueleto en el Código”. Pero es, precisamente esta afirmación la que me deja perplejo, siendo claro que el derecho agrario, en gran parte, ha nacido del Código y que la figura de empresa agraria que el Código dibuja no se adapta a algunos supuestos sustancialmente agrarios.

(6) V.T. Rava, *Il sistema del diritto civile di fronte alla azienda*, en “*Riv. dir. comm.*”, 1970, I, p. 1.

como la referencia a la labranza del suelo o a la presencia del factor "tierra", de los que más adelante trataremos.

Y he aquí, que en este momento, vuelve a presentarse la cuestión metodológica, porque surge espontánea la pregunta de si el procedimiento descrito y sustentado puede conciliarse con la afirmación de la necesidad del estudio del derecho agrario por institutos. Yo no veo, en realidad, contradicción alguna. Sigo convencido que solamente estudiando el derecho agrario, instituto por instituto será posible llegar, antes o después a suministrar la prueba de que el derecho agrario existe como derecho especial, y a descifrar, las coordenadas por la medida de sus dimensiones (7). Es decir, que es preciso "*caminar de lo particular a lo general, del fragmento al todo orgánico*" (8), construyendo el sistema del derecho agrario a través del análisis de sus institutos. Sin embargo, también es verdad, que un concepto fundamental del derecho agrario, o mejor del objeto de éste (o sea, la agricultura), será preciso fijarlo a fin de que se ofrezca al estudioso del derecho agrario la posibilidad de proceder, al menos, a una primera identificación de los institutos sobre los cuales fijar la atención (9). No diré que esto comporte inevitablemente el peligro de desarrollar nuestra construcción del derecho agrario en base —y en torno— a una idea preconcebida que, como tal puede parecer engañosa (10). Admito que la elaboración del derecho agrario puede venir perfectamente desde abajo más que desde arriba, a través de la consideración de los singulares y concretos institutos, mejor que de arriba a abajo, partiendo de conceptos apriorísticos de dudosa científicidad (11), de cualquier modo viciados de conceptualismo, como son quizá aquellos que se refieren a los principios generales propios y exclusivos del derecho agrario. Pero el verdadero peligro me parece otro: dejar que surja o se consolide un concepto de lo agrario racionalmente impecable pero falso en relación con la lógica jurídica, propia de aquel ordenamiento histórico dado a la agricultura, o dicho de otra manera, el peligro de superar inadvertidamente, por amor a los principios, la distancia que separa al derecho agrario positivo del derecho agrario natural o ideal.

B) Entendida del modo anteriormente expuesto, "el único legítimo", la noción de lo agrario aparece importante también para la didáctica del derecho agrario, si queremos salir de la ambigua praxis de comenzar a tratar este derecho equiparándolo, sin crítica alguna, al derecho de la agricultura; una manera de "presentar" la materia objeto de nuestros estudios que no penetra o esclarece las dudas sobre la real amplitud de la materia y sobre su delimitación en relación a las otras materias. De hecho la referencia a la agricultura se presta a servir de soporte descriptivo del ordenamiento jurídico correspondiente si, y hasta donde, es posible transferir en el contenido de la definición de agricultura una generalización fundada sobre específicos tipos históricos de vida rural, apreciables como *sistema social* con vida propia; pero empieza a mostrar síntomas de inadecuación cuando aparece la tendencia de la sociedad llamada rural a acercarse a la sociedad de tipo urbano hasta confundirse con ella, cuando la misma sociología rural, por efectos de parecida evolución tiende a convertirse en una sociología de la profesión agrícola, y de todos modos denuncia haber perdido el objeto de estudio que en su origen (es decir en los primeros años del 900) le había sido señalado (12).

En líneas generales, la "presentación" de la materia regulada por el derecho agrario y estudiada por la correspondiente ciencia, puede ser planteada según dos directrices: la que lleva rápidamente a la definición del derecho agrario, con fórmula sintética; la que describe la posición ocupada por el derecho agrario en el cuadro de la división de las ramas del derecho. La diversidad de procedimiento, sin embargo, es más

(7) En este sentido, últimamente, mi comunicación en la "Tavola rotonda sul diritto agrario italo-sovietico", en Florencia (8-10 mayo 1972), con el título: *Problemi di teoria generale del diritto agrario*. De acuerdo también A. Luna Serrano, *Las mejoras fundiarias rústicas*, en "Temis", 1965, p. 61, y en otros lugares. Importantes indicaciones se encuentran en la doctrina menos reciente italiana; en E. Bassanelli, *Corso di diritto agrario*, Milano, 1946, p. 21.

(8) La expresión es de Irti, loc. cit.

(9) Así, precisamente, Irti, loc. cit. Establecido esto, tendría que disiparse cualquier resto de los temores que Irti tenía, sobre la posibilidad y eficacia de caracterizar el Derecho agrario, a través del análisis de sus instituciones jurídico-positivas e, implícitamente, sobre la compatibilidad de tal método con el sugerido por él (En cualquier caso, no haría de ello una cuestión de preferencia en el uso de uno u otro método; el que podríamos llamar deductivo y el inductivo).

(10) Formula la objeción Luna Serrano, loc. cit.

(11) Cfr. Luna Serrano, loc. cit.

(12) En esta materia cfr., recientemente, F. Martinelli, *Problemi di sistemazione di una sociologia speciale. La sociologia urbana e rurale*, en "Riv. di sociol.", 1970, No. 3, págs. 75 y ss.

aparente que real. Efectivamente, lo que suministra el material para cualquier definición sintética del derecho agrario es presumiblemente también apto para expresar la medida necesaria para conseguir la determinación del área de incidencia del derecho definido como agrario. Obviamente se alude a una determinación para valer a larga distancia porque la línea que marca exactamente el punto en que comienza el campo del derecho mercantil o del derecho del trabajo, etc., y cesa el dominio del derecho agrario, está expuesta a las continuas fluctuaciones de un acontecer legislativo tortuoso y rebosante de contradicciones. Ante todo sabemos que periódicamente se abren en estos confines numerosos cortes que dejan penetrar principios y elementos normativos no originarios del derecho agrario (13). El objetivo de nuestra investigación se limita al *proprium* de la materia; a lo que consentirá clasificar como típicamente agrarias ciertas relaciones, en virtud de una permanente dirección; en último análisis, a aquel concepto general de agricultura que la normativa del derecho agrario presupone e indefectiblemente sobreentiende, siempre y en cada una de sus partes (14).

Una vez que se haya verdaderamente identificado este concepto de agricultura estaría ya preconstituida, en su núcleo esencial, la definición del derecho agrario como rama autónoma del derecho. Merece incluso ser puesto de relieve a tal fin, que el juicio de insuficiencia que las definiciones corrientes llevan implícito, parece que deba conectarse en la mayor parte de los casos al hecho de que estas traicionan la indeterminación del criterio destinado a establecer el fundamento y extensión de lo agrario, y en último análisis, tratándose de definiciones doctrinales, a suplir la falta que se advierte en la ley de una idea pensada y elaborada de agricultura.

3. ¿Pero en qué dirección se dirige la investigación de la tipicidad que andamos buscando? En hipótesis, el examen podía recaer sobre los sujetos de las relaciones agrarias; o bien sobre una categoría supuestamente unitaria de bienes agrarios, punto de referencia objetivo de aquellas relaciones; o bien sobre una categoría de actos y por tanto un tipo de actividad dotado de características intrínsecas (15).

Una eventual referencia a los sujetos (agricultores, productores, empresarios) parece descartarse, a causa de la dificultad de cualificar a estos sujetos más que en base al tipo de actividad desarrollada y al modo (profesional) de su desarrollo, que también se refiere a la actividad. Igualmente hay que descartar la referencia al acto, porque en el actual estadio de desarrollo del derecho de la economía no tendría sentido aislar un acto de agricultura en antítesis a un acto de comercio o de otra naturaleza (16), siendo

- (13) Como demuestra la experiencia (y aquí sin embargo tenemos que renunciar a la ejemplificación) la importación por el derecho agrario de principios y elementos extraños —provenientes, según los momentos y las situaciones bien del derecho civil, bien del mercantil, bien (últimamente y con especial intensidad) del derecho del trabajo— no supone un estado de sujeción del derecho agrario con respecto a los derechos de los que resulta tributario, es decir, no va en detrimento de su autonomía como tampoco implica una alteración irreversible de las características intrínsecas de la materia. Esto es tan cierto que a veces asistimos, no sólo a una reelaboración de los elementos extraños para hacerlos compatibles con lo agrario, sino incluso a un rechazo de todo lo que no puede ser asimilado y adaptado.
- (14) Algunos desarrollos de la legislación especial agraria podrían hacernos pensar lo contrario. Por ejemplo, el intérprete italiano que actúa en el sector del crédito agrario se encuentra con la necesidad de determinar: 1) Si en cada norma legal sobre crédito agrario, la noción de agricultura, y por tanto de empresa agraria (y sobre todo de empresario como sujeto de una relación de crédito), corresponde con la enunciada por el Código Civil, o si tiene una extensión más amplia o más restringida. 2) Si tal noción, reconstruida según el dictado de la ley de 5 de julio 1928, No. 1760 (ley fundamental en este campo), se corresponde con las indicadas por las posteriores leyes especiales, muchas de las cuales parece que añaden o quitan algo. Sobre esto cfr. Sotgiu, *Il concetto de "agricoltura" nella legge 5 luglio 1928, No. 1760*, en "Banca e cred. agr.", 1952, p. 187; y en general G.P. Cigarini, *La figura giuridica dell'imprenditore agricolo nella legislazione sul credito agrario*, Milano, 1971. Es claro que, incluso dentro del derecho agrario, la noción de agricultura no puede eludir un proceso de diferenciación y de articulación que, a veces, es requerido por la naturaleza de las cosas. Sin embargo el intérprete consciente de las exigencias del sistema tendrá que asumir una actitud bastante cauta frente a la eventualidad de admitir un tratamiento anómalo, que es a menudo resultado de una técnica legislativa mala, y exclusivamente de esto.
- (15) Como otra posibilidad, la que ha dibujado Longo respecto a las "situaciones jurídicas", que se distinguirían según se presenten como "perfectamente agrarias" o como "imperfectamente agrarias". Dentro de las primeras se incluirían las situaciones que se refieren a una noción propia de agricultura, centrada sobre el concepto de empresa, es decir que se refieren a las actividades enumeradas como agrícolas por el art. 2135 del Código Civil italiano. Dentro de las segundas habría que reunir las situaciones que se refieren a una noción impropia o extensiva de agricultura: que forman tres grupos ("En el primer grupo incluimos la situación del titular del derecho real eminente sobre el fundo rústico; en el segundo, por el contrario, incluimos las situaciones de los titulares de los diferentes derechos reales limitados de disfrute del propio fundo rústico; y en el tercero y último, incluimos las situaciones jurídicas de aquellos que sólo son titulares de un derecho de carácter meramente obligacional —y no necesariamente empresarial— para el goce del fundo": Longo, *Profili di dir. agr. it.*, Torino, 1951, págs. 34 y ss.). Aparte de la sugestiva nomenclatura, el criterio parece plausible para el limitado fin, confesadamente didáctico, de incluir dentro de la disciplina sólo las instituciones verdaderamente peculiares del sector agrario (el tratamiento de Longo se ha detenido, sin embargo, en la empresa) y no aquellas otras (Longo, en realidad habla solo del fundo) que por una u otra causa, más o menos directamente, interesan a la agricultura.
- (16) Esto es válido especialmente en Derecho italiano. Sobre la noción de "actividad" como conjunto de actos unificados o coordinados en el plano funcional de la unidad de fin, cfr. G. Auletta, voz *Attività (dir. priv.)*, en "Encicl. del diritto", vol. III, 1958, págs. 981 y ss.

únicamente admisible la referencia a la naturaleza de la actividad ejercida por el agricultor o bien, alternativamente, la referencia a la naturaleza de los bienes a los que se aplica la actividad o de la que son resultado.

En suma la indagación se orienta, por un lado:

a) Hacia la definición del *contenido* típico de la actividad definible como ejercicio de la agricultura en sentido amplio y, por otro,

b) Hacia la definición del objeto de la actividad misma, es decir, el bien implicado en la actividad.

Como veremos, siendo la actividad de la que hablamos una actividad de *producción* (dicho de otra manera *industrial*), el bien al que aludimos se presenta predominantemente como el resultado de la producción, es decir como producto.

4. Naturalmente la doctrina agrarista en Italia y fuera de ella se ha ocupado tanto de la primera como de la segunda definición; pero con relación a la primera bajo el peculiar ángulo de la empresa, por lo que el problema del contenido de la actividad ha sido contemplado sobre todo como problema del contenido *no comercial* de la empresa agraria: lo que explica que, al menos en Italia, la literatura mercantilista se haya ocupado de ello con mayor extensión y, a veces, con mayor agudeza (17) de como lo hacen los manuales, tratados y cursos generales de derecho agrario.

Otro orden de sugerencias, que prescinden del punto de vista de la empresa, llega desde el campo del derecho constitucional y administrativo, en el que se ha comenzado a discutir con inusitada viveza el significado de la expresión "*agricoltura e foreste*" tomada del art. 117 de la Constitución italiana, como presupuesto para resolver la cuestión interpretativa de la competencia legislativa y administrativa encomendada a la región por la Carta Constitucional y por las recientes disposiciones de actuación (18). Desde este particular punto de vista se ha podido comprobar que existen otras formas de acercarse al problema de lo agrario, sin tener que hacer de ello forzosamente una cuestión de hermenéutica conectada con el texto del art. 2135 del Código Civil italiano (19), frente al cual, por otra parte, bajo una apariencia de concordia fundamental, doctrina y jurisprudencia están sustancialmente divididas, de la misma forma en que están divididas la aplicación de la noción de empresa agrícola que se deduce de este texto.

De lo dicho hasta ahora se desprende una primera indicación para quien quiera profundizar, sin caer en lugares comunes, en el contenido de la actividad agraria: la imagen de la empresa no es absorbente, puede incluso ser engañosa, sobre todo tal como está desarrollada por el artículo 2135 del Código Civil italiano (pero esto lo veremos más adelante).

En cuanto a la consideración de los bienes como posible elemento tipificador del sector agricultura hay que recordar que la doctrina ha estado predominantemente atraída por la peculiaridad de los bienes instrumentales empleados para la producción agrícola, y en particular por la peculiaridad del bien "tierra" considerado durante mucho tiempo factor esencial y típico de esta especie de actividad económica. Tal posición, como es sabido, ha sido acogida en el libro de la empresa del Código Civil italiano de 1942, que ha hecho de la existencia del "fundo" condición inderogable para que la empresa —actividad— pueda, directa o indirectamente, recibir la cualificación de agraria; no sólo a los efectos del cultivo del suelo o del bosque, sino también a los efectos de la cría de animales.

En el espíritu del art. 2135 del C.C. italiano, la cría de ganado aparece como actividad conexas y también como actividad agrícola por sí misma, es decir, desvinculada del *cultivo del fundo*; pero no como

(17) Me refiero sobre todo a la reciente obra de Galgano ya citada (V. especialmente el 2do. cap., *Imprenditore commerciale e imprenditore agrario*, págs. 34 y ss.).

(18) En este punto, nos podemos remitir, a las lecciones del V Seminario del "Istituto di diritto agrario intern. e comp." (Firenze, mayo, 1970), publicadas en "Riv. dir. agr.", 1971, I, págs. 735 a 850.

(19) Es interesante advertir que la doctrina juspublicista ha creído experimentar varias aproximaciones al problema que ha suscitado las mayores controversias, respecto a la competencia de las Regiones con estatuto ordinario, es decir la delimitación de la materia indicada en el art. 117 de la Constitución italiana de 1948 bajo la expresión "agricultura y montes". Ahora bien, no siempre, en este terreno, los escritores han partido de la consideración del artículo 2135 del Código Civil; incluso se ha manifestado que "indudablemente la referencia a esta norma es útil (para una primera orientación), pero no decisivo ciertamente; y en verdad, aun queriendo afirmar que la materia agraria se agota del todo en las actividades descritas en el art. 2135 del Código Civil, quedaría aún por establecer la medida concreta de la intervención regional respecto de tales actividades consideradas singularmente y si tal medida hay que buscarla haciendo referencia al objeto o a la finalidad" (E. Chelli, *Agricoltura e regioni: premesse costituzionali*, en "Riv. dir. agr.", 1971, I, págs. 742-743).

actividad desvinculada *del fundo* (20). Ahora bien, muchas clases de cría de animales resultan hoy realmente desconectadas de cualquier actividad de cultivo, y desconectadas totalmente del fundo, de modo que no hay día en que su naturaleza jurídica deje de ponerse en duda: ¿Deben incluirse aún entre las actividades agrícolas o hay que resignarse a su comercialidad?

5. A los fines de nuestro tema no interesa tanto saber si la respuesta a esta pregunta, sea negativa o afirmativa, cuanto la individualización de los elementos de los que se pueda deducir una respuesta satisfactoria, cualesquiera que sean. Y es en este punto cuando se advierte toda la importancia de tener dispuestos argumentos no deducibles únicamente de criterios de la subsistencia o falta de ella, de una relación de la actividad discutida con el fundo; con otras palabras, la importancia de poder contar con poseer un criterio intrínseco a la actividad misma de cría de animales y de vegetales, o a las cosas cuyo objeto son.

La falta (o su creencia) de disposición de criterios de este último género ha impedido hasta ahora la cualificación segura, en sentido agrario, o no, de las actividades discutidas. Por ejemplo, incierta del todo, si no arbitraria, tal como se argumenta, aparece la colocación de la agricultura entre las actividades agrícolas o viceversa entre las mercantiles (21). Igualmente discutible, y perenne manzana de discordia para nuestros jueces, es la afirmación de la naturaleza agrícola o no de aquellas crianzas de animales que no pueden reconducirse a la categoría clásica de los animales de trabajo, de carne, de leche, de lana (el llamado "ganado").

Un test de gran actualidad, en el borde de esta problemática, hace referencia a la calificación de la empresa de cría de caballos de carreras. No obstante la general tendencia a ampliar los límites de la materia "agricultura e foreste" la jurisprudencia italiana se muestra remisa a la inclusión de este tipo de crianza entre las empresas agrarias. La negación hoy es absoluta unas veces (la crianza hípica sería siempre extraña al contenido típico de la empresa agraria) otras relativa (la crianza hípica puede incluirse en ese contenido pero sólo cuando concurren condiciones específicas). Tales condiciones se compendian en la presencia de un carácter de regularidad en la práctica de la crianza (22), o de un carácter de accesoriad de la crianza respecto a la actividad primaria de cultivo (23), en el sentido de destino inmediato y directo de los productos del suelo (24). Pero la fundamentación de esta tesis no está cumplidamente demostrada; entre otras cosas es posible objetar que recurrir al criterio de la regularidad tiene una justificación legal, formal sólo en relación al juicio de conexión con la actividad primaria de cultivo, de una actividad secundaria de transformación o enajenación de los productos agrícolas: ver art. 2135, párr. 2. Igualmente infundado por la sistemática trazada en el Código Civil italiano, debe ser considerada la referencia al criterio de accesoriad, en cuanto que el art. 2135, párr. 1, permite entender que la crianza de animales puede sumarse a una actividad agrícola primaria per se, pero puede también constituir una actividad agrícola autónoma.

Pasando de la casuística de las crianzas de animales a la de cultivos de vegetales el problema de adscripción, en principio irrelevante, dada la presencia considerada decisiva del fundo (es agrícola toda actividad que de un modo u otro se adscribe al fundo), aparece en términos análogos. Y las soluciones fundadas en los cánones tradicionales dejan igualmente de desear. Para ciertas formas de producción de vegetales es evidente la evolución hacia una progresiva liberación del ciclo productivo del factor "tierra",

(20) Acerca de este punto véanse las aclaraciones de Bione, *Allevamento del bestiame, fondo, impresa agrícola*, en "Riv. dir. civ.", 1968, I, págs. 548 y ss., con el que está de acuerdo Galgano, op. cit., p. 50.

(21) Mayor peso tienen los argumentos en favor de la inclusión de la agricultura dentro del *genus* actividad agrícola V. especialmente el meritorio y completo trabajo de E. Romagnoli, *L'avicoltura come attività "essenzialmente agricola"*, en "Scritti in memoria di A. Giuffrè", vol. III, 1967, págs. 765 y ss. En contra G. Giannattasio, *Natura agraria o industriale dell'avicoltura?*, en "Riv. dir. agr.", 1972, I, p. 373.

(22) Cfr. Casas, 20 mayo 1969, No. 1755, en "Riv. dir. agr.", 1971, II, p. 43.

(23) Cfr. Casas, 4 marzo 1959, No. 622, en "Giur. it.", 1959, I, p. 962. Cfr. también Trib. Roma 29 mayo 1971, en "Riv. dir. agr.", 1972, II p. 64, con esta máxima: "La actividad de crianza y de reproducción de caballos de carreras tiene, por regla general, carácter industrial, y sólo puede considerarse agraria, si es accesoria, en sentido cualitativo y económico, respecto de la principal actividad de cultivo". En esencia el Tribunal se manifiesta convencido de que la actividad de que se trata, no tiene ninguna relación con la agricultura, pero no aporta argumentos para basar su afirmación.

(24) Así, en el supuesto decidido por el Tribunal de Roma, arriba citado, en el que los productos del fundo eran destinados íntegramente a la alimentación de los caballos (pero la circunstancia fue considerada irrelevante).

lo que basta para dar forma a la existencia y difusión de *otra* agricultura, al lado de la tradicionalmente conocida ¿pero esta nueva agricultura puede llamarse tal?

En rigor, aplicando la norma expresada por el art. 2135 del C.C. es decir, comprobando la falta de nexo entre el fundo y el ejercicio de la empresa agrícola —asumido por el Código como índice de la naturaleza esencialmente agraria de la actividad a cualificar—, se debería excluir su carácter agrario, con todas las implicaciones del tratamiento jurídico en las distintas direcciones, y por tanto con todas las consecuencias de carácter práctico que de ello derivan. Y a aquella norma, precisamente, permanece tendencialmente fiel la jurisprudencia, sin preocuparse demasiado de advertir que aquella conserva toda su autoridad y credibilidad mientras el intérprete se halla frente al modo habitual de hacer y concebir la agricultura, y la pierde, por el contrario, cuando las circunstancias cambian; hoy las desviaciones de las modalidades productivas más tradicionales para ciertos productos no son la excepción, sino la regla (25), y en ciertos casos incluso ocurre que el cultivo sin empleo de tierras o fuera del fundo sea el único técnicamente posible o económicamente conveniente (26).

## II

6. La última idea puesta de relieve confirma el interés de una tentativa de determinar cuáles son —en la fase actual de la economía agrícola— los bienes que hay que considerar típicamente agrícolas, prescindiendo de las modalidades de su producción y de los factores productivos que en ellas se integran. Presupuesto, naturalmente, que sea factible un elenco completo.

Ahora bien, para el derecho italiano, se han indicado como decisivas en orden a tal determinación las siguientes fuentes legales: el R.D. 29 mayo 1941, No. 489 (acerca de la reorganización de los servicios del ministerio de agricultura y montes); el art. 2135 del C.C. italiano (acerca de la empresa agrícola en general); el art. 38 del Tratado de Roma creador de la Comunidad Económica Europea (ratificado en Italia por Ley 14 octubre 1957, No. 1203).

Las dos primeras fuentes pertenecen al derecho interno: pero en mi opinión, no proporcionan datos reveladores.

a) Con referencia a la primera, y a cualquier otra fuente que discipline el reparto de esferas de competencia en el ámbito de la administración directa central (27), ya se ha dicho que parece comprensible que frente a una normativa tan compleja, desordenada y contingente como la que regula la agricultura, se sienta uno inclinado a acercarse al único punto común de referencia, constituido por las funciones atribuidas al ministerio competente (eventualmente completadas por otras competencias menores ejercidas, en el sector agrícola, por otros ministerios). Pero eso vale únicamente para inducir un primer y superficial reconocimiento de las funciones y poderes relativos que hay que transferir del Estado a las Regiones, si se considera la dificultad de señalar en el campo normativo y conceptual las normas más seguras (28). Fuera de esta particular problemática de índole administrativa (y, en parte, político-constitucional) la referencia que la ley y los reglamentos vigentes atribuyen a los singulares oficios públicos se revela inadecuada: basta reflexionar sobre la circunstancia que, por obvias razones de coordinación de la acción administrativa, tal atribución no puede ser únicamente orientada según un criterio objetivo o contenido en sí mismo, pero está constreñida a valerse sin embargo de un criterio teleológico o

(25) Así para algunas actividades florales cultivadas *siempre* en invernadero.

(26) Así para los supuestos de producción artificial de hongos en invernadero o en túneles.

(27) Después de la transferencia a las Regiones con estatuto ordinario de las funciones administrativas en el campo agrícola y forestal en el que son competentes según el art. 117 de la Constitución, transferencia realizada por medio del decreto 15 enero 1972, No. 11, y la subsiguiente reestructuración del Ministerio de Agricultura en relación con las funciones que continúan de competencia del Estado, el cuadro legal aparece hoy mucho más complejo de lo que estaba cuando el r. d. 29 mayo 1941 No. 489, y, por otro lado, radicalmente modificado.

(28) Así Cheli, *op. cit.*, págs. 743-744, el cual se apresura a decir que "se trata de un criterio indudablemente simplificador y muy discutible".

finalista, a los sentidos del cual vienen separados del ministerio de agricultura competencias que "ratione materiae" deberían ser reservadas a diversos ministerios (29).

b) Tampoco el contenido del art. 2135 del Código Civil italiano parece llamado a propósito. Este menciona, y define como agraria por propia esencia, la actividad, cuya identificación, puede ser en efecto la conclusión de un procedimiento inductivo que va de los bienes a la actividad: pero una reconstrucción de este tipo, del significado de la norma, admite muchas soluciones posibles. La alusión a los "productos del suelo" que se quiere ver en el art. 2135 en conexión con la actividad de laboreo no dice nada propio, y al contrario planteada en otros términos se resuelve en la tautología por la que "el laboreo del suelo" da lugar a "los productos del suelo". La misma observación vale para los productos que se obtengan con el ejercicio de la selvicultura. En cuanto a los productos de la crianza el art. 2135 no hace comprender cuáles son, así para designar el objeto de la llevanza o cría, usa una expresión sumamente equívoca ("bestiame"), más apta para alimentar la disputa que para apaciguarla.

c) Resta por examinar el valor de la cita del art. 38 del Tratado creador de la CEE. Indudablemente aquí tenemos un precedente legislativo de gran relieve, por la influencia que podrá tener sobre la técnica de formación de las leyes agrarias nacionales, a los efectos de la adecuación de las legislaciones agrarias de los Estados miembros. Mas la novedad que el art. 38 del Tratado indudablemente representa debe ser considerada: y esto en razón de una interpretación sistemática de todas las normas del Tratado, y en particular de aquellas contenidas en los arts. 39 a 47, no sólo de aquellas, digamos así, de actuación (anexo II del Tratado).

Afirmado que el mercado común europeo abarca también "la agricultura y el comercio de los productos agrarios" (art. 38, No. 1), el legislador comunitario pasa por alto sobre la definición del primer término ("agricultura") mientras da cuenta de la explicación del segundo ("comercio de los productos agrarios") en relación a la cual, precisa cuáles no son productos agrícolas en general sino productos agrícolas que forman objeto del respectivo comercio: "Por productos agrícolas se entiende los productos del suelo, de la crianza y de la pesca, como también los productos de primera transformación que están en relación directa con tales productos" (art. 38, No. 1). La precisión, expresada en términos muy genéricos (en cuanto de por sí son escasamente reveladores o sugeridores), viene completada con un envío concordante (ver el art. 38, No. 3) a una lista de productos analíticamente compilada, que puede leerse en el anexo II al Tratado (30). El hecho de que se haya descuidado decir qué cosa es la agricultura desde el punto de vista de la Comunidad Económica Europea, mientras se dan concretas y detalladas precisiones acerca de los singulares productos que considera agrícolas, suscita, en primer lugar, que sólo la fase del comercio de tales productos interesa a la comunidad, y no la de producción. Semejante visión mercantilista se sabe del resto perfectamente entonada a las exigencias que son el origen de la organización de un Mercado Común Europeo. Con todo esto la lectura que completa el título II del Tratado dedicado a la disciplina de la agricultura (arts. 38 a 47) lleva a la conclusión de que tal disciplina considera relevante el comercio de los productos agrícolas (valorados, así, en concepto de mercancía) pero no olvida la fase de la producción. Si fuere verdad lo contrario, no tendría sentido la gran mención que se hace, con aval implícito del Tratado, de una "política de la estructura agrícola", es decir de las estructuras productivas. De aquí deriva el convencimiento de una subsunción sin límites de las relaciones jurídicas agrícolas en la esfera de la competencia de CEE (31).

Cierto que se asiste a un renovamiento de la perspectiva convencional, que ha considerado siempre el comercio de los productos agrícolas —en sí y en cuanto pertenecientes al sector del Derecho Agrario—

(29) De tal forma que no es la materia sobre la que inmediatamente se proyecta la que determina la competencia de la oficina estatal o regional, sino la materia determinada por el resultado a conseguir. La adopción de este método finalista lleva a incluir dentro de la competencia agrícola, cualquier instrumento de intervención en el campo de obras públicas que afecten a la agricultura, o en el campo de actuaciones fitopatológicas, o en el de instrucción profesional de los que se dediquen a la agricultura, y así sucesivamente.

(30) El texto se reproduce íntegramente en el Apéndice legislativo, "infra".

(31) Es digno de reflexión, a este respecto, lo que dice el Reglamento 7 bis de la CEE de 18 de noviembre 1959: "Considerando que la inserción en el alegato II del Tratado (...) se determina hacer de aplicación, a los productos de que se trate, el régimen especial y derogatorio contemplado por los arts. 38 a 40 del Tratado y que, por lo tanto, dicha inclusión debe referirse sólo a productos agrícolas para los cuales se reconozca la necesidad de la sujeción a este régimen particular..." Por lo tanto, serán los bienes los que tengan que adaptarse a este régimen especial y derogatorio (derecho agrario), y no el régimen a los bienes.

como una actividad accesoria, y tendencialmente marginal, frente a la actividad agrícola primaria de producción y de crianza. Es importante resaltar, por otro lado, que a la normativa supranacional en examen es extraña la preocupación que domina al derecho nacional, de distinguir entre la actividad propiamente agrícola en base a dichos productos y la actividad puramente mercantil de su comercialización. En suma, para los productos descritos como agrícolas se prepara un derecho comunitario especial al que el calificativo de agrario se une solamente en parte; para la parte restante solo es lícito hablar de derecho mercantil especial (32).

Volviendo al centro de nuestra temática, procede ahora profundizar el significado que tiene la lista de productos enunciada en el anexo II. La cosa más evidente es que, en la opinión del legislador comunitario, sólo por medio de tal enumeración en concreto de productos se puede resolver el problema definitorio que se trasluce en el fondo del art. 38. Semejante actitud pragmática no ha impedido todavía inferir en el cuerpo de la norma fundamental —el art. 38— una definición comprensiva de los productos agrícolas, concebidos como “*productos del suelo, de la crianza de ganado y de la pesca*”, fuera están productos de primera transformación que están en relación directa con los precedentes. La importancia de este procedimiento es evidente: la compilación de esa lista no está bajo la plena discrecionalidad del órgano de la CEE (el Consejo) que sí tiene el poder de introducir revisiones pero que permanece vinculado a la fórmula abstracta anteriormente indicada, teniendo funciones de norma limitativa, esto es indicativa, por lo general, de los productos que incluye o viceversa que excluye. Se tratará, quizás, de comprobar si el criterio que se desprende de la norma considerada de limitación se ha respetado aunque con referencia a la primitiva redacción de la lista.

Con la fórmula sintética surgen de nuevo las dudas. ¿Los “*productos del suelo*” (*rectius*, del cultivo del suelo) hay que entenderlos literalmente, de acuerdo con la tradición que los quiere siempre tributarios del factor tierra? ¿Y son ellos comprensivos de los bienes pertenecientes a la flora, que sin embargo podrían distinguirse conceptualmente de los bienes agrícolas? (33). Además, “*productos de la crianza*” es expresión extremadamente vaga: ¿Qué y cuántos animales comprende y cuáles deja fuera?

No es menos oscura la *ratio* del art. 38 del Tratado cuando sanciona la inclusión en la categoría de bienes agrícolas de los bienes objeto de pesca guardando silencio sin embargo sobre los bienes objeto de caza.

Quien vaya buscando el nudo de la problemática expuesta en la primera parte de esta ponencia choca con una lista —la señalada en el anexo II del Tratado— que acaba por ser demasiado abierta y evasiva: bien porque el compilador haya observado los criterios formulados en el número uno del art. 38, bien que no les haya observado (en esta última hipótesis quedando oculto el principio que debía presidir la formación de la lista, de la que hablamos, faltaría toda garantía contra arbitrarias inclusiones o exclusiones).

Teniendo presentes estas consideraciones no podemos participar de la opinión de que los textos antes recordados sirvan para definir lo agrario a través de los bienes agrícolas. En realidad los bienes así clasificados no están individualizados *ex se* en aquellas fuentes, de acuerdo con sus caracteres propios sino en cuanto figuran como productos (del cultivo) del suelo, de la silvicultura, de la crianza zootécnica, de la pesca, y entonces están en función de aquella actividad dada (34); o bien vienen individualizados empíricamente, es decir, sin una idea preconcebida, sin un criterio ordenador y unificador (35).

(32) Conformes, en que la reglamentación dictada para los productos agrícolas por el Tratado de Roma afecta también a empresas de carácter mercantil además de las específicamente agrarias: D. Vignes-A. Sacchetti, *La protection juridictionnelle des particuliers à l'égard de la réglementation communautaire en matière agricole*, en “*Revue de droit rural*”, 1971, No. 1, págs. 7 y ss.

(33) En estos términos se ha planteado la pregunta el propio Casetta (op. cit., p. 233), declarándose favorable a la inclusión de los bienes calificados florales dentro de la categoría de “bienes agrícolas”, en vista, sobre todo, de la atenuación de las características de ser productos completamente naturales y no susceptibles de valoración comercial que, en otro tiempo se consideraba que eran distintivos de la flora (los otros argumentos empleados por Casetta para justificar la inclusión de la flora en el contenido de la agricultura son ponderables únicamente en relación con la situación del ente Región). El argumento, como se ve, no es prueba suficiente.

(34) Termina admitiendo esto, si no me equivoco, también Casetta, cuando, al final del razonamiento sobre los bienes que hay que calificar *ex se* como agrícolas, pasa a “aclarar —son sus palabras— qué actividades teniendo por objeto los bienes agrícolas, definen completamente la materia agricultura” (op. cit., p. 233).

(35) Tal procedimiento por tanto, no ayuda a disipar las dudas sobre la pertenencia a la presunta categoría autónoma de los “bienes agrícolas” de algunas clases de bienes, como los que se refieren a la flora (V. supra en el texto y en nota 32), o como los relativos a la caza y pesca: respecto de estos últimos Casetta sostiene que “fortísimos elementos lógicos y jurídicos” se oponen a encuadrarlos entre los bienes agrícolas (V. loc. cit.), pero sin especificar de qué elementos se trate.

8. En este punto abandonada la consideración de los bienes agrícolas, tendremos que comprobar si una aportación a la delimitación de la materia no pudiera ser desde el ángulo de la actividad. Esto nos lleva a la vía trazada por el Código Civil italiano del 42, que por primera vez ha querido atribuir particular relevancia a la noción de actividad económica organizada y dirigida profesionalmente a la producción de bienes agrícolas para el mercado (art. 2135). Sin embargo, mientras el Código italiano se ocupa de la actividad en función de la empresa, considero que aquí es oportuno prescindir de referencias directas a la empresa en general y a la empresa agrícola en particular, y por tanto, a los elementos (organización, profesionalidad, etc.) a través de los cuales desde la actividad se pasa a la empresa en sentido técnico (36).

El artículo citado, como es sabido, distingue dos grupos de actividades agrícolas: las actividades esenciales o primarias y las actividades llamadas "conexas", que se hacen agrícolas *per relationem*. Las primeras tienen un contenido típico como fácilmente se intuye: cultivo del fundo, silvicultura, crianza de ganado. Las segundas obtienen la cualificación y el tratamiento de agrícola como consecuencia del vínculo que las une a una o más actividades fundamentales o primarias, pero su naturaleza sigue siendo mercantil o industrial: éstas por tanto, a diferencia de las primeras, no califican a la empresa sino que son por ésta cualificadas. Se podría decir, de estas actividades, que no son agrarias en origen o no lo son inmediatamente, sino que se hacen tales mediatamente: cuando son ejercitadas complementariamente a una o todas las actividades primarias. Por tanto las únicas actividades presentadas como directa o esencialmente agrarias hay que considerarlas cualificantes, en el sentido de que sólo ellas confieren o atribuyen, a una empresa la nota de agraria. Y el elenco que de ellas ofrece el art. 2135, párrafo 1., se muestra taxativo: (actividad de) cultivo del fundo (actividad de) silvicultura (actividad de) crianza del ganado.

Por otra parte un examen más atento del contenido de estas tres actividades las reduce a dos, porque en rigor la silvicultura o cultivo del bosque, habría que incluirla en la actividad de cultivo del fundo. La específica y separada posición que se da en el art. 2135 a la silvicultura es atribuible a la presión de las exigencias de conservación —en interés general— de la superficie de bosque, exigencia que se expresa con vínculos de derecho público particularmente intensos en la disponibilidad del propietario del terreno dedicado a monte, mientras la empresa silvícola correspondiente está influida por ellos sólo de rechazo. Más tenue aún resulta la distinción entre la ordinaria actividad de producción (o agricultura en sentido estricto), por un lado, y horticultura, fruticultura, floricultura, por otro.

Ahora bien, en ambas formas de actividad esencialmente agraria —cultivo del fundo y crianza de ganado, para seguir usando el lenguaje del art. 2135— (37) se encuentra el fenómeno de la producción: no en forma distinta de lo que ocurre en las empresas *industriales*, sujetas al derecho mercantil, que por definición del Código (art. 2195, No. 1) se dirigen a la producción de bienes o servicios. ¿En qué consiste, entonces, el *juicio* que distingue conceptualmente a unas y otras, y, por extensión, distingue la empresa agrícola de la mercantil?

La doctrina italiana formada sobre el Código del 42 tiene una respuesta lista para tal pregunta: la actividad productiva agrícola se diferencia de la industrial regulada por el derecho de la empresa mercantil en cuanto utiliza un específico medio de producción, la tierra, faltando el cual falta también el presupuesto de aplicación de aquel especial trato jurídico que se reserva al empresario agrícola (38). La respuesta sin embargo está anclada en la concepción antigua de la agricultura hecha sobre la tierra y por medio de la tierra, y no se presta, ciertamente, a proporcionar el criterio base de lo agrario en presencia de empresas que operan con modernos procedimientos productivos y tecnología avanzada respecto de la corriente-mente utilizada. En relación con tal criterio estas novísimas expresiones del ejercicio de la agricultura no encontrarían lugar en el marco de las actividades agrícolas y concluirían inexorablemente en las mercantiles. Dado el ritmo actual de industrialización de la agricultura, ello significaría pronto la desaparición del derecho agrario.

(36) Véase aquí, para una síntesis de la materia, G. Giuffrida, voz *Imprenditore agricolo*, en "Encicl. del dir.", vol. XX, 1970, págs. 549 y ss.

(37) Aunque inadecuado, sobre todo a causa del vocablo restrictivo "ganado" ("bestiame" en el original) (ahora rechazado incluso por la legislación sobre contratos agrarios, ya que la ley 11 febrero 1971, No. 11, art. 10, finalmente ha adoptado la más adecuada terminología "crianza de animales" ("allevamenti di animali" en el original); y a nadie puede escapársele el alcance de la innovación, cuyos precedentes en la legislación especial italiana y en la comunitaria están cuidadosamente recogidos por Romagnoli, loc. cit.).

(38) V. en este sentido, por todos, Galgano, loc. cit.

La insuficiencia de la solución arriba indicada, se hace diáfana, por tanto en relación con las actividades de crianza de ganado o de animales en general, con relación a las cuales el disfrute del fundo ha estado siempre en segunda línea, toda vez que hubiera de considerarse principal la actividad de crianza: en esta hipótesis, incluso, la experiencia muestra que la independencia del factor tierra se puede alcanzar al máximo, sin que la crianza, al menos aparentemente, se desnaturalice.

Estas apreciaciones críticas preparan el campo a aquella noción extrajurídica del fenómeno agrario de la que hablaba antes (V.I.), y que es tiempo ya de introducir, con el fin de servirse de ella para dar un fundamento más seguro a lo agrario y, al mismo tiempo, legitimar una reconsideración de los textos legales conforme a tal fundamento, que sea uniforme.

9. Considerada en su íntima esencia —desde un punto de vista metajurídico, pero también metaeconómico y metasociológico, y ontológicamente hablando— la actividad productiva agrícola consiste en el desarrollo de un ciclo biológico, vegetal o animal, ligado directa o indirectamente al disfrute de las fuerzas y de los recursos naturales y que se resuelve económicamente en la obtención de frutos, vegetales o animales, destinables al consumo directo bien tales cuales, o bien previa una o múltiples transformaciones (39). Este concepto es susceptible de cierta elaboración debida principalmente al hecho de que el progreso lleva consigo una diferenciación sin retrocesos y una continua especialización, como suele decirse, de las actividades productivas.

En primer lugar la agricultura se presenta dividida en dos grandes ramas, una constituida por la crianza (más comúnmente llamada "cultivo") de seres vivos vegetales (y no sólo de plantas superiores), constituida la otra por la crianza de seres vivos animales (no sólo de animales superiores).

Una sucesiva disminución ha contrapuesto en el ámbito de la primera rama, el cultivo del suelo, dirigido a producir frutos o productos agrícolas en sentido estricto, y el cultivo del bosque, dirigido a la producción de madera y otros productos forestales.

Ulteriormente, se ha puesto de relieve más marcadamente la antítesis entre las actividades de crianza y de cultivo por un lado, y las actividades tendentes a la transformación —o al menos a una primera transformación— tanto de los frutos vegetales cuanto de los frutos naturales, por otro.

Más allá de esta elemental clasificación otras especificaciones se han evidenciado poco a poco, pero siempre de forma tal que haga identificables las situaciones típicamente agrarias por la presencia de un ciclo biológico de producción vegetal o animal, y consiguientemente, de bienes que podrían decirse obtenidos orgánicamente y no por artificio humano con el recurso de la física, o de la química inorgánica (40): como se ve, se destaca nuevamente el hecho de que no es la especie de bien la que cuenta sino el procedimiento utilizado para obtenerlo.

Se ha puesto de relieve muchas veces que todas las actividades dependientes de ciclos biológicos ligados a la tierra o a los recursos de la naturaleza están bajo el imperio de fuerzas naturales, alguna de las cuales influenciadas y que pueden dirigirse con la intervención organizada del hombre, otras no. Aquellas en todo caso condicionan fuertemente la actividad agrícola y actúan en el sentido de mantenerla separada de las actividades secundarias o industriales en sentido estricto, en las que los procesos productivos biológicos son en su totalidad dominables por el productor. De aquí el corolario que siempre que se procede hacia posiciones de separación del ciclo productivo del dominio de las fuerzas o de los recursos naturales, incluso no ligadas estrechamente a la tierra, el carácter agrícola disminuye (41). *"En los confines de la agricultura resultan catalogables, por tanto, una serie de actividades en las que los procesos productivos biológicos están progresivamente y siempre más dominados por el hombre, hasta tener que*

(39) Así, más o menos, Faenza, *Nota metodologica sulla classificazione delle attività agricole*, en "Riv. di pol. agr.", No. 4 de 1969, p. 71. V. también G. Galizzi, *Progresso tecnico ed impresa agricola*, Bologna, 1960, oportunamente recordado acerca de la diferencia entre producción agraria e industrial por G.P. Cigarini, *Contenuto e oggetto dell'attività di allevamento del bestiame e sua natura di impresa agricola*, en "Riv. dir. agr.", 1967, I, págs. 558-559. La jurisprudencia francesa ha hecho una interesante aplicación de este concepto general a propósito de una actividad de pre-germinación de plantas de patatas, a la que se reconoce carácter agrario en cuanto provoca en las plantas "une transformation de nature biologique qui constitue une phase de la végétation de la plante": Conseil d'Etat, 9 marzo 1957, cit. de R. Malezieux y R. Randier, *Traité de droit rural*, Tom. I, París, 1971, págs. 14-15.

(40) Cfr. también Ragusa-Maggiore, *L'allevamento del bestiame nel rapporto terreno-esercizio dell'impresa*, en "Riv. dir. fall.", 1965, II, págs. 456 y ss.

(41) Faenza, loc. cit.

*incluir alguno de ellos entre las del sector secundario propiamente tal.*" (42). Esta evolución se advierte, por ejemplo, en la fabricación de cerveza: surgida como actividad colateral de la explotación agrícola (manipulación de un producto agrícola como la cebada, etc.), con el empleo de apropiadas técnicas, aptas para regular el proceso productivo, se ha transformado sucesivamente en una verdadera industria, en el significado técnico-mercantil de la palabra. Con más razón hay que considerar tal a la industria de los antibióticos, en la que *"vienen criados una serie de mohos (seres vivientes del mundo vegetal) en ambientes perfectamente controlados. El ciclo biológico aparece dominado en su totalidad y esta actividad se adscribe por lo tanto al sector secundario"*.

Otras actividades, a la inversa, incluso sufriendo profundas evoluciones tecnológicas y organizativas, son aún clasificables en el campo de la agricultura, no habiéndose verificado *in toto* la separación advertida para las precedentes. Un ejemplo de actividad de este tipo está representado por la industria enológica que aun hoy puede considerarse perteneciente —aunque sea marginalmente— al sector de las actividades primarias y que aunque haya venido evolucionando en medida notable, permanece extrañamente ligada al ciclo biológico de la vida, cuyo decurso sólo en escasa medida puede ser influenciado y modificado por la intervención externa.

Entre las actividades que señalan siempre la fundamental dependencia de un ciclo biológico, aunque bajo ciertos aspectos los elementos de la naturaleza están dominados y en un cierto sentido forzados y acelerados, hay que señalar los cultivos en invernadero, tendentes a cultivar productos hortícolas y florales con anticipación respecto a la maduración de los productos cultivados al aire libre, y a sustraerlos a la inclemencia de los factores ambientales y climáticos. Otro ejemplo de notable importancia se refiere a los cultivos hidropónicos, basados en el cultivo de plantas inmersas en un sustituto inerte del terreno, en locales cubiertos y con luz y temperatura regulables; en estos casos aunque el factor originario tierra resulta completamente superado y sustituido, sigue siendo cierto que el éxito de la empresa depende en definitiva del proceso del ciclo biológico.

Tanto en el caso de los cultivos hidropónicos y similares como en el caso de los cultivos en invernadero o de otras formas protegidos, se trata de cultivos que podríamos llamar *artificiales* para distinguirlos de los tradicionales: pero la distinción, aunque puede obviamente reflejarse en la disciplina administrativa, fiscal, etc., de la gestión no parece incidir sobre la esencia agrícola de los cultivos artificiales, destinados a asumir en el próximo futuro un ritmo intenso de propagación; estos, efectivamente, no sólo pueden ser clasificados, desde un punto de vista de la producción, como actividades creadoras de productos agrícolas" (considerado que *"producen bienes que son, en su naturaleza intrínseca y por su proceso genérico, bienes correspondientes a los tradicionalmente obtenidos del fundo"*) (43), sino que pueden ser valorados como actividad esencialmente agrícola también desde el punto de vista económico-social (44). Se ha afirmado que no concurre, en estas formas de cultivo, el llamado doble riesgo de la producción agrícola, y precisamente faltaría, además del riesgo de mercado propio de cualquier empresa e indefectible, el particularísimo riesgo relativo al ambiente en el que la producción se desarrolla. *"Esta —se ha dicho— no está obligada a desarrollarse en el ambiente natural y no está por ello, expuesta a los mudables e incontrolados elementos de la naturaleza, a los imprevisibles acontecimientos estacionales; no está subordinada a la duración natural del ciclo productivo; no lo está, precisamente porque el proceso productivo está desvinculado de las circunstancias del ambiente externo, aquella incertidumbre de previsión de la cantidad y calidad de los productos que es característica de la agricultura"* (45).

Pero se puede replicar señalando que también los cultivos llamados artificiales presentan aspectos de aquella debilidad constitucional, inherente a la precariedad del resultado útil de la producción, que caracteriza a la agricultura y en la que se concreta uno de los presupuestos necesarios para que el empresario pueda beneficiarse de la condición de mayor favor concedida por las leyes a este tipo de empresas, y en todo caso del especial trato que se le reserva en relación con actividades de naturaleza distinta. En último análisis incluso la tecnología más avanzada resulta impotente frente al decurso de la

(42) Faenza, loc. cit. (A este autor se deben también los ejemplos que siguen, y otros, no recogidos aquí).

(43) Galgano, op. cit., págs. 48-49.

(44) Contra Galgano, loc. ult. cit.

(45) Galgano, loc. ult. cit.

naturaleza, y sólo entre ciertos límites es capaz de desviarlo hacia objetivos preestablecidos. Quien organiza y guía el proceso productivo no puede prescindir de las características bioquímicas y de los mecanismos genéticos de una materia dotada de vida propia; no puede anular los tiempos de espera y violar los ritmos de los acontecimientos naturales; no puede estar seguro de saber prevenir o reprimir los ataques de las enfermedades y de los parásitos que comprometen en cualquier momento el crecimiento y la vitalidad de la planta (46). Todo lo cual coopera a que permanezcan elementos de fortuna suficientes para mostrar la presencia de lo agrario, y por tanto a determinar situaciones perfecta o imperfectamente agrarias, merecedoras en todo caso de un trato distinto respecto al propio de las situaciones adscribibles al ámbito de lo mercantil (47).

10. La fecundidad del criterio biológico propuesto como fundamento de lo agrario no se agota en la casuística de las singulares producciones clasificables respectivamente dentro fuera del sector agrícola. Como primera indicación, y con reserva de mayor profundización, podríamos fijar algunas conclusiones que la aplicación de este criterio consiente, empezando por aquellas que se refieren a algunos lugares comunes de la literatura jurídica italiana que —en relación precisamente con aquel criterio— muestran más fácilmente el flanco a las objeciones.

A) Por lo que se refiere al problema de la importancia de la tierra, o del fundo que es su proyección en el plano jurídico-patrimonial o jurídico-(aziendale) se observa que:

1. No parece cierto que las actividades agrícolas se diferencien de las mercantiles (o de las civiles, para quien admita este tercer género) por la presencia de ese específico factor que es la tierra; tampoco parece cierto, más en general, que las actividades agrícolas se distingan por la naturaleza específica del medio productivo empleado (48). Efectivamente, como se ha indicado antes, la nota distintiva fundamental de lo agrario consiste en el desarrollo de un ciclo biológico que termina con la obtención de frutos animales o vegetales, bajo la amenaza de un riesgo particular, ligado a los mencionados aspectos biológicos. En consecuencia:

a) No parece exacto decir que el cultivo del fundo consiste en el disfrute de las energías genéticas de la tierra, dado que existen cultivos que se desarrollan fuera del fundo y prescinden del uso del factor tierra, aun cuando tengan en común con los cultivos de tipo tradicional el recurso a mecanismos biológicos de producción;

b) Tampoco parece exacto decir que allí donde no se utiliza la tierra; en el ejercicio de la agricultura, la actividad empresarial no se halla expuesta a los riesgos típicos de la producción agrícola (49): puesto que, como se ha visto, tales riesgos no están conectados con el uso de la tierra, sino, más en general, con el proceso biológico en sí.

B) Por lo que se refiere a las distinciones que se pueden trazar dentro de la categoría "actividad agrícola", se advierte que:

1. Los actos agrícolas, y por tanto, las actividades resultantes de ellos, son siempre actos de *crianza* (50) o en todo caso se ponen siempre en función de la crianza, por lo que no tiene sentido colocar en dos planos distintos, como hacen habitualmente las fuentes del derecho y sus intérpretes, la crianza de

(46) Consideraciones que pueden hacerse extensibles a la crianza de animales, los cuales "son seres vivos como las plantas cultivadas, enferman al igual que enferman las plantas, son atacados por parásitos a semejanza de las plantas" (Faenza, loc. cit.).

(47) Desde el punto de vista económico y agronómico el riesgo del que se habla parece individualizado con suficiente claridad ya que la *incertidumbre tecnológica* insita en la producción agrícola hace que la relación entre los factores productivos utilizados y los productos obtenidos tenga una andadura del todo arbitraria, es decir, susceptible de variar de región a región, de empresa a empresa, y en el marco de la misma empresa, de un año a otro o, incluso en el transcurso del mismo año (V. Galizzi, op. cit.). Es posterior, y ciertamente más ardua, la identificación de la relevancia jurídica del riesgo de que tratamos, para los fines de la configuración de la empresa agraria; y aquí me limito a recordar que ha discutido la relevancia del riesgo como elemento de la empresa (en general) R. Scognamiglio, *Rischio e impresa*, en "Riv. dir. comm.", 1967, I, págs. 1 y ss.

(48) La doble afirmación cuya exactitud se discute más arriba es doctrina admitida, y recientemente expresada por Galgano, loc. cit.

(49) Así, sin embargo, Galgano, loc. cit.

(50) Ha dirigido su atención para profundizar en la noción de crianza, Cigarini, *Contenuto e oggetto dell'attività di allevamento*, etc., quien, junto al requisito específico de la crianza (conjunto de cuidados necesarios para hacer crecer y, eventualmente, reproducirse al animal) sitúa la finalidad de producción como requisito genérico finalista ex art. 2082 (¿Por qué no ex art. 2135?). El interesante intento vendría planteado partiendo de la hipótesis de trabajo de una equivalencia entre crianza de animales y crianza de vegetales.

animales y la de vegetales; y menos sentido tiene aún considerar prioritaria la crianza de vegetales, como si fuese ésta la actividad agraria por excelencia y dotada de una tipicidad de más alto grado.

2. La silvicultura, aunque prevista por el art. 2135 del C.C.It. (y similares) separadamente de las otras formas de crianza no es sino una especie del cultivo del suelo, es decir, de la crianza de vegetales, y por tanto el puesto autónomo que le ha sido concedido, no puede menos de aparecer fuera de lugar.

C) Por último, por lo que se refiere al problema de la distinción entre actividades agrícolas y actividades económicas, y particularmente con aquellas que caen bajo la competencia del Derecho Mercantil, es preciso poner nuevamente de manifiesto, que el concepto de actividad agrícola, estando dirigida a la producción de bienes para el mercado, entra en la noción de las actividades industriales en sentido amplio, de la que forman parte las actividades mercantiles definidas como "industriales" por el número 1 del art. 2195; con la particularidad, sin embargo, de la presencia de uno de aquellos mecanismos de transformación biológica que confieren el *proprium* a la agricultura.

En consecuencia:

a) Puede ser equívoca la afirmación de que la función del adjetivo "industrial" tal como está usado por el No. 1 del art. 2195, sea "*excluir del conjunto de las empresas mercantiles aquellas actividades, también dirigidas al fin de la producción según el art. 2082 que encuentran su propia colocación en la opuesta categoría de las empresas agrícolas*" (51). Nos parece poder afirmar, por el contrario, que en este caso el adjetivo "industrial" no evoca ningún criterio distintivo entre lo mercantil y lo agrario, y que sólo sirve para introducir —no para encaminar hacia soluciones— el problema de la determinación de los confines entre materia agraria y materia mercantil;

b) Es con seguridad equívoca la expresión "*industrialización de la agricultura*". La naturaleza de la actividad agrícola de la que anteriormente hemos considerado el fundamento, no cambia por el hecho de que sea actividad más o menos industrializada (puesto que la agricultura industrializada se distingue exclusivamente por la inversión de capitales ingentes y la utilización de máquinas, con la intención de realizar el máximo disfrute de los recursos naturales disponibles) (52). En esta acepción, que puede considerarse con mucho mayoritaria, el hecho de la industrialización no destruye lo agrario para beneficio de lo mercantil. Más bien —de acuerdo con el criterio biológico y con sus corolarios— la atenuación del carácter de agrario debería buscarse en la circunstancia de que todas las actividades inherentes a un ciclo de producción vegetal o animal vienen siendo controladas por el hombre en medida creciente y en consecuencia encaminadas hacia posiciones de independencia del imperio de las fuerzas naturales, con la consiguiente eliminación de aquella precariedad productiva que distingue a la industria agrícola de las otras industrias, manteniéndola expuesta a riesgos de naturaleza peculiar y particularmente importantes.

11. Continuando la utilización del método biológico, propuesto como fundamento de lo agrario, se puede trazar un contorno de toda la materia objeto de estudio por el Derecho agrario, que no está falto de interés también en el plano de la didáctica. Digamos en seguida que los resultados de esta previsión limitativa pueden parecer opinables porque no concuerdan con los medios tradicionales de entender el problema; sin embargo hay que reconocer que la construcción tiene una apariencia que, por lo menos, tiene el mérito de ser estrictamente coherente.

a) En primer lugar, se da un golpe definitivo al dualismo que aparentemente opone el Derecho agrario al Derecho forestal: pues bien, el dualismo ya no tiene razón de ser, una vez afirmado que el fenómeno a regular es sustancialmente el mismo, es decir, la crianza de vegetales. Bien entendido que la asimilación se apoya sobre todo en la parte del Derecho forestal que se enraiza, por decirlo así, sobre la empresa de cultivo del bosque.

b) En segundo lugar se aclaran las relaciones existentes entre el Derecho agrario y el llamado Derecho de la alimentación. Puesto que el fin de la crianza de vegetales no cambia la esencia biológica del fenómeno y por tanto la naturaleza agrícola de la actividad, ésta sigue manifiesta también en aquellos supuestos que hacen nacer productos no comestibles. Otro tanto hay que decir en relación a la crianza de animales; en la naturaleza agrícola de ésta no influye la circunstancia de que los animales criados estén o

(51) Galgano, loc. cit.

(52) En los mismos términos habla de agricultura "industrializada", Galgano, op. cit., p. 48.

no destinados a la alimentación (53). Sin embargo el razonamiento no debe quedarse para los animales de trabajo, de leche y de lana, además de los de carne, que constituyen el llamado "ganado" criado en el fundo, sino que debe llevarse a sus últimas consecuencias hasta incluir en el área de las actividades por naturaleza agrícolas a las crianzas de animales para pieles o para carreras y cualquier actividad zootécnica en general (54). De esta forma muchas de las actuales controversias que inciden en la zona gris que separa las actividades industriales-agrarias de las actividades industriales-mercantiles, se vacían de contenido o bien patinan en un plano de valoración radicalmente distinto (55).

C) En tercer lugar, parece posible una aclaración ulterior en el tema de la adscripción a la agricultura de las actividades de pesca y de caza: un problema de adscripción que, como se sabe, es de opiniones dispares y que se apoya a veces en argumentos singulares (56). Generalmente se considera que la pesca y la caza, como por otro lado las actividades mineras y extractivas, quedan fuera del cultivo del fundo en cuanto integran hipótesis de actividades que se ejercitan ordinariamente a través de otras de mero disfrute y no de verdadera producción (57). Pero la diferencia entre "producción" y "disfrute" no es muy clara (58); y en definitiva es más sencillo comprobar sí y cómo en las actividades examinadas se realiza aquel ciclo biológico de producción en el que creemos reposa el concepto esencial de agricultura. Ahora bien, un supuesto de este tipo existe en la pesca, exclusivamente en aquella forma que se resuelve en una crianza auténtica.

\* \* \* \* \*

## APENDICE LEGISLATIVO

### Código Civil italiano de 1942.

Art. 2082 (Empresario). Es empresario quien ejerce profesionalmente una actividad económica organizada con la finalidad de la producción o del intercambio de bienes o de servicios.

Art. 2135 (Empresario agrícola). Es empresario agrícola quien ejerce una actividad dirigida al cultivo del fundo, a la silvicultura, a la crianza de ganado y actividades conexas.

Se consideran conexas las actividades dirigidas a la transformación o a la enajenación de los productos agrícolas, cuando están incluidas en el ejercicio normal de la agricultura.

### Ley italiana 11 febrero 1971, No. 11.

Art. 10. El arrendatario rústico puede tomar todas las iniciativas de organización y de gestión requeridas por el cultivo racional del fundo, crianza de ganados (. . .).

(53) En sentido contrario, es decir sosteniendo que forman objeto de la actividad de crianza "todos los animales destinados a la alimentación humana", se ha pronunciado Cigarini, op. ult. cit.

(54) No llega tan lejos ni siquiera Ragusa-Maggiore, loc. cit., que concibe como objeto posible de crianza, todos los animales que sirven directamente a satisfacer necesidades biológicas y al mantenimiento del individuo (pero haciendo exclusión de las abejas, exclusión justamente criticada, por rigor lógico, por Cigarini).

(55) El juicio recaerá, entonces, sobre el *an* y sobre el *quantum* del riesgo biológico, si el criterio dibujado en estas páginas es válido; no sobre la clase de animal, ni sobre el destino del mismo, ni siquiera sobre la relación entre crianza y fundo. Finalmente, no aparecen como decisivas, de ninguna manera, las modalidades con las que se ejerce la crianza, aunque a menudo (cfr., últimamente Giannattasio, loc. cit.) sean consideradas en sí mismas incompatibles con la noción de agrariedad: bástenos pensar en las hipótesis de crianza de ganado "en batería".

(56) V. nota 34.

(57) Cfr. G. Nicolini, *Diritto agrario*, 2da. ed., Parma, 1972, p. 12.

(58) Considérese el concepto que, de la producción agraria, tiene Graziani (cit. por Nicolini, op. cit., p. 10): "la producción agraria es aprovechamiento del suelo, pero con la finalidad de obtener bienes nuevos, como son precisamente los frutos naturales".

**Constitución italiana de 1948.**

Art. 117. La Región dicta, para las siguientes materias, normas legislativas, con los límites de los principios fundamentales establecidos por las leyes del Estado, siempre que las mismas normas no estén en contradicción con el interés nacional y con el de otras Regiones: (. . .) agricultura y montes (. . .).

**Tratado de Roma Constitutivo de la Comunidad Europea.**

Art. 38.-1. El mercado común comprende la agricultura y el comercio de los productos agrícolas. Por productos agrícolas se entiende los productos del suelo, la crianza y la pesca, así como también los productos de primera transformación que estén en conexión directa con aquellos productos.

2. Dejando a salvo las disposiciones contrarias de los artículos 39 a 46 ambos inclusive, las normas previstas para la creación del mercado común son de aplicación a los productos agrícolas.

3. Los productos a los que se aplican las disposiciones de los artículos 39 a 46 ambos inclusive, están enumerados en la relación que constituye el alegato II del presente Tratado. Sin embargo, en el término de dos años contados desde la entrada en vigor del Tratado, el Consejo, a propuesta de la Comisión, decide por mayoría absoluta sobre los productos que tengan que añadirse a tal relación.

4. El funcionamiento y desarrollo del mercado común para los productos agrícolas se completará con la implantación de una política agrícola común de los Estados miembros.

\*\*\*\*\*

## LA CONSTITUCION VIVIENTE

Comentarios acerca de la Constitución de los  
Estados Unidos de América, con énfasis  
en el papel de la Revisión Judicial.

Traducción de la disertación en inglés hecha por el Dr. Gonzalo J. Facio, Ministro de Relaciones Exteriores, en la Embajada Americana, San José, Costa Rica, el 4 de julio de 1976.

Embajador y Señora de Todman;  
Miembros de la Comunidad Americana en Costa Rica,  
Señores y Señoras:

Hace doscientos años, en este día, nació una nueva nación con un destino de grandeza. La grandeza de su destino consistió, para emplear las inspiradas palabras de Lincoln, en que esta nación fue *"concebida en la libertad y dedicada a realizar la idea de que todos los hombres son creados iguales"*.

El fenómeno social que dio nacimiento a ese gran país produjo dos de los documentos políticos más importantes en la historia de la humanidad: *"La Declaración de Independencia"* y la *"Constitución de los Estados Unidos"*.

Hace un año, al comienzo de las celebraciones bicentenarias, tuve el privilegio de discutir con ustedes el Impetu Revolucionario de la Declaración de Independencia.

Hoy, me gustaría compartir con ustedes algunas reflexiones acerca de la Constitución Viviente de los Estados Unidos, con énfasis especial en el papel que la Revisión Judicial ha tenido, y debe tener, para mantener viva su Ley Fundamental escrita.

### LA PRIMERA CONSTITUCION ESCRITA Y LA UNICA ORIGINAL EN VIGENCIA:

Los historiadores pueden alegar que ha habido muchas constituciones escritas antes de que se promulgara la de los Estados Unidos. Pero esto es cierto sólo en parte. Porque documentos tales como la Carta Magna, de 1215, o la Petición de Derecho, o las Garantías Individuales y el Acta de Sucesión, no fueron constituciones en el sentido moderno de la palabra, sino intentos de someter el poder absoluto del rey a reglas de Derecho.

Según la interpretamos hoy, una constitución escrita es un documento formal con un preámbulo y

otras secciones que deben comprender los principios básicos, la organización y los poderes del Estado, dentro de una concepción orgánica.

Es por ello que puedo afirmar hoy que la Constitución de los Estados Unidos fue la primera constitución escrita en la historia del mundo, y que ella ha influido, definitivamente, no sólo el Derecho Constitucional moderno sino que ha contribuido a dar forma a todas las constituciones escritas que se han promulgado después de ella.

El sistema presidencial creado por la Constitución americana fue adoptado por todas las Repúblicas del hemisferio. La forma federal fue seguida por casi todas las grandes naciones de América Latina, de Europa, Africa y Asia. La separación de poderes, teóricamente enunciada por Montesquieu en su obra clásica *El Espíritu de las Leyes*, fue de primero ordenada y organizada en la Constitución de los Estados Unidos, y después adoptada, de ella, por todas las Leyes Fundamentales modernas y democráticas.

Todo lo anterior evidencia el gran trabajo realizado en Filadelfia en 1787. Mas nada demuestra más claramente el genio de los artífices de la Constitución americana que el hecho de que, siendo la primera escrita, es la única Ley Fundamental original de los siglos XVII o XVIII que todavía está en vigencia. Aun países tan estables y democráticos como Costa Rica han tenido muchas constituciones desde la promulgación de la primera en 1821.

Sería presuntuoso de mi parte dar lecciones a ustedes, buenos ciudadanos de los Estados Unidos, acerca de la historia de su Constitución. Mas creo que no podría explicar algunas de las características más importantes de esta Ley Fundamental, sin hacer referencia a determinados aspectos de la historia de la elaboración de la Constitución americana.

#### LA POSICION DE LOS ESTADOS:

Para empezar, debemos tener presente que, por cuanto Gran Bretaña no había establecido nunca una organización continental en Norteamérica, sino que había dejado la tarea de gobernarse a cada Colonia individualmente, era lógico que cada Colonia tomara el mando en su respectiva circunscripción cuando vino el colapso del poder británico. Así, comenzaron a establecerse en 1774, gobiernos coloniales revolucionarios y el movimiento continuó rápidamente.

Así pues la independencia se produjo en los Estados individualmente, porque cada uno de ellos se consideró heredero del fallecido poder británico.

Así, la independencia legal de los Estados Unidos data del 4 de julio de 1776, fecha en que —hace exactamente dos siglos— las colonias se hicieron Estados. Pero durante más de un año antes, las colonias habían actuado como si fueran naciones independientes. Casi trece años pasaron antes de que la actual Constitución de los Estados Unidos fuera promulgada y puesta en vigencia.

En este período, el gobierno nacional atravesó dos etapas. La primera fase, de 1776 a 1781, durante la cual no hubo gobierno central planeado; la segunda fase, de 1781 a 1789, durante la cual el gobierno fue apenas organizado conforme a los Artículos de la Confederación.

Durante las dos fases, "*Estados Unidos*" fue el nombre no de una nación sino de una liga de Estados. Recordemos que en Declaración de la Independencia se había afirmado: "*Que estas Colonias Unidas son, y por Derecho deben ser, Estados Libres e Independientes*". En otras palabras, la independencia fue declarada a favor de cada una de las colonias que así se tornaron Estados, pero no a favor de una nación. Lo que se llamó gobierno nacional en este período fue, hablando más correctamente, un gobierno internacional muy débil dirigido por una asamblea de diputados.

#### LOS ARTICULOS DE LA CONFEDERACION:

Los Artículos de la Confederación y Unión Perpetua, como se llamó la nueva Constitución, no alteraron radicalmente la Constitución no escrita de los cinco años anteriores en los principios ni en la práctica.

El mayor error en la asignación de los poderes, aun sobre el papel, fue el negársele a la Confederación

la regulación del comercio extranjero e interestatal, lo que significó que dicha regulación quedaba a los Estados. Individual y colectivamente éstos quedaron a merced de Inglaterra o de cualquier otra nación comercial. Los Estados competían entre ellos para reducir tarifas con el objeto de atraer barcos a sus puertos.

## LA CONVOCATORIA DE LA CONVENCION CONSTITUCIONAL Y SU COMPOSICION:

Así, la necesidad de regulación comercial fue el principal estímulo que originó la serie de eventos dirigidos a la adopción de una constitución nacional más fuerte.

Después de que fracasaron varios intentos por organizar los procedimientos para promulgar una nueva Constitución, el 21 de febrero de 1787, por fin, el a la sazón desacreditado Congreso Continental aprobó una resolución que dio un toque de legalidad a esos esfuerzos. Convocó a una Convención de delegados, pero restringió sus poderes a propuestas tendientes a reformar los Artículos de la Confederación.

Todos los Estados, a excepción de Rhode Island, escogieron delegados a la convención, conjuntamente por las dos cámaras de la legislatura estatal, excepto en Georgia y Pennsylvania donde las legislaturas eran unicamerales.

¿Cuán preparado estaba este grupo de cincuenta y cinco hombres para la gran tarea de estructurar una constitución nacional?

Lo primero a su haber era experiencia política, pues casi todos ellos habían ocupado posiciones de importancia en el gobierno o en la política de sus respectivos Estados. Por lo menos seis de los miembros deben ser clasificados como hombres de gran distinción. El primero, por supuesto, era George Washington, sin cuyo apoyo probablemente no se habría convenido en Constitución alguna en la convención o no habría sido aceptada por los Estados. Venía luego Benjamín Franklin, a la sazón de 82 años y endeble, quien contribuyó poco a la letra de la Constitución, pero mucho a su espíritu, y ejerció grande influencia en su armonía y moderación.

James Madison, de Virginia, debe catalogarse por encima de todos los demás en cuanto a monto y valor en información técnica aportada, gracias a sus grandes conocimientos en historia y ciencia política. Los esfuerzos de Madison en todas las fases de la convocatoria de la Convención, la dirección de sus procedimientos y la lucha porque se adoptara su trabajo, muy justamente le han ganado el título de "*Padre de la Constitución*".

Dos ciudadanos de Pennsylvania venían después de Madison en cuanto a contribución de destreza técnica: James Wilson, el abogado más capaz de la convención, y Gouverneur Morris, brillante y bien informado, quien dio una contribución especial a los trabajos finales de redacción y fraseología.

Alexander Hamilton, de Nueva York, gracias a su habilidad intelectual y al papel prominente que había tenido en los asuntos políticos y militares de la Revolución, disfrutaba de gran prestigio a pesar de su juventud. Desafortunadamente, su inclinación hacia la aristocracia y un gobierno nacional fuerte y centralizado lo hizo perder el pulso del sentimiento general de la convención. El 28 de junio se fue para Nueva York y después sólo retornó dos veces por unos pocos días, la última vez para firmar la Constitución. No obstante, Hamilton luchó brillantemente para lograr que su Estado ratificara la Constitución. La campaña de ratificación en Nueva York fue ocasión para la mejor exposición de la Constitución que se haya hecho hasta la fecha. Un volumen titulado *Los Papeles Federalistas* recopiló una serie de 85 cartas a los periódicos de Nueva York, de los cuales Hamilton escribió 63, Madison 14, Jay 5, y Hamilton y Madison conjuntamente las 3 restantes.

Jefferson, el principal redactor de la Declaración de la Independencia y sin duda el filósofo político norteamericano más profundo de la época, fue el gran ausente de la Convención.

Charles A. Beard, un metódico estudiante del trabajo de la Convención, tuvo esto que decir acerca de sus miembros:

"No es meramente orgullo patriótico el que nos compele a afirmar que nunca en la historia de las asambleas ha habido una convención de hombres más ricos en experiencia política y en conocimiento práctico, o dotados de un discernimiento más profundo de los móviles de la acción humana y la íntima esencia del gobierno. Es realmente un hecho asombroso que en un

momento dado tantos hombres diestros en el arte de gobernar pudieran encontrarse en las propias fronteras de la civilización de entre una población que alcanzaba unos cuatro millones".

(La Corte Suprema y la Constitución, 1912, págs. 86 y 87).

### ETAPAS DE LA ELABORACION DE LA CONSTITUCION:

El trabajo real de elaboración de la Constitución en la convención puede dividirse en cinco etapas, según los Registros de la Convención Federal de Max Farrand:

- (1) escogencia del temario, o un programa de trabajo, de mayo 29 a junio 19;
- (2) adopción de las características y principios básicos de la Constitución - junio 19 a julio 26;
- (3) formulación y adopción de las partes en detalle y el arreglo y agrupación de las diversas cláusulas del texto - julio 26 a setiembre 11;
- (4) nueva redacción y reconsideración desde el punto de vista de estilo y forma - setiembre 12 a setiembre 16;
- (5) votación sobre la adopción del documento acabado y su firma por los miembros de la convención el 17 de setiembre de 1787.

La segunda etapa fue la más crítica porque en ella debía decidirse si los diversos intereses podían convenir en principios generales. Con mucho, el asunto más importante a decidirse era si los trece Estados permanecerían soberanos, unidos únicamente por su propia voluntad en una confederación, o si, en tanto que reteniendo muchos de sus poderes, debían ellos fusionarse en una soberanía general del pueblo de todos los Estados. Entre los dos extremos no parecía haber posición intermedia. La cuestión era tan delicada que no podía esperarse se adoptara ningún plan de los presentados a la convención que acogiera una u otra teoría. Más bien, la teoría se dejó para ser inferida de la suma total de las proposiciones de cada plan.

### RATIFICACION DE LA CONSTITUCION Y LAS DIEZ ENMIENDAS DE LA DECLARACION DE DERECHOS:

La Convención dejó al Congreso Continental completamente fuera de escena respecto del proceso de ratificación. Adoptó el sistema de ratificación por medio de convenciones estatales y decidió que "*La Ratificación de las Convenciones de nueve Estados sería suficiente para que ésta entrara a regir entre los Estados que la ratifiquen*".

El noveno Estado, New Hampshire, ratificó la Constitución el 21 de junio de 1788, unos nueve meses después de que había sido sometida a ratificación. Los últimos dos ratificantes, Carolina del Norte y Rhode Island, entraron a la Unión en noviembre de 1789 y marzo de 1790, respectivamente, cuando el nuevo gobierno estaba ya en funciones.

Muchos Estados ratificaron la Constitución en el entendido de que un conjunto de garantías individuales se agregaría a ella por medio de enmiendas. Cuando el Congreso de la Unión comenzó a funcionar bajo la nueva Constitución, James Madison no perdió tiempo para intentar realizar este entendido de que una Declaración de Derechos debía ser propuesta con rapidez. Usando como base más de cien propuestas que llegaron de diversas convenciones estatales, redactó artículos de enmienda y los presentó a la Cámara de Representantes en junio de 1789. De los diecisiete que fueron aprobados por ese cuerpo, doce fueron aprobados por el Senado. Diez fueron finalmente ratificados por los Estados; la acción de Virginia, en diciembre 15 de 1791, completó el proceso. Las primeras nueve enmiendas tenían que ver con los derechos civiles del individuo.

La décima reafirmó los poderes reservados a los Estados. Todas las diez enmiendas deben considerarse como parte integral de la Constitución original.

**MODELO DE BREVEDAD:**

Una de las razones de la excepcional longevidad de la Constitución americana se encuentra en el hecho de que este documento es un modelo de brevedad. Su texto, las enmiendas incluso, cubre apenas unas quince páginas que pueden ser leídas de corrido en menos de media hora. Su lenguaje, gracias a varios maestros del inglés legal (como Gouverneur Morris, James Madison, James Wilson) es claro, conciso y, en general, comprensible para el lego corriente.

En tanto que grandes controversias históricas se han producido acerca de la aplicación de la Constitución a determinadas cuestiones económicas y sociales, los desacuerdos se centraron más en las omisiones que en las cláusulas concretas. Los artífices prudentemente evitaron legislar sobre materias que habrían dado al traste con la Convención y sabiamente mantuvieron silencio en cuestiones que fluctuaban de generación a generación. Así, Webster, Calhoun y otros tuvieron libertad de debatir acaloradamente en los años 1830 y siguientes si la soberanía descansaba en la nación o en los Estados, la respuesta a lo cual sólo podía inferirse del texto de la Constitución.

**EL CRECIMIENTO DE LA CONSTITUCION:**

En todo caso, habría sido de lo más sorprendente si un marco de gobierno diseñado inmediatamente para una población de cuatro millones, en su mayoría rural, hubiera permanecido inalterable hasta este día en que el número ha crecido a más de 200 millones, con el balance completamente a favor del elemento industrial y urbano.

El hecho es que el marco del gobierno ha tenido un crecimiento continuo desde el principio, paso a paso con el desarrollo del país en territorio, riqueza, población e ideales sociales.

El hecho es que el marco del gobierno ha tenido un crecimiento continuo desde el principio, paso a paso con el desarrollo del país en territorio, riqueza, población e ideales sociales. Empero, únicamente una parte de este crecimiento se ha reflejado en enmiendas formales a la Ley Fundamental. Los mayores cambios en la Constitución se han producido por otros medios. El más significativo de ellos ha sido la institución de la Revisión Judicial, que puede restrictivamente definirse como el derecho de las Cortes Federales, con ocasión de un juicio de derecho, de declarar la invalidez de una ley si se la encuentra contraria a la Constitución. Mas, debemos tener presente que, como lo señaló el Profesor Edmond Cahn:

**“La Revisión Judicial es siempre más que pura y simple aplicación de la Constitución; ella siempre comprende interpretación expresa o tácita de la Constitución, o —en otras palabras— un proceso continuo de ajuste y adaptación de la obra fundamental.**

La Revisión Judicial introdujo un coloquio interminable entre la Corte Suprema y el pueblo de los Estados Unidos, en el cual la Corte continuamente afirma: “Ustedes viven bajo una Constitución, pero la Constitución es lo que nosotros decimos que es” y el pueblo incesantemente contesta: “Mientras su versión de la Constitución nos permita vivir con dignidad en la que “nosotros consideremos una sociedad libre y justa, ustedes pueden continuar ejercitando esta augusta, imponente y totalmente revocable autoridad”.

(La Corte Suprema y la Ley Suprema, 1954, págs. 19 y 25).

**EL SILENCIO DE LA CONSTITUCION ACERCA DE LA REVISION JUDICIAL:**

Una vez que advertimos el papel decisivo de la Revisión Judicial en la historia legal y política de los Estados Unidos, nos sorprende el hecho de que la Constitución nada dijera acerca de este punto tan significativo y dejara que su existencia fuera establecida por deducción e interpretación.

Una respuesta posible es que la Convención pudo haber considerado que la Revisión Judicial se había tornado, allá por 1787, en una función normal de las cortes. La dificultad de esta explicación estriba en su premisa fundamental: que la Revisión Judicial fuera realmente práctica común en 1787.

Otra posible explicación es la de que los Padres pretendieron plenamente que las cortes ejercitaran el poder de la Revisión Judicial, pero tenían temor de que la idea apareciera tan inaceptable al pueblo en general, que su inclusión en la Constitución imposibilitaría la ratificación del documento. Pero esta

explicación también presenta su dificultad. En el período entre la clausura de la Convención de Filadelfia y la acción final de las convenciones estatales convocadas para ratificar la Constitución, la idea de la Revisión Judicial fue discutida públicamente varias veces. Si en realidad había una conspiración por parte de los Artífices de vendar los ojos del pueblo común para deslizar la Revisión Judicial en la Constitución subrepticamente, hubo muchos Padres que no supieron guardar el secreto. Por ejemplo, en los Papeles Federalistas, Alexander Hamilton lisa y llanamente manifestó:

"La interpretación de las leyes es la propia y peculiar competencia de las cortes. Una constitución es, en realidad, y debe ser considerada por los jueces, como una ley fundamental. Por lo tanto, corresponde a ellos determinar su significado, así como el significado de cualquier otra ley que proceda del cuerpo legislativo. Si se presentare una discrepancia irreconciliable entre las dos, la que tiene la obligatoriedad y validez superior debe, por supuesto, ser preferida; o, en otras palabras, la Constitución debe preferirse por sobre la ley, la intención del pueblo por sobre la intención de sus agentes".

John Marshall, futuro Presidente de la Corte de Justicia de los Estados Unidos, fue delegado de Virginia a la Convención y en el curso de sus deliberaciones dijo:

"Si ellos (la legislatura) aprobaran una ley no autorizada por ninguno de los poderes enumerados, los jueces deben considerarla como una infracción a la Constitución que ellos deben resguardar. Deben ellos considerar que esa ley no cae bajo su jurisdicción. Deben declararla nula".

Como sucede a menudo, ambas explicaciones acerca del silencio de la Constitución son en parte correctas y en parte equivocadas. Algunos de los miembros de la Convención sin duda creyeron que la Revisión Judicial se había tornado en función normal de las cortes y que no era necesaria ninguna disposición específica. Algunos indudablemente favorecían la Revisión Judicial, pero preferían que la Constitución nada dijera acerca de este punto, tal como lo habían hecho con la cuestión crucial de la soberanía nacional frente a la soberanía estatal. Y, finalmente, algunos delegados sin duda se oponían a la Revisión Judicial y por esta razón creían que no debía incluirse disposición alguna sobre ella en la Constitución.

## LA CONSTITUCION COMO INSTRUMENTO Y COMO SIMBOLO:

En una conferencia dictada en la Tercentenaria celebración de Harvard, el profesor Edward S. Corwin, autor de la ya clásica obra: *La Constitución y lo que ella significa hoy*, se refiere a la Constitución como instrumento y como símbolo. En su fase instrumental ve él la Constitución como una agencia para lograr que las cosas se hagan, una agencia "*para lograr el progreso*", todo mediante el poder del gobierno. Esto, señala él, fue primariamente la forma en que los Artífices veían su Constitución. "*Ellos no habían ido a Filadelfia meramente a ratificar el pasado. . . sino que habían llegado a reformar y, específicamente, habían ido a crear un gobierno nacional efectivo y fuerte*".

Al hablar de su aspecto simbólico, el Profesor Corwin tiene en mente una Constitución de restricción negativa, un documento de limitaciones y prohibiciones que mantiene al gobierno dentro de límites estrechos y bien definidos. Esta es la constitución, por ejemplo, de las garantías individuales, las cuales, como lo señala Corwin, no fueron obra de la Convención de Filadelfia. La Constitución como símbolo es "*una consagración de un orden de cosas ya establecido*".

Esto nos lleva a la cuestión acerca de a cuál de estas dos fases de la Constitución la institución de la Revisión Judicial está más íntimamente asociada. Según el Profesor Corwin, es una parte integral de la Constitución simbólica. Dijo él que:

"puede hacerse la observación de que el aspecto restrictivo de la Constitución habría permanecido inestable e ineficiente si no hubiera encontrado encarnación en una institución ejecutiva. Me refiero, por supuesto, a la revisión judicial, y especialmente a la facultad de la Corte de rechazar leyes del Congreso sobre la base de que están en conflicto con la Constitución".



Esta interpretación está muy acorde con la opinión prevaleciente sobre el conservatismo judicial tradicional.

Los jueces, se cree generalmente, no reaccionan en la misma forma que los miembros de las ramas legislativa o ejecutiva respecto de las principales fuerzas sociales de la comunidad o la nación. A menudo, los jueces son, por término medio, mayores que estos otros funcionarios públicos; a menudo, son más conservadores, y las esperanzas y los temores de los distintos grupos sociales son recibidos y analizados de conformidad.

Hablando acerca de "*La Ley en los Libros y la Ley en la Acción*", el antiguo Decano de la Escuela de Derecho de Harvard, Roscoe Pound, sugería en 1910:

"No es lo que la legislatura deseé, sino aquello que las cortes consideren como jurídicamente permisible es lo que en último término se convierte en ley. Los jueces y los juristas no vacilan en afirmar que hay límites extra-constitucionales sobre las facultades legislativas que colocan a los dogmas del 'common law' fuera del alcance de las leyes".

(44 American Law Review, Ene.-Feb. 1910).

Hace más de setenta años, el famoso erudito inglés, Profesor V.A. Dicey, disertando en la Escuela de Derecho de Harvard, apoyó con las siguientes palabras la opinión acerca de la reacción más conservadora de los jueces ante determinadas presiones sociales:

"Si bien nuestros jueces se inclinan hacia las creencias predominantes en un momento dado, también se guían por opiniones profesionales y modos de pensar que son, hasta cierto punto, independientes de, y posiblemente opuestos al, tono general de la opinión pública."

"... podemos... sentar como regla que la ley hecha por los jueces, debido al entrenamiento y a la edad de ellos, ha tendido en un momento dado a representar las convicciones de una era anterior a las ideas representadas por la legislación parlamentaria. Si una ley es apta para reproducir la opinión pública no tanto de hoy como de ayer, la ley hecha por los jueces generalmente representa la opinión de antier...".

#### LA POSICION OPUESTA:

En 1953, la Escuela de Derecho de la Universidad de Nueva York decidió organizar un Seminario sobre la Revisión Judicial para celebrar el sesquicentenario del caso Marbury v. Madison, en cuya sentencia la Corte Suprema ejerció por primera vez este implícito poder constitucional. Yo fui honrado con una invitación a participar en este Seminario, a la par de distinguidos académicos constitucionalistas como el Profesor Ralph Bischoff, Decano Asistente de la Escuela de Derecho de la Universidad de Nueva York; el Profesor Edmond Cahn, de la misma Escuela, y autor de "*El Sentido de la Injusticia*"; John P. Frank, Profesor de Derecho Constitucional de la Escuela de Derecho de Yale; Paul A. Freund, Profesor de Derecho Constitucional de la Escuela de Derecho de Harvard, y el Profesor Willard Hurst, de la Escuela de Derecho de la Universidad de Wisconsin, así como los Presidentes de las Cortes de Justicia de Francia, Italia y Japón.

La cuestión de la Revisión Judicial como una institución restrictiva surgió en nuestros debates. Yo me alineé con quienes mantenían la posición opuesta a la del Profesor Corwin, por cuanto estaba entonces convencido, y estoy mucho más convencido ahora después de la espléndida actuación de la Corte que presidió Earl Warren, que la Revisión Judicial no necesariamente desarmoniza con la Constitución como instrumento de progreso. Recordemos que la Revisión Judicial se refiere no tanto a la efectiva invalidación de leyes como al mero derecho de las cortes de examinar la legislación.

Refiriéndome al conservatismo judicial tradicional, señalé yo como argumento en contra, la llamada "*Revolución Constitucional*" de 1937, mediante la cual, después de la reelección del Presidente Roosevelt en 1936, la Corte proporcionó a la legislación del Nuevo Trato (New Deal) morada segura dentro de la Constitución. Y me atreví a decir, en esa misma ocasión, que no era imposible que en el futuro los jueces pudieran ser impresionados por las fuertes cualidades instrumentales de la Constitución, en virtud de las cuales ésta estimula el "*logro del progreso*". En la misma oportunidad, pregunté: ¿No puede la Revisión

Judicial tornarse en el medio por el cual se sancione la ampliación del poder gubernamental más bien que su reducción?

El hecho es que desde el inicio de la carrera de John Marshall, el primer gran Presidente de la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos, se puso de manifiesto la utilidad de la Revisión Judicial tanto con propósitos instrumentales como simbólicos. Recordemos que John Marshall era miembro del Partido Federalista y, por cierto, un firme y leal sucesor de la línea de hombres que dominaban la escena en Filadelfia. Como ellos, tenía él dos posiciones conflictivas. Y así es como Marshall fue el autor de dos de las más grandes sentencias en la historia de la Corte Suprema: una de las cuales, *Marbury v. Madison*, es la roca sobre la cual descansa la Revisión Judicial como símbolo de la restricción; y la otra, *McCulloch vs. Maryland*, es la aprobación y defensa de la idea de una Constitución expansiva, que a través de los años ha afianzado un programa siempre cambiante de vigorosa acción gubernamental.

Examinemos brevemente esas dos sentencias que dieron nacimiento al futuro y formidable papel de la Revisión Judicial en la vida constitucional de los Estados Unidos de América:

### MARBURY vs. MADISON:

El caso de *Marbury vs. Madison* sobresale como un hito único a principios de la historia de la Revisión Judicial. Década y media transcurrió entre la Convención de Filadelfia de 1787 y esta primera sentencia de la Corte Suprema que invalidó legislación del Congreso. Más de medio siglo, entonces, separa este caso del segundo en el que la Corte invalidó una Ley del Congreso, y no fue sino hasta después de la Guerra Civil que la Corte Suprema empezó a ejercitar este poder con alguna frecuencia. Es quizá exagerado decir que sin la sentencia en el caso *Marbury vs. Madison* el Poder Judicial no habría nunca intentado asegurar control sobre la legislación federal, pero ciertamente la importancia de esta primera afirmación de poder por parte del Presidente de la Corte John Marshall, no puede ser sobreestimada.

El caso surgió dentro de un ambiente impregnado de consideraciones políticas. En las elecciones nacionales de 1800, el Partido Federalista había perdido el control tanto del Congreso como de la Presidencia. Deseando salvar lo que se pudiera, y auxiliados por una sesión del Congreso que se celebró después de las elecciones, los Federalistas lucharon por controlar el Poder Judicial. Tenían hasta el 4 de marzo de 1801 para lograr su propósito.

Durante las últimas semanas de la Administración Adams, se promulgó legislación que creó muchas posiciones judiciales nuevas y el Presidente Adams se apuró a llenar estas nuevas plazas con miembros meritorios de su partido, antes de que terminara su período, lo que dio origen al capítulo en la historia conocido como el de los "jueces de medianoche".

Entre los nombramientos de último minuto de Adams recayó uno sobre un oscuro caballero, William Marbury, designado para el relativamente poco importante puesto de Juez de Paz en el Distrito de Columbia. Desafortunadamente para Marbury, hubo un desliz final en el plan. Adams terminó su mandato antes de que a Marbury se le entregara su comisión. El día siguiente, el 4 de marzo de 1801, el nuevo Presidente, Thomas Jefferson, dio órdenes a su nuevo Secretario de Estado, James Madison, de que se abstuviera de entregar la comisión a Marbury. Sin ese documento, Marbury no podía tomar posesión de su cargo.

El asunto lo llevó Marbury a la Corte Suprema con base en una disposición de la Ley Judicial de 1789 que autorizaba a la Corte a librar mandamientos en determinadas situaciones.

Concretamente, Marbury pidió a la Corte que librara dicho mandamiento para obligar a Madison a entregar la comisión. La sentencia del caso fue redactada por el Presidente de la Corte Marshall, él mismo un Federalista, apenas nombrado en el cargo mediante uno de los últimos actos oficiales del Presidente Adams. En realidad, él había sido Secretario de Estado en la Administración Adams y suya fue la responsabilidad de la no entrega de la comisión de Marbury antes de que Adams dejara su cargo.

### LA OPINION DE MARSHALL EN EL CASO:

Al redactar la sentencia, Marshall empezó por apoyar la petición de Marbury sobre dicho manda-

miento y aprovechó la oportunidad para criticar a la Administración Jefferson por el trato que le dio a Marbury. Pero luego llegó a la conclusión de que la Corte estaba imposibilitada para ayudar a Marbury y de que no libraría el mandamiento. Esto no podía hacerse por cuanto la sección de la Ley Judicial supuesta a dar a la Corte Suprema la facultad de librar un mandamiento en ejercicio de su jurisdicción original era inconstitucional. La Constitución establece claramente los límites de la jurisdicción original de la Corte Suprema, y —afirmó Marshall— esos límites no puede alterarlos el Congreso sin violar el Artículo III de la Constitución.

Y luego continuó explicando el fundamento de la Revisión Judicial en los siguientes términos:

*“Si una ley de la legislatura, opuesta a la constitución, es nula, a pesar de su nulidad, ¿obliga ella a las cortes y les manda darle efecto? . . . Esto parecería. . . un absurdo demasiado grande como para insistir en él. . . Enfáticamente es función y deber de la rama judicial declarar lo que es la ley. . . Si dos leyes entran en conflicto entre sí, las cortes deben decidir cómo funciona cada una.*

*Así, si una ley estuviere en oposición a la constitución; si ambas, la ley y la constitución se aplican a un caso dado, de modo que la corte deba decidir ese caso de conformidad con la ley, haciendo a un lado la constitución, o de conformidad con la constitución haciendo a un lado la ley, la corte debe determinar cuál de estas reglas en conflicto rige el caso. Esto está en la esencia misma del deber judicial.*

*Entonces, si las cortes deben juzgar la constitución, y la constitución es superior a cualquier ley común de la legislatura, la constitución, y no la ley común debe regir el caso al cual ambas se aplican.*

*Así, quienes ponen en duda el principio de que la constitución debe ser considerada, en la corte, como ley suprema, se ven reducidos a la necesidad de sostener que las cortes deben cerrar los ojos a la constitución y ver sólo la ley”.*

#### **EL PROPOSITO DE MARSHALL EN EL CASO MARBURY vs. MADISON:**

Algunos eruditos han cuestionado los motivos del Presidente de la Corte Marshall para tomar el camino que tomó. Puede admitirse —alegan ellos— que la sentencia en el caso fue en parte el resultado de las conclusiones del Magistrado acerca del alto nivel de los principios constitucionales. Pero hubo otros factores de naturaleza más realista que influyeron a la Corte Federalista en esta sentencia.

En primer lugar —se argumenta— Marshall y sus colegas se encontraron indudablemente poco inclinados a dictar una sentencia que ordenara a Madison a entregar la comisión de Marbury, por temor a que Jefferson rehusara rotundamente obedecer tal mandato judicial y, al triunfar en su negativa, debilitara así el respeto al Poder Judicial, que todavía no estaba firmemente establecido.

Al invalidar la sección dudosa de la Ley Judicial, la Corte se abstuvo de ejercitar un poder que el Congreso le había conferido y el cual, en el caso en referencia, pudo haber sido usado en forma partidista para realizar un acto de interferencia judicial en la conducción de asuntos administrativos. Tal actitud no podía ser objetada por Jefferson.

Todo parece indicar que Marshall y su Corte entraron en un juego muy inteligente. Al rehusar librar el mandamiento, se abstuvieron ellos de desafiar a la Administración, pero al declarar nula una Ley del Congreso que confería poderes adicionales a la Corte, ejercitaron ellos el poder de la Revisión Judicial contra una ley del Congreso Federal.

#### **EL CASO DE McCULLOCH vs. MARYLAND:**

Si el caso de Marbury vs. Madison revela el empleo de la Revisión Judicial en el aspecto simbólico de la Constitución, el caso de McCulloch vs. Maryland demuestra que la Revisión Judicial puede usarse para dar un sello de aprobación a la idea de la Constitución como instrumento de expansión del poder nacional.

En 1816, el Congreso autorizó la constitución de un Banco de los Estados Unidos, con lo que provocó una gran controversia, especialmente en el Suroeste. El Estado de Maryland aprobó una ley que

obligaba a la sucursal en Baltimore del Banco de los Estados Unidos, bien a pagar una suma anual al Estado, o bien a pagar un fuerte impuesto sobre el papel usado para los billetes bancarios.

El Banco de los Estados Unidos decidió enfrentarse a su desafiante y dio órdenes a James McCulloch, el cajero de la sucursal de Baltimore, que emitiera billetes de banco sin cumplir con la ley. La acción pronto dio como resultado un litigio que finalmente llegó a la Corte Suprema de los Estados Unidos en 1819.

El reclamo de Maryland se basaba en la teoría de que todo el programa del Banco de los Estados Unidos era inconstitucional, debido a la ausencia de facultad expresamente enumerada en la Constitución, que diera al Congreso el derecho a tomar la acción que tomó. En resumen, Maryland pidió la invalidación de la Ley Bancaria de 1816. McCulloch y el Banco, a su vez, pidieron a la Corte invalidar la ley sobre impuestos de Maryland con base en que tal ley constituía interferencia indebida por parte de un Estado en el programa válido de una agencia del Gobierno Federal.

Conforme a lo anterior, la Corte tuvo que contestar dos preguntas: (1) ¿Tenía el Congreso facultades para constituir un banco? ; (2) En caso afirmativo, ¿podía un Estado decretar impuestos contra dicho Banco? Por unanimidad, la Corte contestó la primera pregunta afirmativamente, y negativamente la segunda.

#### LA OPINION DE MARSHALL EN EL CASO McCULLOCH:

En su opinión, el Presidente de la Corte, John Marshall, de inmediato admitió que el Gobierno Federal es un gobierno de "*poderes enumerados y sólo puede ejercitar los poderes que se le han conferido*". Pero luego pasó a desarrollar su teoría de los poderes implícitos que ha tenido tan grande influencia en el crecimiento del Gobierno de los Estados Unidos:

"... puede con mucha razón alegarse, que un gobierno al que se le confían tan grandes poderes, sobre la debida ejecución de aquello de que tan vitalmente depende la felicidad y la prosperidad de la nación, debe también confiársele grandes medios para su ejecución. Otorgado el poder, está en el interés de la nación facilitar su ejecución".

Después de haber sancionado en esa forma el concepto de los amplios poderes federales —tan cercano al corazón de los Federalistas— Marshall y su Corte pasaron luego a contestar la segunda pregunta del caso, que puso doblemente de manifiesto la inclinación nacionalista de la Corte. La ley federal es suprema dentro de su propio campo. "*La facultad de decretar impuestos comprende la facultad de destruir*". Por lo tanto, "*los Estados no tienen poder, por medio de impuestos u otra forma, para retardar, impedir, imponer cargas, o en cualquier otra forma controlar, las operaciones de las leyes constitucionales promulgadas por el Congreso para poner en ejecución los poderes asignados al gobierno general. Es esto, creemos nosotros, la consecuencia inevitable de aquella supremacía que la Constitución ha declarado*". Conforme con dicha opinión, la ley sobre impuestos de Maryland contra el banco fue declarada nula.

#### EL CRECIMIENTO DE LA REVISION JUDICIAL:

De este relativamente modesto principio donde, como hemos visto, en el primer caso la Corte se protegió a sí misma de la interferencia inconstitucional del Congreso, y en el segundo defendió la legislación federal e invalidó una ley de la legislatura estatal, la Revisión Judicial creció progresivamente, hasta el punto en que a veces la Corte se encargó de escudriñar las razones legislativas para invalidar el ejercicio de lo que hasta entonces había sido considerado como poderes válidos de las otras ramas del Gobierno, o para rechazar sus propios precedentes, mediante declaración de que las Cortes anteriores estaban equivocadas.

En todos los tiempos se han producido severas críticas por la forma en que la Corte Suprema ejerció sus poderes de Revisión Judicial. Mucho ha dependido del punto de vista del crítico. Pero, en resumen, la Corte ha cumplido con su cometido. En conjunto, el largo recuento de las sentencias de la Corte Suprema

demuestra cientos de opiniones contradictorias que reflejan no sólo las creencias personales de sus Magistrados, sino también la evolución en la historia del pensamiento económico y social del pueblo.

Por ejemplo, con el auge de la industria a comienzos de este siglo, los Estados Unidos abrazaron la doctrina de "*laissez-faire*" con una especie de fervor religioso. Así, en 1905, una ley de Nueva York que prohibía el trabajo en las panaderías por más de diez horas al día fue declarada inconstitucional. La Corte la llamó "*interferencia entrometida*". El derecho de comprar o vender trabajo era, —según la Corte—, parte de la libertad del individuo garantizada por la Enmienda XIV.

Hasta la desilusión causada por la Gran Depresión, continuó casi unánime la fe nacional en "*laissez-faire*". Una ley de salarios mínimos para mujeres en el Distrito de Columbia fue invalidada en el caso *Adkins vs. Hospital de Niños*, con base en el mismo argumento de que el trabajo era una mercancía que podía venderse y comprarse libremente.

Entre tanto, un pensamiento más progresista, que todavía constituía una tendencia minoritaria en el pensamiento social, venía manifestándose en las opiniones disidentes de los grandes Magistrados Holmes, Stone y Brandeis. En los momentos en que el new deal alcanzó el poder con el abrumador apoyo de los votantes, muchos miembros de la Corte Suprema se habían tornado sensibles a la desesperación del país por encontrar una forma de sancionar medidas que desbarataran una larga serie de sentencias anteriores de corte *laissezferiano*. Así se produjo lo que se llamó la Revolución Constitucional de 1937.

## LA SEGUNDA "REVOLUCION" CONSTITUCIONAL ACERCA DE LAS CONDICIONES DEL NEGRO:

En la misma forma se produjo en 1954, lo que ahora se llama "*La Segunda Revolución Constitucional acerca de las Condiciones del Negro*".

Al principio de la "Guerra Fría", muchos estadounidenses estaban convencidos de que el "*hogar de la democracia constitucional*" ya no podía darse el lujo de presentar al mundo el irónico y contrastante espectáculo de una población negra segregada por ley y privada de ciudadanía de primera clase. Y entre aquéllos que albergaban esta convicción estaban la mayoría de los Magistrados de la Corte Warren.

Durante muchos años atrás, la N.A.A.C.P. (ASOCIACION NACIONAL PARA EL ADELANTO DE LOS NEGROS), infatigablemente había luchado por la justicia para la gente negra en las Cortes y en el Congreso. Pero la más importante batalla constitucional contra la segregación legalizada fue dada a principios de los años 50, sobre los "*medios e instalaciones separados pero iguales*" en los sistemas escolares del Sur.

La sentencia dictada por unanimidad por la Corte en 1954, en el caso *Brown vs. Junta de Educación de Topeka*, demostró la determinación del nuevo equipo humano que la integraba, de destruir la segregación sobre la base de su incompatibilidad con la cláusula sobre "*igual protección*" de la Enmienda XIV, y, en general, con las exigencias de la democracia constitucional del siglo veinte.

La opinión del gran Presidente de la Corte, Earl Warren, en el caso, fue extraordinaria en cuanto a evitar complejidades tanto legales como históricas. No era posible, dijo, decidir si los autores de la Enmienda XIV habían tenido la intención de proscribir la segregación escolar. Pero Warren consideró evidente que a la luz de las condiciones del siglo veinte, la segregación escolar imponía una condición inferior a los niños negros. La segregación, dijo el Presidente de la Corte, genera "*un sentimiento de inferioridad*" en los niños negros en cuanto a su condición dentro de la comunidad; el daño a sus mentes y corazones puede ser tan grave que nunca podría repararse. Las leyes de segregación escolar, por lo tanto, violan la cláusula de la igual protección de la Enmienda XIV. Y agregó llana y lisamente que la doctrina de "*iguales*" pero "*separados*" del caso *Plessy vs. Ferguson*, en tanto en cuanto fuera aplicada a las escuelas, quedaba ahora formalmente desechada.

En el caso *Bolling vs. Sharpe*, decidido muy poco tiempo después del caso *Brown*, el mismo Presidente de la Corte Warren estableció que la segregación en el Distrito de Columbia "*no estaba razonablemente relacionada con ningún buen objetivo de gobierno, y constituía una restricción indebida de la libertad bajo la ley*", en violación de la cláusula del debido proceso legal de la Enmienda V.

### INTERPOSICION Y RESISTENCIA MASIVA:

Esta y las similares sentencias de la Corte Warren contra la segregación, dieron paso a una prolongada y amarga batalla legal a lo largo y ancho de todos los Estados del Sur.

El movimiento constitucional más dramático de los sureños fue su intento de invocar la ya difunta doctrina de la interposición de la soberanía de los Estados contra la soberanía federal. Pero como los Profesores Alfred H. Kelly y Winfred A. Harbison lo expusieron en su obra "*La Constitución Americana*":

"A pesar de la dignidad que tal acción estatal prestó a la idea, empero, este intento de sacar a un fantasma constitucional del pasado y tratar de revivirlo con carnes y sangre legales tuvo casi la categoría de ópera bufa. La noción de que un Estado podía por resolución imponer su decisión sobre un asunto constitucional por encima de la Corte Suprema o que por ese medio podía evitar las consecuencias constitucionales de la soberanía federal y la supremacía constitucional, ignoraba, en forma casi patética, el resultado de la Guerra Civil y el largo pero decisivo proceso evolutivo que había albergado firmemente en la Corte Suprema la facultad final de interpretar la Constitución. La Corte Suprema citó con aprobación el "dictum" (manifestación no obligatoria) de una corte federal inferior sobre que la "interposición no era una doctrina constitucional, es decir, que tal doctrina no podía tratarse seriamente como una idea legal. Empero, la doctrina de la interposición, si bien absurda constitucionalmente, se convirtió, no obstante, en la base filosófica de acción para gran parte del movimiento de resistencia sureña en los pocos años siguientes, notablemente en Arkansas y Luisiana".

### LA VICTORIA EN LAS CORTES:

A pesar de esta oposición desesperada, a mediados de los años 60 el negro había ganado casi completamente esta batalla constitucional en las Cortes Federales. La segregación legalizada fue proscrita. Y con ella desapareció el escarnio de leyes nacidas de la intolerancia en una nación que fue fundada teniendo como una de sus metas la igualdad de todos los seres humanos.

Escribiendo en 1965, Kelly y Harbison, expresaron algunas dudas en los siguientes párrafos de su obra antes citada:

"Mas la profunda y trágica división en la cultura americana entre quienes intentaban promover un papel integrado e igualitario para el negro en la cultura americana, por un lado, y los defensores de un tradicional modo de vida sureño con sus implicaciones de la "supremacía blanca" y una 'estructura social jerárquica negro-blanca', aun existía. Esta hendidura penetró profundamente la vida americana y dividió tanto las razas como las regiones. . . Que las opiniones de la Corte pudieran restañar la gran escisión cultural e ideológica en la sociedad americana sobre el tema del negro no parecía más probable que como lo había sido en la víspera de la Guerra Civil. A pesar de este trágico dilema, empero, poca duda podía haber en cuanto a lo que sería el resultado final del conflicto constitucional".

Sin embargo, mirando el cuadro de la integración racial once años después de que lo hicieran los Profesores Kelly y Harbison, tengo yo un enfoque más optimista que el que ellos tuvieron entonces. En esta última década ha habido progreso constante. Es por ello que yo tengo fe en que la Revolución que empezó en la Corte Suprema en 1954, continuará avanzando más rápidamente cada día, hasta que las palabras de Lincoln, que cité al principio de esta disertación, —una nación dedicada a hacer realidad el acerto de que todos los hombres fueron creados iguales— será un hecho cumplido de este gran pueblo de los Estados Unidos, cuya segunda centuria como nación independiente orgullosamente celebramos en este día todos los hombres libres.

\*\*\*\*\*



## DELITO DE LESIONES\*

Lic. José Francisco Arquedas Troyo (coordinador)  
Licda. María Luisa Castro de Castillo  
Lic. Juan José Quirós Reyes  
Lic. Gonzalo Castellón Vargas  
Lic. Jesús Ramírez Quirós

### CONTENIDO:

Definición .....	38
Sujetos del delito .....	38
Punibilidad del delito .....	38
Impunibilidad del delito .....	39
Inimputabilidad .....	40
Tentativa .....	41
Absorción o exclusión de las lesiones .....	42
Clasificación .....	42
Lesiones gravísimas .....	42
Incapacidad permanente para el trabajo .....	42
Pérdida de un órgano .....	43
Lesiones graves .....	43
Debilitación persistente .....	43
Debilitación permanente de un sentido o de un órgano .....	43
Debilitamiento permanente de un miembro .....	44
Dificultad permanente de la palabra .....	44
Incapacidad .....	44
Marca indeleble en el rostro .....	45
Lesiones leves .....	46
Clasificación de las lesiones de acuerdo con el Tribunal competente para conocerlas .....	46
Clasificación por su morfología .....	47
Incapacidad del ofendido para sus actividades habituales .....	48
Conclusiones .....	49

(\*) Trabajo para el Primer Seminario de Derecho Penal de la Corte Suprema de Justicia.

**DEFINICION:**

Las lesiones se pueden definir como daños corporales producidos por fuerzas mecánicas, las cuales causan una herida, golpe o enfermedad. Para la ley, es lesión todo daño en el cuerpo o en la salud de otra persona. Representa un daño de esta naturaleza una alteración de la contextura física (cuerpo) o un detrimento en el funcionamiento del organismo (salud) de una persona. Al referirse esta última definición, al daño producido en el cuerpo o en la salud de otra persona, nos indica ya, que para que surja a la vida jurídica la lesión como delito, es necesaria la intervención de un agente activo (heridor o causante del daño), que con su acción, produzca al agente pasivo u ofendido o víctima un daño en su cuerpo o en su salud. Cabe aclarar aquí, que lógicamente existe la lesión que se produce la persona contra sí misma, pero ésta no da surgimiento al delito que nos ocupa, sino que da origen atendiendo a la gravedad de las mismas e intenciones del autor al delito de Tentativa de Suicidio que prevé y sanciona el artículo 114 del Código Penal con una medida de seguridad consistente en un adecuado tratamiento psiquiátrico.

**SUJETOS DEL DELITO:**

Como hemos dicho, para que se produzca el delito de lesiones, es necesaria la intervención de dos sujetos; el activo o agresor que produce la lesión, y el sujeto pasivo u ofendido que recibe el daño en su cuerpo. Para que exista punibilidad en la acción del sujeto activo, es necesario que éste actúe en forma dolosa o por culpa. Actúa el sujeto activo en la primera de las formas dichas, cuando su intención, elemento subjetivo está definido en causar un daño lesión al sujeto pasivo, y será la investigación judicial la que mediante la prueba recibida en busca de la verdad real, determine o demuestre ese elemento subjetivo de la intención dolosa de causar un daño o lesión al sujeto pasivo. Actúa el sujeto activo en el segundo de los casos, cuando no existe en él la intención subjetiva de causar el daño corporal, y este se produce por una acción culposa del agente activo motivada por su imprudencia, descuido o negligencia. Ejemplo —típico— de este tipo de lesiones son las producidas en accidentes de tránsito.

**PUNIBILIDAD DEL DELITO:**

Al autor responsable del delito en estudio, en sentencia, se le aplican las siguientes penas: a) Si la lesión causare una enfermedad mental o física, que produzca incapacidad permanente para el trabajo, la pérdida de un sentido, de un órgano, de un miembro, de la palabra, de la capacidad de engendrar o concebir, prisión de tres a diez años de conformidad con el artículo 123 del Código Penal; b) si la lesión produjere una debilitación persistente de la salud, de un sentido, de un órgano, de un miembro o de una función o si hubiere incapacitado al ofendido para dedicarse a sus ocupaciones habituales por más de un mes o le hubiere dejado una marca indeleble en el rostro, prisión de uno a seis años de conformidad al artículo 124 del citado cuerpo de leyes; c) si se causare un daño en el cuerpo o en la salud, que determine una incapacidad para el trabajo inferior a un mes, prisión de tres meses a un año o hasta cincuenta días multa de conformidad con el artículo 125. Si en los casos citados, concurrieren alguna de las circunstancias del homicidio calificado, sea que la lesión fuere infligida a un ascendiente, descendiente o cónyuge, hermanos consanguíneos, a su manceba o concubina si han procreado uno o más hijos en común y han llevado vida marital por lo menos durante los dos años anteriores a la perpetración del hecho; a uno de los miembros de los Supremos Poderes y con motivo de sus funciones; con alevosía o ensañamiento; por medio de veneno insidiosamente suministrado; por un medio idóneo para crear un peligro común; para preparar, facilitar, consumir u ocultar otro delito o para asegurar sus resultados o procurar para sí o para otro la impunidad o por no haber logrado el fin propuesto al intentar otro delito; y por precio o promesa de remuneración, las lesiones dichas se agravan por las circunstancias dichas de calificación y entonces la pena respectiva se aplicará en su límite máximo; d) los golpes y maltratos que se produzcan o se le ocasionen a una persona sin causarle lesión ni daño en la salud no constituyen delito, pero sí se castigan como contravención contra la integridad corporal, con pena de tres a treinta días multa. (Artículo 374 inciso 1).

Ahora bien, si por el contrario, las lesiones fueren infligidas, estando el agente activo o agresor en estado de emoción violenta que por las circunstancias demostradas a través de la instrucción y en el juicio hicieren excusables, la pena a imponer será de seis meses a cuatro años si fueren graves y no mayores de un año, si ellas fueren leves, de conformidad con el artículo 127 de la codificación citada; e) cuando la actuación o conducta del agente o sujeto activo no fuere dolosa, pero la lesión causada lo fuere por su imprudencia, negligencia, o descuido, sea por su culpa se le impondrá una pena de prisión hasta un año o hasta cien días multa. Para la adecuación de la pena, el Juez tendrá que tener en cuenta el grado de culpa, el número de víctimas y la magnitud de los daños causados.

En los casos de lesiones culposas motivadas por accidentes de la circulación, al conductor reincidente se le impondrá además de la pena que le corresponde, la cancelación de la licencia para conducir vehículos de uno a dos años; y si el hecho fuere cometido bajo los efectos de bebidas alcohólicas o drogas enervantes, de dos a cinco años; f) en los casos de contagio venéreo, el que a sabiendas que está enfermo, contagia a otro, será sancionado con prisión de uno a tres años.

### IMPUNIBILIDAD DEL DELITO:

No son punibles las lesiones que se inflijan a una persona, cuando el sujeto activo actúe en los siguientes casos:

a) Legítima Defensa: Se da cuando ante una agresión ilegítima, no provocada, el sujeto obra o actúa en defensa de la persona o derechos propios o ajenos, y siempre que la defensa empleada para repeler o impedir la agresión sea razonable. (Artículo 28 Código Penal).

No es punible el exceso en la defensa cuando el mismo es proveniente de una excitación o turbación que las circunstancias hicieren excusables, esto es lo que conocemos como Legítima Defensa Putativa. Ej.: Persona a quien se le va a dar un asalto en broma, con un revólver de juguete y ésta, no sabiendo tal circunstancia dispara con un revólver de verdad. (Artículo 29 Código Penal).

b) Estado de necesidad: No comete delito el que, ante una situación de peligro para un bien jurídico propio o ajeno, lesiona otro, para evitar un mal mayor, siempre que concurren los siguientes requisitos: 1) Que el peligro sea actual o inminente; 2) Que no le haya provocado voluntariamente; y 3) Que no sea evitable de otra manera, con la salvedad de que si el titular del bien que se trata de salvar, tiene el deber jurídico de afrontar el riesgo, no se aplicará lo anteriormente dicho. Como ejemplo de lo anterior, podría decirse el caso de la persona que huye de un animal bravo que la persigue ante el inminente peligro que representa, y al escaparse del mismo choca con otra lesionándola. Diferente sería el caso de un marino que por salvar su vida deja que perezcan los pasajeros de un buque o del bombero que no afronta el peligro de un incendio cuando con su acción puede impedir que perezcan personas que piden auxilio, dichos sujetos activos no pueden alegar estado de necesidad. (Artículo 27 del citado cuerpo de leyes).

c) Consentimiento del derechohabiente: No delinque quien lesiona o pone en peligro un derecho con el consentimiento de quien válidamente pueda darlo. Este principio de "Volenti non fit injuria", se da plenamente en el caso de las operaciones quirúrgicas que ofrezcan algún peligro realizadas por un médico, con el consentimiento del paciente, cualquiera que sea la consecuencia sobrevenida. Este principio o norma lo tiene establecido el Código Penal italiano. Podría hablarse aquí de la Eutanasia u Homicidio por piedad, sea el que movido por un sentimiento de piedad, matare a un enfermo grave o incurable, ante el pedido serio e insistente de éste aún cuando media vínculo de parentesco, hecho que sí es punible de conformidad con el artículo 116 del Código Penal que lo sanciona con prisión de seis meses a tres años. Claro está que todos los consentimientos del derechohabiente tendrán que ser debidamente analizados por los Tribunales de Justicia, tal y como se ha hecho en Italia.

Si en los casos dichos, el agente ha incurrido en exceso, que no provenga de una excitación o turbación que las circunstancias hicieren excusables, el exceso es sancionado con una pena que podrá ser discrecionalmente atenuada por el Juez. (Artículo 79 C. P.).

d) No es punible también la lesión o lesiones que se produzcan, al lesionado con su consentimiento, cuando la acción tiene por fin beneficiar la salud de otros. Ejemplo de esta norma contenida en el artículo 129 del Código Penal, sería la donación de un órgano para ser trasplantado quirúrgicamente a otra persona

con el objeto de salvarle por ejemplo la vida, ya que también podría ser un trasplante de córnea, o de sangre.

### INIMPUTABILIDAD:

Cuando al momento de los hechos, el sujeto activo no posea la capacidad de comprender el carácter ilícito del hecho o de determinarse de acuerdo con esa comprensión, a causa de enfermedad mental, o de grave perturbación de la conciencia sea ésta o no ocasionada por el empleo accidental o involuntario de bebidas alcohólicas o de sustancias enervantes, lo que hay que demostrar fehacientemente mediante dictamen médico-psiquiátrico forense, obliga a dictar de conformidad con el inciso 3 del artículo 320 del Código de Procedimientos Penales sobreseimiento a favor del imputado, pero sin perjuicio de aplicar una medida de seguridad curativa, de internamiento por ejemplo en un hospital psiquiátrico, con el objeto de someter a curación al encartado, y retornarlo hasta donde sea posible a la normalidad. Estas medidas son de tiempo indeterminado, deben ser revisadas por el Juez de Ejecución de la Pena cada dos años por lo menos y cesan o se modifican en el momento que el médico especializado en la materia lo indique.

Con relación a los puntos desarrollados, pueden verse las siguientes jurisprudencias: En cuanto a la Legítima Defensa, a) de la Sala Primera Penal, de las 15:40 hrs. del 30 de mayo de 1975 en causa seguida contra V.H.B.Z. en perjuicio de R.E.M., en cuanto al medio empleado e incursión en domicilio privado que dice: La incursión de un extraño, en horas de la madrugada, en una casa de habitación, sin que haya sido provocada ni autorizada por quien tenga el derecho de excluirlo, faculta el uso de la fuerza para repeler la agresión de que con tal conducta se es víctima; siendo racional además, en el presente caso el uso de un cuchillo para tal efecto, pues siendo frecuente en nuestro medio que en esas horas se atente contra bienes y personas, no puede exigirse a los habitantes de una casa que mediten o examinen con objetividad el medio justo que debe emplearse para rechazar, con la debida equivalencia en los medios, la agresión de que se es objeto.

b) de la Sala Primera Penal de las 15:15 hrs. del 18 de junio de 1974 en sumaria contra O.M.T. en perjuicio de R.A.Z.L. en cuanto a la existencia que dice: Actuó el reo en legítima defensa y no en estado de necesidad, pues en el caso los elementos esenciales concurren para su existencia, sea la agresión ilegítima del ofendido contra el procesado, quien ante el riesgo de ser lesionado con el puñal que esgrimía aquel, se defendió racionalmente de ese ataque haciendo uso del revólver que portaba disparándole hacia las extremidades inferiores, pues en esos instantes críticos el arma de fuego era lo único que tenía a mano para actuar en protección de su integridad corporal y la de las otras personas que igualmente se hallaban en peligro.

c) de la Sala Primera Penal de las 15:10 hrs. del 12 de junio de 1974 en sumaria contra A.L.M. y otro en perjuicio de R.P.D. que dice: Si bien el ofendido quedó ciego como consecuencia de las lesiones recibidas, tal circunstancia no puede alterar los presupuestos procesales y jurídicos que exoneran de responsabilidad a su suegro, autor de las lesiones, quien intervino para defender a su hija de la agresión del ofendido y ante el ataque que éste le hizo no pudo más que lesionarlo para defenderse y por tanto debe confirmarse el sobreseimiento definitivo dictado.

d) de la Sala Primera Penal, de las 16:10 hrs. del 26 de junio de 1974 en causa contra J.D.M. en perjuicio de S.M.E. en cuanto a la improcedencia de la Legítima Defensa y que dice: Si ambos contendientes se fueron a las manos de mutuo acuerdo para dirimir la cuestión que entre ellos surgió repentinamente dentro de la cantina donde ingerían licor, no se puede aceptar la tesis de que en el presente caso concurre la causa de justificación de Legítima Defensa que se invoca, pues no se dan los elementos esenciales para su existencia, es decir la agresión ilegítima, sea el repentino acometimiento contra alguien y la reacción violenta de la víctima ante el peligro de ser lesionado.

e) de la Sala Segunda Penal No. 329 de 15:45 hrs. del 16 de abril de 1974 en cuanto a su configuración que dice: El reo acusado de tentativa de homicidio que al ser lesionado gravemente y sentirse herido y ver que su contrincante continuaba atacándolo, saca su revólver y dispara, resulta evidente que lo hace en legítima defensa, concurriendo a su favor las circunstancias de agresión ilegítima y necesidad razonable del medio empleado para repeler la agresión. (Artículo 28 del Código Penal).

f) de la Sala Primera Penal a las 16:10 hrs. del 26 de junio de 1974 en causa contra J.D.P.M. en perjuicio de S.M.E. en cuanto al estado de necesidad-conceptos que dice: La Legítima Defensa es un estado de necesidad de la cual se diferencia de que ésta es una reacción dirigida contra la persona causante de la amenaza, mientras que el estado de necesidad es una acción frente a determinada circunstancia de peligro; en la legítima defensa tal peligro ha sido determinado por una voluntad humana, en éste no ha sido la obra voluntaria, sino un hecho, cuya causa primera podría vincularse a la actividad humana, pero que no está dirigida a atacar a quien actúa ante ella.

En cuanto a la emoción violenta, con relación a su procedencia e improcedencia, se pueden citar las siguientes jurisprudencias:

a) de la Sala Primera Penal de las 15:25 hrs. del 9 de agosto de 1974 en causa seguida contra R.G.C.R. en daño de J.S.R. y otro que dice: Si el reo cometió el delito de lesiones mediante la provocación del ofendido, dichas lesiones deben ser tenidas como cometidas en estado de emoción violenta.

b) en cuanto a la improcedencia, la de la Sala Primera Penal de las 15:25 hrs. del 28 de agosto de 1974 en causa contra J.A.C. en daño de A.U.P. que dice: Este Tribunal no comparte la tesis del señor Juez a quo en el sentido de que el acusado lesionó al ofendido en estado de emoción violenta, que se originó cuando el primero arribara a su vivienda portando un semental y el occiso que montaba una bestia la lanzó contra dicho semoviente, circunstancia que no da motivo suficiente para alterar la personalidad de un sujeto de una mentalidad media, puesto que el imputado ni siquiera se hallaba en estado de ebriedad que lo hiciera susceptible a tan simple provocación.

En cuanto a circunstancias atenuantes, caso de improcedencia, puede verse la jurisprudencia de la Sala Primera Penal de las 16:30 hrs. del 7 de mayo de 1975 en causa seguida contra C.M.O. en perjuicio de H.Ch.R. que dice: Si el disgusto entre ambas partes, entre quienes no existía enemistad con alteración al hecho de las lesiones, surgió por una circunstancia baladí, cual fue la de que el agresor le dijo al ofendido que le regalara un cigarrillo, y éste último le dijo "*que comprara*", circunstancia no desafortunada o reveladora de descontrol emocional en el reo, como para que amerite que éste le causara la lesión al ofendido, es de procedencia revocar el fallo del inferior que calificó el delito como de lesiones atenuadas por encontrarse el agresor en estado de emoción violenta, y calificarlo más bien como delito agravado de lesiones. (Arts. 124 y 127 del Código Penal).

En cuanto a la inimputabilidad, con relación a la medida de seguridad en casos de enajenación mental, puede verse la jurisprudencia del Tribunal Superior Segundo Penal No. 417 de las 16:30 hrs. del 21 de mayo, en causa contra F.F.H.A. en perjuicio del R.D.J. que dice: Si el imputado sufre de enajenación mental, lo procedente es declararlo autor de dos delitos independientes de evasión y exento de responsabilidad penal por inimputabilidad debida a enajenación mental, y no absolverlo de toda pena y responsabilidad conforme lo dispuso la sentencia en examen; aplicándole desde luego la medida de seguridad respectiva.

#### TENTATIVA:

El delito de lesiones, dada la naturaleza material del delito, admite la tentativa. Este punto ha dado lugar a dudas y en realidad, a ello responde el hecho de que en nuestra legislación figure como forma autónoma el delito de agresión con armas previstas y sancionado en los artículos 140 y 141 del Código Penal. Sin embargo, a pesar de la existencia de esa infracción específica, es posible que con medios específicamente enderezados a causar determinada lesión, se inicie la ejecución de un hecho que deba ser calificado de lesiones, como sería arrojar una substancia corrosiva a la cara, o disponerse a sacarle un ojo a la víctima.

La dificultad que pueda presentarse para calificar el grado de lesiones que corresponde (leves, graves, gravísimas), ha sido uno de los argumentos para rechazar siempre la tentativa. Pero es evidente que la misma dificultad se presenta en todo caso de varias figuras con un tipo común (hurto, robo, abigeato), de manera que no hay motivo para plantear este problema como si sólo fuese propio del delito de lesiones. Si hay elementos subjetivos suficientes para afirmar la existencia de la tentativa de una lesión calificada, grave o gravísima, no vemos que haya motivos para descartar como imposible, esa calificación (ver

Derecho Penal Argentino, Tomo III de Sebastián Soler, pág. 114). En estos casos deben aplicarse los artículos 24 y 73 del Código Penal, que establecen el primero cuando existe la tentativa y el segundo la penalidad de la tentativa estableciéndose al respecto que se aplica la pena prevista para el delito consumatándose de contravenciones, entre las cuales están enmarcadas las lesiones que no producen incapacidad para el trabajo.

#### **ABSORCION O EXCLUSION DE LAS LESIONES:**

Las lesiones, como sucede con la privación de la libertad, no son a veces imputables independientemente, porque aparecen absorbidas o excluidas por otros delitos. El propósito de matar absorbe la lesión en la tentativa de homicidio cualquiera que sea su gravedad. La lesión leve es absorbida por los delitos cuyo medio es la violencia física sobre las personas, como sucede en la violación y el robo. La aplicación del tipo común de lesiones queda excluida por los delitos que, como las lesiones en riña y el duelo, prevén como elemento constitutivo.

#### **CLASIFICACION:**

Las lesiones se clasifican en diferentes formas, según sea el criterio de los entendidos en la materia. Así por ejemplo Carlos Federico Mora las agrupa en tres categorías: a) según la manera como la ley las califica, esto es de acuerdo con la clase de arma con que se les produce; b) según el lugar del cuerpo en que se encuentren situadas; y c) conforme a sus consecuencias. Thoinot prefiere estudiarlas atendiendo a las diversas variedades que se presentan y luego en términos generales, esto es tomando en cuenta las consecuencias generales y locales de las heridas, el diagnóstico médico-forense y las cuestiones médico-legales relativas al homicidio.

Nosotros las estudiaremos aquí bajo sus dos aspectos principales: a) De acuerdo con las disposiciones del Código Penal y del Código de Trabajo; y b) Desde el punto de vista de su morfología y su clasificación médico-forense. No estudiaremos las lesiones que producen la muerte, por cuanto nos haría entrar en el capítulo de homicidio a desarrollar en otra conferencia.

En la legislación penal vigente, se contempla el delito de lesiones en tres tipos: Lesiones gravísimas, lesiones graves y lesiones leves, atendiendo a la magnitud de la secuela, es decir atendiendo a la materialidad de las mismas.

#### **LESIONES GRAVISIMAS:**

Las lesiones gravísimas tipificadas en el artículo 123 del Código Penal, son las que causan una enfermedad mental o física que produzca incapacidad permanente para el trabajo, la pérdida de un sentido, de un órgano, de un miembro, del uso de un órgano o miembro, de la palabra, de la capacidad de engendrar o concebir.

#### **INCAPACIDAD PERMANENTE PARA EL TRABAJO:**

Se da cuando del examen médico-forense se desprende que la lesión sufrida ha dejado como secuela la pérdida de por lo menos un setenta por ciento de la capacidad general orgánica. Para su determinación, los médicos forenses no toman solamente en cuenta las tablas valorativas de pérdida de la capacidad por lesiones en diferentes partes del cuerpo, sino también la profesión o actividad del lesionado, su edad, y condiciones sociales. Cuando la incapacidad otorgada es la pérdida de un porcentaje menor al setenta por ciento de la capacidad general, dicha incapacidad es parcial permanente.

La pérdida de un sentido, cuando el sentido es compuesto, como por ejemplo la vista, el oído, si se pierde uno de esos componentes, la incapacidad resultante será permanente pero parcial, ya que la pérdida de la capacidad es inferior al setenta por ciento, por cuanto la pérdida de un ojo representa el treinta y cinco por ciento de la capacidad general y la pérdida de un oído un veinticinco por ciento. Cuando se da la pérdida parcial dicha, la ley no lo tipifica como lesión gravísima, tal y como lo expondremos más adelante.

Es decir, que para que la lesión sea gravísima, en tratándose de la pérdida de un sentido, el mismo debe ser total, es decir por ejemplo perder los dos ojos, los dos oídos, esto en los sentidos compuestos o bien la pérdida del olfato, el gusto o el tacto.

#### **DE UN ORGANNO:**

La pérdida de un órgano y de un miembro cuando se trata de miembros compuestos, debe ser de la totalidad de los mismos, ya que de lo contrario, no se estaría en presencia del delito de lesiones gravísimas, como por ejemplo la pérdida de las extremidades superiores o inferiores.

Igual sucede si se pierde totalmente la palabra o la capacidad de engendrar o concebir, como sería por ejemplo el hecho de que a un individuo le corten la lengua o bien el órgano viril.

#### **LESIONES GRAVES:**

El artículo 124 del Código Penal tipifica como lesión grave, aquella que produce una debilitación persistente de la salud, de un sentido, de un órgano, de un miembro o de una función o si produjere incapacidad para las ocupaciones habituales por un lapso mayor a un mes o le dejare una marca indeleble en el rostro.

#### **DEBILITACION PERSISTENTE:**

No se trata de un estado de enfermedad, pues la ley distingue entre debilitación de la salud y enfermedad, considerando a ésta como uno de los tipos de lesión gravísima; y no obstante las dificultades que se señalan para hacer conceptualmente la diferenciación, ella es posible. Si bien, por regla, cuando tiene su origen en una lesión, la debilitación permanente de la salud proviene de una enfermedad, esa debilitación no se confunde como estado con el de una enfermedad incurable. El de una salud debilitada no es, como el caso de enfermedad que es un estado de alteración activa orgánico-funcional, que como tal exige cuidados, curaciones o vigilancias especiales para no progresar o para no hacerlo más rápidamente. La salud debilitada de manera permanente es un estado pasivo de menor poder orgánico-funcional general del individuo en relación al que poseía y que se manifiesta por la disminución marcada del vigor general de la persona o por la evidente menor resistencia de ella a la enfermedad, a la debilitación o al dolor. Su mejor definición está dada por el dicho vulgar *"no es el de antes"*.

#### **DEBILITACION PERMANENTE DE UN SENTIDO O DE UN ORGANNO:**

Al respecto se puede decir que de hecho ambos tipos de lesiones se confunden, lo que sucede cuando la lesión debilitadora en forma persistente de un órgano sensorial apareja el mismo efecto respecto del correspondiente sentido, pero conceptualmente es posible la diferenciación.

La ley al hablar del sentido no se refiere al órgano corporal que lo sirve, sino a la aptitud de percepción externa en sí misma que se realiza por medio del correspondiente órgano; y si bien la debilitación permanente de esa aptitud involucra una debilitación de la misma índole del respectivo

órgano, por cuanto esa disminución de la aptitud sensorial corresponde a una disminución de capacidad orgánica activa o funcional, tal correlación no se produce cuando la debilitación del órgano sensorial sólo consiste en su menor resistencia frente a las enfermedades, debilitaciones o dolores. Además, existen órganos que no cumplen funciones sensoriales, como son el de la masticación, el corazón, el hígado, etc.

El órgano, en materia de lesiones, según el concepto legal, no está tomado en sentido anatómico, sino funcional. Un órgano en tal sentido, es el órgano o el conjunto de órganos anatómicamente considerados que conjuntamente desempeñan una función. Por ejemplo el órgano visual no está constituido por un ojo, aunque éste sea anatómicamente un órgano, sino por los dos, como lo son también los riñones, pulmones, por ser bilaterales o compuestos como se ha dicho. Cuando se pierde un órgano bilateral, lo que se produce es un debilitamiento de la función. En tratándose de órganos únicos, por ejemplo el bazo o el páncreas, la pérdida del mismo aunque cumple una función de conjunto con el resto del organismo, debe de considerarse como lesión gravísima por ser pérdida de un órgano estructuralmente único. Para determinar legalmente si existe debilitación permanente de un órgano o sentido es necesario el dictamen pericial rendido por un médico forense, el cual será prueba fehaciente para su calificación, es la base fundamental para determinar el tipo de lesión.

#### **DEBILITAMIENTO PERMANENTE DE UN MIEMBRO:**

Se entiende por miembros, las extremidades superiores e inferiores articuladas al tronco, es decir los brazos y las piernas únicamente. Siendo estos miembros bilaterales, la pérdida de uno de ellos, daría como resultado un debilitamiento del órgano y su función, como lo sería también la pérdida de varios dedos de la mano o la inutilización de los mismos aunque no sean amputados, ya que al quedar por ejemplo rígidos, sin flexión, se considera como un debilitamiento permanente del miembro. Para que exista la pérdida del órgano, por ejemplo de la aprehensión, o de su uso, exige la pérdida total de las dos manos o de su uso, si no sucede esto, existirá un debilitamiento del miembro. Toda disminución funcional por grave que sea que sufra el miembro como órgano de la aprehensión o de locomoción, no implica la pérdida de su uso, pero sí su debilitación. Si por el contrario un miembro se daña o lesiona, pero sin perder su funcionalidad, no se estaría ante el delito de lesión grave por debilitamiento del miembro, aunque sí se podría llegar a esa figura por la incapacidad que se produzca. Ejemplo una fractura del antebrazo, de un dedo. Como se ha dicho, es imprescindible el dictamen médico forense para determinar si efectivamente la lesión tuvo como secuela el debilitamiento permanente del miembro.

#### **DIFICULTAD PERMANENTE DE LA PALABRA:**

El agravamiento toma en cuenta la capacidad para ejercer la facultad de hablar, y consiste en los inconvenientes mentales y mecánicos de carácter permanente para servirse de la palabra. La dificultad puede consistir en inconvenientes para utilizar la palabra, emitirla o construirla. El origen del inconveniente puede ser una lesión en el organismo mecánico de la palabra, o en centros cerebrales vinculados con el habla, o también la dificultad puede tener una causa puramente psíquica (emocional). El criterio determinante del agravamiento no reside sólo en el esfuerzo para hablar, sino en todo lo que en forma persistente haya perjudicado la aptitud que poseía la víctima para expresar sus ideas por la palabra hablada. Esta aptitud se puede disminuir incluso por la perceptible pérdida del grado de perfección fonética anterior producida por alteraciones dentarias, labiales, etc.

#### **INCAPACIDAD**

Determina el artículo 124 del Código Penal que se califica de grave la lesión sufrida por el ofendido, cuando la misma lo incapacite para sus actividades habituales por más de un mes. Será el médico forense quien atendiendo al tipo de lesión sufrida, profesión o actividad del ofendido, determine en cada caso el

tiempo de incapacidad para sus actividades habituales. Si la incapacidad es por más de un mes, será la lesión grave, si es de un mes o menor, será una lesión leve. La ley al referirse a la incapacidad para las actividades, no toma en cuenta el tiempo de curación de la lesión, la cual puede sobrepasar el mes sin que por ello se agrave. Se debe entender que se trata de una incapacidad para las actividades habituales del ofendido, y no exclusivamente una incapacidad para el trabajo, ya que lo mismo se incapacita a un obrero por no poder laborar, que a un estudiante por no poder ir a la escuela, o simplemente a un niño que ante una lesión, no puede desarrollar las actividades habituales, cualquiera que éstas sean.

#### MARCA INDELEBLE EN EL ROSTRO:

Inicialmente hemos de decir que desde el punto de vista médico legal, el rostro, que es la parte más digna del cuerpo humano, se inicia por encima del hueso Hioides. Nuestro Código al hablar de marca indeleble del rostro, la considera como tal, cuando en ella concurren los siguientes atributos: a) fácilmente visible; b) que sea de carácter permanente; y c) que constituya deformación pequeña o grande del rostro fundamentalmente. Para comprender exactamente lo que es o lo que se entiende por marca indeleble del rostro, basta transcribir aquí la acertada jurisprudencia del Tribunal Superior Segundo Penal, de las 16:50 hrs. del 30 de julio de 1975, en causa contra V.A.R. por el delito de lesiones graves en daño de M.C.C.S. que a la letra dice: *Difiere este Tribunal del criterio del señor Juez a quo al estimar que la acción con la que se produjo una lesión a la ofendida constituye el delito de lesiones graves a que se refiere el artículo 124 del Código Penal. La alteración física en referencia no constituye dicha delincuencia al penar nuestra normativa la lesión que "hubiere dejado una marca indeleble en el rostro"* dado que al utilizarse el término marca se ha querido sustraer de la figura aquellas lesiones de escasa importancia en la secuela producida, de lo contrario se hubiera empleado el término médico inequívoco de cicatriz. El agravar la figura de lesiones por haber producido una deformidad en la cara, es circunstancia que *"goza de rancia prosapia en la historia del Derecho"* (véase Antonio Quintano Ripollés, Tratado de la Parte Especial del Derecho Penal, Madrid, 1972, pág. 838) y se encuentra establecida como constitutiva de la norma agravada, en el artículo 420 inciso 3 del Código Penal español, de amplia influencia en las legislaciones hispanoamericanas; así el Código Penal argentino en el artículo 90 impone reclusión o prisión de uno a seis años, si la lesión produjera, entre otras *"una deformación permanente del rostro"*, el salvadoreño en el numeral 368 inciso 2 castiga como reo de lesiones graves con cinco años de presidio, si a resultas de las lesiones el ofendido ha quedado notablemente deformado, criterio propio español en donde la deformidad no se circunscribe únicamente al rostro; el mexicano (artículo 292) impone de cinco a ocho años de prisión cuando de la lesión resulta una deformidad incorregible; al igual al costarricense de mil novecientos cuarenta y uno en el artículo 203 inciso 4. No existe razón alguna para, apartándose de la doctrina dominante en la materia, reprimir como lesión grave aquella que sin ninguna peligrosidad ha dejado una pequeña cicatriz, que no marca, en el rostro, máxime cuando si como en el presente caso la tal lesión es difícilmente visible en el dorso de la nariz, de carácter permanente pero no deformante del rostro (dictamen médico, folio 38). La *"ratio legis"*, de la figura es la protección del conjunto estético del rostro de la persona ofendida, región a la que se le ha dado ese tratamiento especial en razón de encontrarse al descubierto y ser a la que generalmente se dirigen las miradas de los demás, sirviendo para diferenciarnos los unos a los otros; sin llegar a erigir a los Tribunales de Justicia en jurados de belleza, permite la norma apreciar la alteración notable que causada con una lesión, cambia la unidad física del rostro, no pudiendo por ello aceptarse la desmesurada ampliación del tipo que se produciría al concluir que cualquier lesión producida en el rostro sea causante de marca indeleble; por ésta debe entenderse únicamente la alteración física que siendo notable, permite individualizar al sujeto pasivo del ilícito con respecto a los demás. Sobre el término marca dice el Diccionario de la Lengua Española, Real Academia Española, decimonovena edición: *"marca. 7. Señal hecha a una persona, animal o cosa, para distinguirla de otra, o demostrar calidad o pertenencia"*. Nuestra legislación al agravar la figura por haber dejado marca indeleble en el rostro, no ha querido apartarse del criterio corriente en la doctrina y jurisprudencia hispana, italiana y alemana al respecto, sino que ha pretendido sustraer del caso las simples lesiones que no produjeren verdadera alteración física en la unidad del rostro, permitiendo así al Juez establecer valorativamente la

gravedad de la lesión inferida, de no ser así, ya se dijo, hubiera el legislador usado el término cicatriz. Yá Soler ha comenzado a utilizar el vocablo marca al referirse a las lesiones en el rostro, y así nos dice (Derecho Penal Argentino, Tomo III, página 126, Buenos Aires, 1970), "no toda marca en la cara comporta agravación. En consecuencia, no es necesaria una alteración repulsiva para la existencia de la deformación en el rostro. Basta que exista una deformación aparente, que destruya la armonía y aún simplemente la belleza del rostro". Aunque el término encuentra en lo transcrito una obligada referencia a la legislación argentina, no es llevado hasta pretender tener como marca cualquier cicatriz, por pequeña que sea. No constituyendo el hecho investigado el delito de lesiones graves a que se refiere el artículo 124 del Código Penal, y sí el de lesiones leves del 125 ibídem, siendo éste de conocimiento de Alcaldía, de conformidad con lo establecido por el artículo 594 del Código de Procedimientos Penales, SE ANULA el fallo condenatorio apelado y todo lo actuado a partir de la providencia de las quince horas del veintiocho de setiembre de mil novecientos setenta y tres, inclusive, restableciéndose la causa a su estado de sumario.

De idéntica forma, el juzgador deberá considerar el grado de lesión que puede sufrir el sentimiento de vanidad del ofendido. Por ejemplo una reina de belleza o actriz de cine estimará en forma considerablemente mayor una lesión que marque indeleblemente su rostro, que en el caso de una persona común. En segundo término se debe entrar a considerar que en la generalidad de los casos, el sentimiento de vanidad disminuye con la senilidad. No podrá considerarse con el mismo criterio la marca indeleble causada en el rostro de una persona joven que la realizada en el rostro de un anciano, cuyas arrugas por sí solas ya han desfigurado su rostro, y así al juzgar la lesión grave, teniendo en cuenta los elementos dichos, se ubica en forma exacta la pena a imponer.

#### LESIONES LEVES:

Están referidas en el artículo 125 del Código Penal, y son aquellas que producen un daño en el cuerpo o en la salud que determine una incapacidad para el trabajo inferior a un mes. Son lesiones de ninguna gravedad, que la legislación ha tenido como delito, cuando produzcan incapacidad para el trabajo por un período inferior a un mes. Se debe entender el término "incapacidad para el trabajo", referido a la incapacidad para desarrollar las actividades habituales, ya que de otro modo, no se darían estas lesiones por ejemplo en estudiantes o menores que no trabajasen y esto sería ilógico, fuera de lo que el legislador quiso.

Podríamos clasificar también las lesiones, que es delito de acción pública, perseguible de oficio una vez hecha la denuncia ante la autoridad competente, de acuerdo al Tribunal competente para conocerlas, en:

a) Lesiones de competencia de los Tribunales Superiores Penales, que serían las enmarcadas en los artículos 123 y 124 del Código Penal, sean las gravísimas y graves por estar sancionadas las primeras con prisión de tres a diez años y las segundas de uno a seis años. En estos casos, la instrucción se inicia a nivel de los Juzgados de Instrucción por Requerimiento de Instrucción Formal emanado del señor Agente Fiscal; se elevará la causa al Tribunal Superior correspondiente para la celebración del Juicio Oral y Público por medio de simple providencia en los casos en que no existió oposición de los defensores al requerimiento de Elevación a Juicio, o por auto razonado de Elevación a Juicio, firme, en los casos en que el requerimiento de elevación hubiere sido objetado por los defensores instando por ejemplo la prórroga o el sobreseimiento.

b) Lesiones de competencia de las Agencias Fiscales, por ser de Citación Directa, y serían las enmarcadas en los artículos 125 y 128 del Código Penal, sean las lesiones leves sancionadas con prisión de tres meses a un año o hasta cincuenta días multa, y las lesiones culposas, en las cuales sea cual fuere su grado de gravedad, se sancionan con prisión hasta un año o hasta cien días multa. En estos casos, cuando el Agente Fiscal no pudiere concluir la instrucción en los términos establecidos por el Código de Procedimientos Penales podrá transformar la instrucción en formal mediante el correspondiente Requerimiento de Instrucción Formal ante los Juzgados de Instrucción, pero la causa no pierde su condición de ser de Citación Directa, y así una vez terminada la instrucción y dada la audiencia al Fiscal (agente) y contestada la misma solicitando el juicio, se pasará de inmediato al Juez Penal correspondiente para la celebración del

Juicio Oral y Público. En esos casos, el Agente Fiscal es dueño absoluto de la acción penal y si dispone que se debe solicitar prórroga extraordinaria, un sobreseimiento o un desistimiento de la acción, el Juez no puede negarse a su pedido y debe acatarlo, sucediendo lo mismo si en la realización del Juicio Oral, pide absolutoria para el indiciado, que obliga al Juez a dictar sentencia en tal sentido.

c) Golpes o maltratos que no produzcan incapacidad y que son de conocimiento de las Alcaldías de Faltas y Contravenciones, y son los previstos por el artículo 374 inciso 1o. del Código Penal. En estos casos no se está en presencia del delito de lesiones, pero sí de la contravención de golpes o maltratos que no causan lesión ni daño en la salud. Esta contravención está sancionada de tres a treinta días multa.

Atendiendo a su morfología, las lesiones se pueden clasificar en:

a) Heridas cortantes: Se producen cuando un instrumento filoso toca con su filo y en la dirección de su eje transversal la superficie del cuerpo, produciendo una separación de los tejidos. La gravedad de la misma y el daño que causen, deberán ser siempre determinados por medio de un dictamen médico-forense. Esta clase de heridas pueden subdividirse en heridas cortantes de presión, que son siempre de un pronóstico más grave ya que penetran más en el organismo por la mayor fuerza con que fueron ejecutadas, siendo producidas por instrumentos como el sable, el cuchillo del campesino, el machete y la más peligrosa, el hacha; y las heridas cortantes de tirón, en las cuales el filo del instrumento se coloca encima de la piel y luego se hala comprimiéndolo contra la superficie por lo que la profundidad no alcanza tanto espesor como en las otras, y son las producidas con navajillas, navajas de barbero, cuchillas, bisturí de un cirujano, etc.

b) Heridas punzantes: Todos los instrumentos y armas que poseen una punta, si son introducidos en el organismo en la dirección de su eje longitudinal, producen una herida de esta naturaleza. En toda lesión de esta clase se diferencia la entrada de la misma, el canal o trayectoria del instrumento, canal de la herida y en casos excepcionales la salida de la herida. Estas heridas se producen con instrumentos fundamentalmente que carecen de filo como los punzones, puñales de diferentes clases, alfileres, agujas, bastones, afiladores de carnicero, trocares, bayoneta lebel, limas, floretes, etc., pero hay que advertir que todo instrumento aún cortante que tenga punta, puede con facilidad producir también heridas punzantes.

c) Heridas por arma de fuego: Bajo esta denominación se entienden aquellas lesiones producidas por proyectiles de armas especiales, impulsados por la fuerza viva de la pólvora. Las armas de fuego son diversas y numerosas, diferenciándose las cortas de las largas. Los principales tipos de arma son: Las pistolas ordinarias, los revólveres, las escuadras automáticas, teniendo entre las largas los fusiles, ametralladoras, rifles de cacería, carabinas, etc. Se deben tomar en consideración además ciertas armas de fuego irregulares cargadas de proyectiles extraños ideados por sujetos, como por ejemplo las trampas que recientemente terminaron con la vida del Capitán Rodríguez, Jefe de la Sección de Homicidios de la Policía Técnica Judicial. En este tipo de herida se diferencian tres partes principales que son: La entrada, el canal formado por la bala y la salida de la misma. Se puede determinar con certeza si el disparo se hizo de largo, a corta distancia o de contacto, ya que si el orificio de entrada no presenta el tatuaje de pólvora, el tiro fue a distancia; si en sus inmediaciones se encuentra dicho tatuaje, el tiro o proyectil fue disparado a corta distancia, de 3 a 75 cms., menos de 3 cms. se encuentra ahumamiento, y de contacto que varía dependiendo del arma y zona del cuerpo en que se produce. En las armas de un solo proyectil hay características especiales. Si no hay ropa, la explosión de gases y partículas se produce dentro de la herida y hace que la misma se tire contra el cañón, provocándose alrededor de ella (hueco de entrada), un hematoma amoratado, que es como si lo hubieren golpeado con el cañón y reproduce la forma del mismo. Es el llamado signo de Puppe Werkgarner. En esta clase de herida no existe el ahumamiento, ni tatuaje, ni quemadura. Si hay ropas se encuentra signo de impresión de la tela sobre la piel que lo produce el ahumamiento y es el signo de Escaparella, se encuentra anillo de enjugamiento y orificio o hueco de mina, es decir, ennegrecido por las grandes partículas de pólvora y gases.

Cuando el tiro o proyectil se dispara sobre una zona ósea, como en la sien, la expansión de gases se produce entre el hueso y la piel y rompe a ésta generalmente en cruz o en varias líneas y queda en el hueso un ahumamiento con separación de la piel. Si se trata de un arma de perdigones, la característica del contacto se determina porque entra en la herida la totalidad de dichos perdigones, así como los tacos.

d) Heridas contusas y contusiones: Todo objeto que no presente las características de los instrumentos cortantes, punzantes o proyectiles, si es impulsado contra la superficie del organismo mecánicamente,

puede, según la fuerza del impulso, producir una herida contusa o una contusión. Así por ejemplo, el puño de la mano, piedras, bastones, vasijas de toda clase, sillas, bancos, utensilios diversos, manoplas, martillos, botellas, producen esta clase de lesiones. Por su variedad, los daños causados son muy diversos y con consecuencias desde leves hasta mortales. Cualquiera que sea el instrumento usado, para producir la contusión, esta adquiere tres tipos diferentes: La contusión, la ruptura o herida contusa propiamente dicha y la conmoción.

La contusión se produce cuando se ejerce una fuerza mecánica sobre el organismo sin producir ruptura de la piel, teniendo como características las extravasación sanguínea y las excoriaciones de la piel. La extravasación es la consecuencia casi constante de toda contusión y consiste en la salida de sangre de vasos rotos debajo de la dermis y epidermis, produciendo la equimosis o puntos sanguinolentos, petequias o cardenal, sufusión o hemorragia difusa subcutánea, hematoma o tumor sanguíneo o chichota, como es llamado por el vulgo. De gran importancia en medicina legal es la determinación del tiempo transcurrido entre el momento en que fue producida la contusión y la hora en que ésta se examina. Generalmente después de veinticuatro horas comienza a ceder la hinchazón, al mismo tiempo que el color de la misma va cambiando. Ese cambio de colores dura de cuatro a seis días, pasando del negro al azulado rojizo o verdusco, y por último al color amarillo final (ictérico). Estos cambios son originados por transformaciones en la estructura de la hemoglobina, consistentes en modificaciones regresivas por hidratación y oxidación, en las cuales, la hematina, la hematoïdina y sus derivados y finalmente la hidrobilirrubina producen la variedad de los colores.

La otra característica de la contusión o sea la excoriación de la piel, reviste especial importancia en la Medicina Forense, ya que ayuda al esclarecimiento de otros delitos ejecutados con uso de la fuerza, tales como violación, infanticidio, estrangulación, etc. Una variedad de estas lesiones es la producida por las uñas o puñetazos, que son un signo inequívoco de parte de la víctima de defenderse, o bien de agresión por parte del victimario.

La ruptura: Cuando una lesión contusa es de tal magnitud que hace que la piel se rompa, produce la verdadera herida contusa. Esta clase de herida puede ser producida por una variedad inmensa de instrumentos. Pertenecen a este tipo de heridas o lesiones las mordeduras. La gravedad de las mismas será siempre determinada por el médico-forense de acuerdo a la apreciación y valorización de la lesión.

El último grado de la contusión es el de atrición, que se produce cuando los órganos y tejidos quedan aplastados y desorganizados, teniendo casi siempre el carácter de mortal. Son a consecuencia de un choque considerable.

La conmoción: Se da cuando una fuerza mecánica fuerte, conmueve los hemisferios cerebrales en la cavidad craneana, produciendo un cuadro clínico de carácter grave que hace sobrevenir un estado de shock o la muerte. Sus principales síntomas son: Palidez cutánea, sudor abundante, pulso pequeño, respiración superficial o irregular, a veces agitación, orina escasa, hipotermia, delirios, etc. Las fracturas de la base del cráneo, generalmente mortales, van constantemente acompañadas de estos fenómenos.

Lesiones por quemaduras: Son las producidas por el fuego, y se dan en tres grados diferentes. En el primer grado se observa únicamente un enrojecimiento de la piel o eritema, y es el más benigno. El segundo se produce cuando la epidermis se desprende de la dermis, formando vejigas muy finas llenas de líquido producido por el protoplasma celular en la combustión, y el tercer grado, cuando se produce la carbonización de los tejidos.

### INCAPACIDAD DEL OFENDIDO PARA SUS ACTIVIDADES HABITUALES:

La incapacidad que produce en el ofendido la lesión a él ocasionada, es determinada por el médico-forense, el cual en cada caso tendrá que estudiar además de la lesión, las condiciones generales del lesionado, su edad, estado físico, actividad o trabajo, relaciones sociales, y del resultado de todo ese estudio, determinar la incapacidad producida por la lesión, que como se dijo anteriormente no es igual al tiempo de curación de la lesión, aunque podría darse el caso de que ambas coincidan. Por ejemplo, no será igual la incapacidad que se produce ante un hematoma, si el mismo se ubica en la cara de una artista o vedette o en la cara de un peón de finca. Aparte de esa apreciación conjuntiva que hacen los

médicos-forenses, deben partir de ciertas valoraciones que en materia de incapacidades ha establecido la ley. Por ejemplo, de conformidad con el Código de Trabajo, artículo 217, a cada oído interno, no al pabellón cuya pérdida produciría una deformación del rostro, se le da una incapacidad de un veinticinco por ciento a cada oído; a cada uno de los ojos se le da una incapacidad de treinta y cinco por ciento; en el caso del olfato y del paladar, los mismos no están valorados por ley, y será el médico-forense quien en cada caso, valorando las condiciones generales del lesionado y su actividad, determine la incapacidad que se produzca. En cuanto a los miembros, la ley establece para cada pie un treinta y cinco por ciento, si se incluye el tobillo, un cincuenta por ciento, si se pierde la pierna por debajo de la rodilla un cincuenta y cinco por ciento, si es por encima de la rodilla un sesenta por ciento y si es pérdida total de la pierna un setenta y cinco por ciento. En cuanto a los dedos de los pies, su pérdida, a excepción del primero o gordo que representa un quince por ciento, se valoran en un seis por ciento de pérdida. La mano vale un sesenta y cinco por ciento de pérdida de la capacidad (derecha), y la izquierda un cincuenta y cinco por ciento. En caso de que la persona sea zurda, el médico-forense le dará, si se lesiona dicha mano, una incapacidad de un sesenta y cinco por ciento. Si es el antebrazo derecho, se le otorga un setenta por ciento y sesenta al izquierdo, debiéndose hacer al igual que el caso anterior, el cambio de dichas valoraciones si la persona es zurda. Si es el brazo, se le otorga al derecho un setenta y cinco por ciento de pérdida de la capacidad y al izquierdo, un sesenta y cinco por ciento, debiéndose ver si es zurdo o derecho para hacer la valoración. A la pérdida de la palabra, por sus secuelas psíquicas y neurológicas, se le otorga la pérdida de un cien por ciento de la capacidad general.

Cuando existe debilitamiento permanente de la salud, su valoración debe hacerse de acuerdo con la edad del lesionado, su oficio, estado de salud y factores económicos y sociales, y será la experiencia del médico-forense la que logre una eficaz determinación de la misma.

## CONCLUSIONES

I. Necesidad de establecer la PRETERINTENCIONALIDAD en las lesiones graves y gravísimas, como factor de ATENUACION.

Al analizar el inciso segundo del artículo 113 que corresponde a la sección destinada al HOMICIDIO, nos encontramos ubicados dentro de las causas de atenuación del mencionado delito, la circunstancia de que el ánimo del agente no haya sido el de causar la muerte de su víctima, sino que se haya circunscrito al deseo de causar lesiones. Para ello, el Juzgador tomará en cuenta la magnitud del daño que inicialmente —y según las apariencias— se quiso causar, la región en la cual se produjeron las lesiones que originaron la muerte, y en fin, otra serie de factores similares que evidencian la intencionalidad del comitente, y, lógicamente, disminuyen su peligrosidad. Caso típico el del individuo que causa una herida leve y en región no peligrosa a su víctima, y ésta —por falta de asistencia médica— muere al poco rato.

Sin embargo, y habida cuenta de los problemas que se presentan diariamente para establecer la calificación de algunos tipos de lesiones, podría sugerirse el establecimiento de un factor de atenuación de las mismas características, para ser aplicado en los casos de las lesiones graves o gravísimas. Es evidente que existe y existirán multiplicidad de circunstancias en las cuales el ánimo del agente debía necesariamente circunscribirse a la comisión de lesiones que fueran de poca trascendencia. Recordamos al respecto, el caso de un individuo que, queriendo herir a su atacante en una pierna con su revólver, disparó con tan mala fortuna que lo hirió en un testículo, privándole de su facultad de engendrar. De idéntica forma podría imaginarse el caso de una herida leve en uno de los miembros, que posteriormente se infecte y motive la amputación de éste.

Por las razones aludidas, se propone la creación de un nuevo inciso o párrafo dentro del artículo 127 del Código Penal, que contemple la posibilidad de la siguiente manera:

*“Se impondrá prisión de uno a tres años en los casos de lesiones gravísimas, y de tres meses a un año en los de lesiones graves al que, queriendo causar una lesión leve, produzca una de mayor gravedad”.*

## II. La CULPA en las lesiones y la necesidad de modificar el artículo 128 del Código Penal.

Al eliminarse la figura del cuasidelito de lesiones, y establecerse como norma las lesiones culposas en el Código de 1971, se cobijó de inmediato, dentro de una sola norma, toda la gama de lesiones que son susceptibles de ser causadas mediante culpa.

Es indudable que la referida modificación debe haber causado cierta perplejidad en algunos sectores y cierta confusión en algunos juzgadores, habida cuenta de la imposibilidad de precisar o establecer los diferentes grados de gravedad de las lesiones producidas en accidentes automovilísticos. El propio Organismo de Investigación Judicial conserva reminiscencias del Código anterior cuando en este tipo de delitos estructura sus peritazgos con base al criterio de tiempo de incapacidad superior o inferior a un mes.

Pese a que la facultad de discrecionalidad que otorga el mencionado artículo puede eventualmente ser beneficiosa para el juzgador, es bueno pensar en la posibilidad de eliminar la generalidad de la figura, y establecer penas concretas para cada uno de los casos, siempre manteniendo amplitud de extremos a fin de conservar íntegro el criterio discrecional del juzgador. De esta forma, podríase pensar en la modificación del artículo 128 del Código Penal de forma que se leyese de la siguiente manera:

*"Se impondrá prisión de... a... años o de... a... días multa cuando se tratare de lesiones gravísimas; de... a... años cuando fueren graves, y hasta... días multa cuando fueren leves, al que causare LESION POR CULPA".*

## III. Necesidad de variar el término "MARCA INDELEBLE EN EL ROSTRO".

Otro punto de importancia en lo relativo al capítulo de lesiones, es lo establecido por el artículo 124 del Código Penal, que en su párrafo último establece como agravante los términos "MARCA INDELEBLE EN EL ROSTRO". La palabra INDELEBLE significa que no se puede borrar o quitar, lo que se presta a interpretaciones erróneas, toda vez que hoy día con los adelantos de la ciencia se hace desaparecer esa circunstancia, dejando al Juez ante la alternativa de tener que decidir en un caso determinado si por ser medios externos se deben tomar en cuenta o no a la hora de dar un fallo final. Como se ve, es un término ambiguo y por lo tanto peligroso para esta clase de materia; sería más correcto utilizar el término MARCA DEFORMANTE O MARCA PERMANENTE, ya que la permanencia nos da a entender que se mantiene firme durante un tiempo indeterminado, aunque admitiendo ciertas variaciones. Lo mismo sucede al establecerse de manera categórica esa circunstancia sólo con relación al rostro, porque es preciso tomar en cuenta la ocupación habitual de la persona ofendida: Si por ejemplo se le causare una marca permanente en cualquier parte del cuerpo a una mujer cuyo trabajo consiste en mostrarlo en público, sea una vedette, sería de la misma gravedad que en el rostro, por ello es preciso establecer de una manera general "marca permanente o deformante", aclarando las circunstancias expresadas, sea de ampliar la marca a cualquier parte del cuerpo que por la actividad del ofendido debe ser mostrada en público.

## IV. Casos en que la lesión producida al ofendido recae en una persona incapacitada para efectuar actividades.

Nos referiremos acá al problema que surgiría si se lesionara por ejemplo a un paralítico que está en una esquina en su silla de ruedas pidiendo limosna y aunque sufra una lesión, al día siguiente perfectamente puede volver a su sitio y seguir pidiendo limosna. Este caso no lo contempla concretamente nuestra legislación y podría aclararse dada su importancia, incluyendo en el capítulo de Lesiones un nuevo artículo que podría decir:

*"En caso de producirse una de las lesiones enmarcadas en los artículos anteriores, a una persona incapacitada para sus actividades habituales, la incapacidad se determinará por la sufrida en iguales condiciones por una persona clínicamente sana".*

Si el caso se presentara en el presente, lógicamente los juzgadores tendrían que pedir al médico-forense que determine la incapacidad con base en la producida a una persona normal en igualdad de circunstancias, pero debe establecerse en la ley.

Finalmente, para terminar el trabajo, hemos de decir que no estamos de acuerdo en que la definición de lesiones se ubique en el artículo 125 de las lesiones leves, ya que debió incluirse siguiendo un orden

lógico en el primer artículo de las lesiones gravísimas. Asimismo que es ilógico y contraproducente en cuanto a la incapacidad, hablar en las lesiones graves de incapacidad para dedicarse a sus ocupaciones habituales (del ofendido), y en el artículo de lesiones leves (125), de la incapacidad para el trabajo, recomendando que se unifiquen ambas y se mantenga en los artículos dichos la terminología "*incapacidad para dedicarse a las actividades habituales*", aunque en la actualidad entendamos que al referirse el Legislador a la "*Incapacidad para el trabajo*", lo hizo teniendo en cuenta toda actividad que genere una acción humana y así lo han entendido los médicos-forenses que siempre en sus dictámenes expresan la incapacidad referida a las actividades habituales del ofendido que es lo correcto. También recomendamos se reforme el artículo 125, corrigiéndosele las lagunas que produce al hablar de incapacidad para el trabajo inferior a un mes en relación al 124 que nos habla de la incapacidad por más de un mes, con lo que las incapacidades por un mes no se contemplan en ninguno de los artículos dichos, siendo esto, como se dijo, una laguna de nuestro Código que podría producir una atipicidad en cuanto a las lesiones que incapacitan por un mes. En la práctica el problema se ha solucionado asignándolas a las lesiones leves, pero esta circunstancia debe aclararse en el artículo 125 que al referirse a la incapacidad, debería redactarse así: "*que determine una incapacidad para el trabajo hasta un mes*".

Dado el considerable número de asuntos que se tramitan en los Tribunales de Justicia por el delito de Lesiones Culposas, creemos que a muy corto plazo se debe pensar en la creación de un Tribunal Colegiado que conozca específicamente de estos asuntos, con lo cual la justicia sería más prontamente cumplida y se tecnificaría aún más la resolución de estos asuntos por la especialización del órgano juzgador, tal y como sucede actualmente con las infracciones a la Ley de Tránsito que cuenta para su ejecución con un Tribunal Colegiado exclusivamente dedicado a su aplicación.

## BIBLIOGRAFIA

Soler Sebastián, *Derecho Penal Argentino*, Tomo III.

Acosta Guzmán Alfonso, *Medicina Legal y Toxicología*, última edición.

Núñez, *Tratado de Lesiones*.

\*\*\*\*\*



## NOCIONES SOBRE LA TEORIA DEL CONTRATO

Lic. Mario Ramírez Segura.

### CAPITULO PRIMERO

#### A manera de Introducción.

Si el contrato es el acuerdo de voluntades que genera obligaciones entre los pactantes, o cuando menos a cargo de uno de ellos, es claro que la teoría de las obligaciones resulta el antecedente de la contractual.

Por la primera se analiza el concepto de la obligación en sí; se localizan sus fuentes, efectos, modos de extinción o transformación según las circunstancias.

Para Planiol es tan relevante esta tesis que a su alrededor gira el Derecho mismo:

*"Todas las relaciones que existen entre los hombres, por lo menos todas las regidas por las leyes, se reducen a la idea de la obligación: ninguna cuestión de orden jurídico puede concebirse fuera de esta idea; donde no existe ninguna obligación nada tiene que ver el Derecho y para el jurista es indiferente; se tratará posiblemente de una cuestión de arte, de moral o de economía política, pero no de una cuestión jurídica"* (1).

En el mismo orden de ideas este tratadista considera que la teoría de las obligaciones resulta el fundamento de otras ramas del Derecho como son las relativas a los derechos reales y el mismo de familia, las cuales no pueden ser bien comprendidas sin dominar los conceptos de la obligación. Por tal motivo opina que en las Facultades de Derecho debe enseñarse de previo a tales disciplinas.

*"En cada página, en cada línea, tan pronto se trata de comentarlas nos encontramos con las palabras validez, nulidad, obligación, crédito, capacidad, prueba, autenticidad, condición, término, etc., es decir numerosas nociones generales que pertenecen a la teoría de las obligaciones; nos vemos pues obligados para explicar estas materias, a recurrir a la teoría de las obligaciones"* (2).

(1) PLANIOL, Marcel. Tratado Elemental de Derecho Civil. Tomo II, página 9 y siguiente. Editorial José M. Cajica, 1945.

(2) Planiol Marcel. Opus cit. página 10.

Sin embargo esos y otros aspectos de mucha trascendencia no son el objetivo de estas líneas, trayéndose a colación como un antecedente de la materia, siendo indispensable eso sí resaltar su importancia.

Nos interesa en este punto, de manera muy sinóptica y sin pretender en modo alguno fijar las fases definitivas de aspectos en controversia, hacer un repunte muy breve de los orígenes obligacionales.

### Las fuentes de las obligaciones.

Si bien en la etapa primera los romanos sólo conocieron como tales al contrato y al delito, posteriormente Justiniano fijó la conocida base cuatripartita, a saber: los contratos, los cuasicontratos, los delitos y los cuasidelitos. Pothier agregó en los tiempos modernos una fuente más: la Ley.

Esta clasificación se le conoce como "*Summa Divisio*" o División Suprema por estimarse perfecta, a criterio de sus proponentes, por cubrir todas las eventualidades creadoras de la obligación.

Cabe anotar que los romanos confundían la "causa" de la obligación, su por qué, con la fuente misma. Según apunta Beudant: "*Para los jurisconsultos romanos, por lo menos durante mucho tiempo, la causa de las obligaciones, fue su fuente misma, el hecho jurídico al que se reconocía la virtud de crear el 'vinculum juris', de ligar a las partes. Las obligaciones nacían de los contratos; la causa de las obligaciones era su fuente legal, es decir el hecho que originaba el vinculum juris*" (3).

Lo anterior obedecía al aspecto formalista de la concepción romana del derecho, la que varió al perderse esa particularidad y admitirse en su lugar que la voluntad era por sí sola creadora del vínculo, independientemente del aparato formal.

Si bien Pothier, conforme expusimos, completó la idea romana con la Ley como una fuente más, muchos opinan conforme a la Teoría de la Legitimidad que toda obligación surge exclusivamente de la ley, sea que ésta es su fuente por antonomasia pues sólo en virtud de ella pueden obligarse las personas en las formas, modos y limitaciones que lo permite y prevé. Realmente se trata de una posición extrema pues el marco de legitimidad es el presupuesto de toda la vida humana en cuanto es regida por el Derecho.

Se argumenta por otros que ciertamente la única fuente obligacional lo es la ley, la cual resulta puesta en movimiento por los actos o hechos jurídicos (4).

Para Planiol las fuentes son únicamente dos: el contrato y la ley. La primera es de origen voluntario; las demás figuras provienen en una u otra forma de la ley, siendo en consecuencia involuntarias (5).

Haremos un análisis breve de la concepción clásica en vista de que nuestro Código Civil en su artículo 632 la acoge al tener como causas generadoras de las obligaciones (nótese la confusión causa-fuente apuntada), a la Ley, los contratos, los cuasicontratos, y los actos o hechos ilícitos, sean delitos y cuasidelitos o hechos culposos. Realmente no es que nuestros legisladores de 1888 se apoyaran en la idea romana sino más bien en las argumentaciones que en su momento expuso Pothier y que luego quedaron plasmadas en forma más o menos imprecisa en los artículos 1101 y 1370 del Código de Napoleón.

### Primera fuente. La ley.

Por tal entendemos en primer lugar la natural que corresponde a los principios de equidad que acepta el hombre sin necesidad de norma escrita. Con mayor razón esta última lo obliga por emanar del organismo estatal idóneo. Empero al decir de los filósofos juristas, también tiene carácter vinculante cualquier

(3) Beudant Ch. Citado por Julien Bonnecase. Elementos de Derecho Civil. Tomo I. Editorial José M. Cajica, 1946 página 249.

(4) Bonnecase, Julien. Opus cit. página 17.

(5) Planiol. Opus cit. Vol. VI, pág. 488.

reglamento que imponga normas determinadas y en cuanto sea legítimo y permitido por el ordenamiento cual ocurre, *verbi gratia*, con los reglamentos de trabajo. Las leyes son, en todo caso, obligatorias salvo que resulten meramente facultativas y deben respetarse por vivir los ciudadanos en una forma de organización en que el marco de legitimidad debe ser objeto de tutela y respeto generales. Desde luego también los tratados y concordatos de orden internacional son obligatorios. Resultan de interés entre nosotros los artículos 1, 7 y 9 del Código Civil y, en general, el título preliminar de ese contexto legal.

#### Segunda fuente. Los contratos.

Como fuente obligacional es la única que, conforme a la *summa divisio* tiene el carácter de voluntaria, es decir que las partes se ligan en compromiso con pleno conocimiento de los efectos jurídicos deseados. En los demás casos las personas resultan obligadas en virtud del imperio legal o como consecuencia de actos ilícitos, dolosos o culposos, que generan responsabilidades a su cargo, responsabilidad no deseada o no creada por expresión de voluntad. Se dice en derecho moderno, siguiendo en ello a la escuela pandectística, que las promesas unilaterales son vinculantes y por ello deben integrarse a la par de los contratos como fuente voluntaria de obligación, aspecto que dejaremos para estudio posterior, al igual que el análisis de ciertos contratos que aparentan no reflejar siempre la intención de las partes y sin embargo son obligatorios, cual ocurre con las convenciones colectivas de trabajo, en las cuales el criterio de mayoría fija los términos de la contratación quedando la minoría obligada y sin otra opción que retirarse del compromiso o aceptarlo a fin de no perder su oportunidad de trabajo. Similares razones se hacen a los contratos por adhesión en que la voluntad de uno de los pactantes aparenta quedar diluida cuando no ausente.

#### Tercera fuente. Los cuasicontratos.

Designación que debemos a Justiniano, objeto de crítica por parte de muchos tratadistas no conformes con su nomenclatura, ni con su naturaleza jurídica. Se le cataloga como fuente involuntaria de obligaciones, lo que debe entenderse en el sentido concreto de que no media consentimiento o acuerdo volitivo para crear el vínculo, por más que los hechos que generan la obligación son en sí voluntarios cual ocurre con quien recibe indebidamente una suma de dinero, lógicamente sin ánimo de consentir ab initio en la repetición del pago, lo cual hace posteriormente por exigirlo el imperio de la ley o por razones ético jurídicas que así lo impulsen.

Justiniano les dio esa denominación (*quasi ex contractu nascuntur*) por encontrarles analogía con ciertas figuras contractuales definidas, como ocurre entre la gestión de negocios y el mandato; el pago indebido con el préstamo; la administración de la cosa común con la sociedad, según lo señala el maestro Brenes Córdoba (6), y también los franceses Mazeud (7).

#### Cuarta fuente. Delitos y cuasidelitos o hechos culposos.

Se les denomina en forma genérica hechos ilícitos. Cuando una persona actúa con dolo, con evidente y manifiesta mala fe, con voluntariedad de causar un daño, surgen a su cargo dos tipos de responsabilidad: Penal y civil. Acorde a la primera el Estado le impone una sanción (prisión, multa, etc.), y respecto a la segunda nace su obligación de resarcir los daños y perjuicios que haya ocasionado con su acción dañina. El acto punitivo genera así obligaciones civiles en cabeza del autor del hecho ilícito. Lo mismo ocurre

(6) Brenes Córdoba Alberto. *Obligaciones y Contratos*. Edición Lehmann 1933, página 354.

(7) Mazeud Henry, León y Jean. *Lecciones de Derecho Civil. Parte II. Volumen II*, pág. 452. Ediciones Jurídicas Europa América, 1969.

cuando el daño emerge ya no del dolo sino de la impericia, el descuido o la negligencia del agente, quien de ese modo queda compelido a pagar los perjuicios causados. (Quasi ex delicto nascuntur). El elemento dolo ha sido sustituido por el de la culpa, pero en ambos supuestos se exige reparación.

Queda así cubierta, de modo breve, la clasificación de las fuentes de las obligaciones según el concepto de Pothier seguido por nuestro Código. Empero, al decir de Bonnecase, esta clasificación es puramente formal ya que ninguna de las fuentes tiene *"una existencia autónoma; se fundan recíprocamente unas en otras"*, todo lo cual exige un análisis más profundo sobre ellas (8).

Recordemos en todo caso que, en la división clásica, tal como la enfocan los franceses —que no los alemanes o suizos— no se incluyen las promesas como creadoras unilaterales de obligaciones a pesar de ser expresiones de voluntad productoras de efectos jurídicos.

Al mismo tiempo algunos interrogantes surgen al respecto, como por ejemplo: ¿No son los testamentos expresiones de voluntad con secuelas jurídicas? Sin embargo no son figuras convencionales ni cuasi-convencionales, y menos hechos ilícitos.

Ello nos indica que sobre la teoría de las obligaciones existe la de los hechos, actos o negocios jurídicos que involucran en sí el concepto singular del contrato propiamente tal. Resulta entonces oportuno hacer aquí un ligero resumen de la teoría del acto y del negocio jurídico para ubicar en ellos el contrato objeto de estas páginas.

#### En busca del concepto de Contrato.

#### El hecho jurídico. El acto jurídico.

Colocándonos en un orden natural de acontecimientos, diremos que en la vida se dan una serie de hechos del hombre que resultan intrascendentes, por así decirlo, a la esfera del Derecho. Una persona puede ir a pasear, participar en festejos o caminar tranquilamente con sus hijos a la vera de su casa, constituyendo todo ello lo que se conoce como hechos naturales (o sociales), y por ende ajenos al mundo del Derecho. Son valiosos únicamente para el hombre en su fuero interno.

Cuando esos hechos naturales se desbordan a sí mismos inquietando el mundo jurídico, produciendo consecuencias de derecho, se transforman de inmediato en hechos jurídicos, cual ocurre con la circunstancia de nacer o morir, perdonar una deuda, hacer una venta, herir a una persona o causar daños a la propiedad. En su virtud surgen compromisos o consecuencias variadas, según las circunstancias.

Resulta importante resaltar entonces que un hecho jurídico produce siempre un resultado de derecho. Pues bien, tales hechos pueden a su vez ser involuntarios o voluntarios.

Son hechos jurídicos involuntarios los que obligan contra la intención del sujeto, por ejemplo los resultados de actividades dolosas, que si bien voluntarias y dirigidas en cuanto a sus consecuencias ilícitas, resultan ciertamente involuntarios respecto al deseo de obligarse, de resarcir el daño. Igual ocurre con los hechos culposos provocados por el sujeto negligente.

Ahora, si el hecho jurídico es voluntario, vincula por esa sola circunstancia a su autor. Tenemos aquí una expresión de voluntad, un deseo de obligarse, de producir conscientemente secuelas de derecho. Entonces el hecho jurídico voluntario, en tanto sea lícito, se transforma en un acto jurídico.

Dentro de tal idea lo define Cabanellas: *"Todo hecho productor de efectos para el Derecho se denomina hecho jurídico; cuando ese hecho procede de la voluntad humana, se denomina 'acto jurídico'". El hecho jurídico comprende al acto jurídico*" (9).

De manera más completa lo conceptúa Bonnecase: *"Una manifestación exterior de voluntad, bilateral o unilateral, cuyo objeto directo es engendrar, fundado en una regla de Derecho o en una institución jurídica, en contra o en favor de varias personas, un estado, es decir, una situación jurídica permanente y*

(8) Bonnecase. Opus cit. página 17.

(9) Cabanellas Guillermo. Diccionario de Derecho Usual. Tomo I. Página 96. Décima Edición. Editorial Heliasta S.R.L. Argentina 1976.

*general, o por el contrario, un efecto jurídico limitado que se reduce a la formación, modificación o extinción de una relación de derechos" (10).*

Entonces, el elemento voluntad es el requisito sine qua non del acto jurídico.

La escuela clásica que lo desarrolla, defendida básicamente por tratadistas y legisladores franceses, explica desde este ángulo todos los sucesos voluntarios productores de resultados jurídicos.

Acorde a lo que aquí nos interesa, los galos localizan el contrato dentro de su tesis, conforme al siguiente razonamiento:

- a) Acto jurídico es todo hecho de esa naturaleza, voluntario y productor de efectos de Derecho.
- b) Ese acto jurídico puede ser unilateral si representa la voluntad de un solo sujeto, cual ocurre en el testamento; o bien colectivo por volición concurrente, como sucedería por ejemplo si deposito y me reciben una suma de dinero en un Banco para acreditar en mi cuenta corriente.
- c) Si el acto jurídico colectivo tiene una finalidad determinada, estamos en presencia de un convenio, como en el matrimonio.
- d) Si el convenio tiene como objeto único la creación de obligaciones, estamos en presencia de un contrato.

Ergo, el contrato es aquel acto jurídico colectivo creador de obligaciones. Resulta entonces que, acorde a este razonar, el convenio es el género y el contrato la especie. Todo contrato es un convenio, mas no todo convenio es un contrato.

Desde luego que muchos comentaristas consideran los términos contrato y convenio como sinónimos por ser ambos expresión del acuerdo de voluntades, resultando indiferente si el mismo es para crear obligaciones, para modificar las existentes o extinguirlas.

Sobre la teoría del acto jurídico levantan toda la construcción del Derecho Privado relativa a los actos voluntarios los cuales dependen para efectos de su eficacia, de que se desenvuelvan dentro del marco de legitimidad institucional como sucede con el matrimonio que se encuentra, aparte de la expresión voluntaria inicial, condicionado por las normas Constitucionales y de Familia que determinan de antemano las obligaciones de mutuo auxilio, fidelidad, alimentos, paternidad, etc. Otros presupuestos de valor del acto son la capacidad del gestionante, la existencia de objeto cierto y la necesidad de causa legítima, aspectos contemplados en nuestro sistema civil por el artículo 627 de la materia. Finalmente es necesario cumplir con las formalidades, de fondo o publicidad, que específicamente se requieran por ley.

### El negocio jurídico.

Fue Justiniano quien ordenó la recopilación de decisiones de justiperitos y tratados, Digesto o Pandectas, teniéndose así quizás por primera vez, una visión ordenada del mundo jurídico de los romanos.

Si prescindimos de la Edad Media donde esos conceptos sufrieron pocas variantes y algunos retrocesos, son los Enciclopedistas quienes preparan el terreno para nuevas concepciones jurídicas, las que finalmente se concretan en las leyes napoleónicas. Estas se estructuran sobre la base conceptual del acto jurídico.

Es en tiempos relativamente recientes que surgen en Alemania los Pandectistas —en honor a Justiniano— (Pandecta: comprender totalmente), los que proceden a una revisión total del Derecho Privado arribando a la concepción del Negocio Jurídico, la que deviene en importantísima considerándosele el mayor adelanto en la rama civil contemporánea. Notan estos teóricos que todos los elementos que surgían del contrato aparecían también en los actos volitivos unilaterales, lícitos, productores de consecuencias de derecho, que ajenos a la teoría del contrato, encuentran fácil desarrollo en la idea del negocio jurídico.

Expone el Dr. Gastón Certad: "*¿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 plurilateralidad— se presentaban en algunos actos*

(10) Bonnecase, opus cit. página 223.

*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" (11).*

Don Pablo Casafont Romero opina que la existencia del negocio jurídico exige dos requisitos de valor esenciales: a) un acto volitivo, sea que quien lo ejecuta desee conscientemente realizarlo y b) Que ese acto esté dirigido a obtener consecuencias de derecho. La falta de voluntad en la formación del negocio, o bien la ausencia de finalidad en lograr los efectos jurídicos, desnaturaliza esta figura. Depende además del ordenamiento jurídico donde se desempeña pues si se opone a él se torna ineficaz (12).

Ruggiero lo define como acto de voluntad autorizado por el ordenamiento jurídico para perseguir un fin propio (13).

Ciertamente los franceses dicen que la elaboración del negocio jurídico es más bien artificiosa y que todo lo expuesto se explica claramente por la teoría del acto jurídico. Cabanellas parece entender que se trata más de un cambio de nominación que de una variante de fondo: *"Negocio jurídico es todo acto o actividad que presenta algún interés, utilidad o importancia para el Derecho y es regulado por sus normas. En realidad, la expresión es una innovación, de importación germánica, tal vez, para sustituir el nombre más clásico -o "anticuado" para los innovadores de 'acto jurídico' preferido en Francia" (14).*

Resulta interesante el desarrollo que hace Castán de la idea del negocio jurídico, considerándolo como una variante del acto jurídico, del cual éste resulta el género y aquél la especie.

Expone el maestro español: *"En el ámbito extensísimo de los hechos jurídicos figura, en contraposición al grupo de los hechos naturales, el de los hechos humanos voluntarios o actos jurídicos, y dentro de éstos, en su subgrupo de los actos lícitos, aparece frente a la categoría un tanto indefinida de los simples actos de derecho la figura destacadísima y más perfilada de los negocios jurídicos" (15).*

Según este tratadista los actos jurídicos pueden concebirse en forma amplia o restringida. Acorde a la primer idea son los actos voluntarios que en general interesan al mundo del Derecho, al cual inquietan, como ocurre si hago un depósito en un Banco; o bien, en la segunda concepción, porque aparejan verdaderos efectos jurídicos, sea que específicamente se crean, modifican o extinguen derechos, como sucede al confeccionar un testamento, convenir una variación al canon de un arriendo o acordar la disolución de una sociedad.

Ese acto jurídico, unilateral o plurilateral, que en forma exclusiva crea, modifica o finiquita derechos es el negocio jurídico.

*"La denominación de actos jurídicos no resulta precisa pues tiene un sentido genérico que abraza no sólo los negocios jurídicos, sino los demás hechos, también humanos y voluntarios que producen consecuencias jurídicas" (16).*

Castán considera al negocio jurídico como *"...el acto integrado por una o varias declaraciones de voluntad privada, dirigidas a la producción de un determinado efecto jurídico y a las que el Derecho objetivo reconoce como base del mismo, cumplidos los requisitos y dentro de los límites que el propio ordenamiento establece" (17).*

Entre los requisitos de valor negocial están precisamente la existencia previa de un *"acto jurídico (que) constituye el género próximo de la definición del negocio jurídico..."*. *"...A diferencia de otros*

- 
- (11) Certad Gastón. La Teoría del Negocio Jurídico Frente a la Legislación Civil Costarricense. Revista Judicial, Costa Rica. Año I, No. 2. Diciembre 1976. Página 21.
- (12) Casafont Romero Pablo. Ensayo de Derecho Contractual. El valor jurídico de los actos prenegociales. Pág. 186. Edición Lehmann 1969.
- (13) Ruggiero, citado por Casafont, opus cit., pág. 187.
- (14) Cabanellas. Opus cit. Tomo III. Pág. 21.
- (15) Castán Tobeñas, José. Derecho Civil Español, Común y Foral. Tomo I. Pág. 619. Editorial Reus. Madrid. 1963.
- (16) Castán. Supra. Pág. 624.
- (17) Castán. Supra. Pág. 622.

*actos jurídicos, el negocio jurídico presupone no una voluntad encaminada a hechos, sino una voluntad 'dirigida a producir un efecto jurídico' "* (18).

Es necesaria además la tutela del ordenamiento legal, sea que el acto no sea contrario al derecho imperante y, finalmente, la concurrencia de requisitos que señale el derecho objetivo, como puede ser la necesidad de entregar las cosas en los contratos reales, o la formalidad de constar en escritura pública la donación, según las previsiones de ley (19).

De acuerdo con esta concepción, todo acto jurídico que tenga por finalidad determinante y exclusiva producir efectos de derecho, entendidos por tales crear, modificar o extinguir obligaciones, se convierte en un negocio jurídico. Como el contrato es un acuerdo de voluntades que produce las consecuencias mencionadas cae claramente dentro de esa idea. Es evidente que también son actos de índole negocial cualesquier declaración de voluntad unilateral generadora de los efectos relatados, cual ocurre con el testamento o la promesa particular de negociación.

Desde luego un concepto tan amplio y complejo como el de negocio jurídico no siempre se encasilla de modo tan definido como lo hace el maestro español, sino que hay matices discrepantes de importancia.

Por ejemplo Santi Romano opina que la autonomía privada, en cuanto expresión de voluntad, es la característica de esta figura. Opera el negocio jurídico como una ley entre las partes tal como lo enfoca nuestro artículo 1022 de Civil, quedando los pactantes constreñidos a cumplir en la forma convenida pues han creado sus propias normas obligaciones. Como manifestación de voluntad creadora de sus propios efectos, el contrato es un negocio jurídico típico.

Por su parte el acto jurídico propiamente tal también produce efectos, pero éstos se encuentran preestablecidos por la ley y así, aunque el acto surja de una expresión de voluntad, sus resultados ya están normados. Tal ocurre en el matrimonio que nace con el consenso de los contrayentes, pero sus efectos están regulados por el Código de Familia y leyes conexas, sin que los interesados puedan imponer su voluntad, por lo menos en lo que al fondo de la institución se refiere. Lo mismo ocurre con el reconocimiento de un hijo extramatrimonial, una adopción o la aceptación de una tutela.

Por el interés del punto y a manera de ilustración, transcribamos algunos párrafos:

*"Aun prescindiendo de las inadmisibles concepciones de las cuales se la sugiere, debe considerarse inexacta la definición común en virtud de la cual el negocio tendría por objeto la constitución (o la modificación o la extinción) de relaciones jurídicas.*

*Hay actos que tienen precisamente ese objeto, pero que no son, sin embargo, negocios. En otros escritos míos, a propósito del concepto de contrato o de convención, es decir, de una especie típica e indudable de actos bilaterales (plurilaterales) que tienen naturaleza negocial, hacia yo notar que la distinción entre ellos y otros actos bilaterales no contractuales debe buscarse, precisamente, en la autorreglamentación que los primeros contienen de la relación constituida por ellos y en la falta de esa misma reglamentación que es propia de los segundos, toda vez que éstos dan vida a relaciones que están entera y exclusivamente regulados por la ley. Por tal motivo, no es un negocio, y por consiguiente, un contrato, la adopción. Y lo mismo hay que decir del matrimonio. . . Ahora bien, dicho criterio, que me ha servido particularmente para distinguir los actos contractuales de los actos no contractuales, creo que hay que generalizarlo y aprovecharlo para distinguir todos los actos negociales, incluso no contractuales y, por consiguiente, también unilaterales, de aquéllos respecto de los cuales hay que excluir la figura del negocio.*

*Los negocios son siempre normativos o preceptivos, como quiera decirse; los actos que no tienen carácter negocial, o no son normativos, o son actos de autoridad, en el sentido ya precisado. Los primeros son, pues, siempre manifestaciones de autonomía; los segundos lo son o no, según los casos"* (20).

En este punto hacemos nuestra la inquietud planteada por el Dr. Certad. ¿Cuál es la causa de los efectos que nacen del negocio jurídico: la voluntad de los interesados o el ordenamiento jurídico?

Se trata, según expone, de dos planteamientos extremos estimando oportuno acogerse a la tesis

(18) Castán. Supra. Págs. 625 y 626.

(19) Castán. Supra. Págs. 626 y 627.

(20) Santi Romano. Fragmentos de un Diccionario Jurídico. Actos y Negocios Jurídicos. Autonomía. Capítulos reproducidos para la Cátedra de Principios de Derecho Privado II, por la Universidad de Costa Rica en 1972, páginas 7 a 9.

conciliatoria del profesor Cariotta Ferrara según la cual es la Ley la que da eficacia a la voluntad del hombre y los efectos que se acuerdan son eficaces en cuanto permitidos por el orden jurídico.

Además la voluntad en el negocio no debe estar simplemente dirigida a obtener efectos jurídicos sino a la consecución de un fin práctico pues hay efectos no previstos por las partes.

*"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" (21).*

Enunciado lo amplio del tema, podríamos decir que la Teoría del Negocio Jurídico ha absorbido la del Contrato, que viene a regularse en sus aspectos principales por las normas genéricas de la primera en cuanto le sean singularmente aplicables.

Hemos llegado así al concepto de contrato conforme a las ideas de acto y negocio jurídico.

Acorde a la primera:

Contrato es el convenio que tiene por objeto crear obligaciones.

En relación al negocio jurídico:

Contrato es una expresión de voluntad, de orden privado, bilateral o plurilateral que persigue un fin práctico permitido por el ordenamiento jurídico.

Nuestro Código Civil no contiene definición de esta figura, pero transcribiremos la del Código Civil italiano en su artículo 1321, conforme a la cual contrato es:

*"El acuerdo de dos o más partes para constituir, regular o extinguir entre ellas una relación jurídica patrimonial".*

Aspectos a destacar:

a) No habla de personas sino de "partes" indicando así la existencia de núcleos de interés en la negociación.

b) En su virtud se crean, modifican o extinguen obligaciones. Contiene así algunos aspectos de los que caracterizan al negocio jurídico.

c) Finalmente señala que el ámbito natural del contrato es lo patrimonial.

Podemos agregar que el Código argentino en su artículo 1137 es muy acertado en su definición, según la que *"hay contrato cuando varias personas se ponen de acuerdo sobre una declaración de voluntad común, destinada a reglar sus derechos".*

Cumplida esta primera etapa continuaremos en trabajos posteriores el análisis de otros aspectos de la Teoría del Contrato.



## EL DESARROLLO DE UN SISTEMA JURIDICO (\*)

Lic. Carlos José Gutiérrez

### 1. EL PUNTO DE PARTIDA.

Costa Rica es un país de 50.900 kilómetros cuadrados de extensión, situado en América Central, que adquirió su independencia de la Corona Española en 1821, al declararse separadas de ella las Provincias Unidas de Centroamérica el 15 de setiembre de ese año, en la ciudad de Guatemala. La declaración hecha para toda la Capitanía General no fue conocida en Cartago, entonces capital de la provincia de Costa Rica, sino el 13 de octubre de 1821 y ratificada por la Junta de Legados el 29 de ese mes (1). Durante el período colonial Costa Rica había sido una comunidad aislada, tanto de España como de Guatemala, que contaba con una pequeña población indígena original y que había recibido a pocos españoles y negros. Según el censo de 1801, la población era de 52.291 habitantes, por lo cual es de suponer que a la fecha de la Independencia estaba todavía lejos de los cien mil habitantes (2). Existía un nivel de vida bajo pero igualitario, con un sistema de propiedad fraccionario, familiar y cultivada por el propio esfuerzo de los propietarios en el Valle Central; en las llanuras del Atlántico existían haciendas cacaoteras en estado de semiabandono y en Guanacaste las había de gran extensión dedicadas al cuidado del ganado.

El aislamiento en que vivieron los costarricenses durante la época colonial continuó por todo el siglo XIX y buena parte del XX. Ello les hizo formar un carácter independiente y les obligó a llegar a sus propias definiciones en materia de gobierno. Tuvieron que decidir, para definir su sistema político, entre la unión con México o con Colombia, la formación de una federación con otros países centroamericanos y la vida independiente. Formaron parte fugazmente del Imperio mexicano de Iturbide; trataron de ser parte de la Federación Centroamericana, pero continuos conflictos y guerras civiles de sus vecinos, los llevaron a declararse totalmente independientes en 1848. Durante la primera época buscaron fundamen-

(\*) El texto de este artículo constituye el primer capítulo de un libro sobre el funcionamiento del sistema jurídico costarricense durante el período 1945-1970. Es parte de la investigación realizada dentro del programa de Derecho y Desarrollo de la Escuela de Derecho de la Universidad de Stanford, bajo la dirección del Dr. John Henry Merryman.

(1) FERNANDEZ, Ricardo: *La Independencia* (Comisión Sesquicentenario de la Independencia, San José, 1971) págs. 5 a 11.

(2) *Monografía de la Población de Costa Rica en el Siglo XIX*, (Dirección General de Estadística, San José, 1951).

talmente vivir en paz y orden, huyeron del caudillismo y de la participación en los conflictos que se suscitaron en el resto de Centro América; lucharon en cortas escaramuzas entre las cuatro ciudades principales del Valle Central —Cartago, San José, Heredia y Alajuela— para definir cuál de ellas debía tener el título de capital y adoptaron la solución salomónica de declarar éste rotativo, hasta que finalmente quedó fijado en San José. A escasos 32 días de confirmar la declaratoria de independencia, el 1 de diciembre de 1821, todavía inseguros de cuál debía ser el mejor camino a seguir, la Junta de Legados adoptó una Constitución que se denominó Pacto Social Fundamental Interino o Pacto de Concordia, que con modificaciones rigió el país hasta 1825, cuando ya constituida la Federación Centroamericana se aprobó la Constitución del Estado de Costa Rica (3).

Esa primera Constitución organizó un gobierno provisional compuesto de siete vocales propietarios y tres suplentes, que se denominó Junta Superior Gubernativa de Costa Rica, que debía residir durante tres meses consecutivos en Cartago, San José, Heredia y Alajuela y sería renovada por mitades cada año, variándose su presidente cada tres meses. La Junta se elegía popularmente en elecciones de tercer grado. Se mantenía la vigencia de las leyes españolas para lo judicial y se declaraba que *"la provincia de Costa Rica está en absoluta libertad y posesión exclusiva de sus derechos para constituirse en una nueva forma de gobierno y será dependiente o confederada de aquel Estado o potencia a que le convenga adherirse, bajo el preciso sistema de absoluta dependencia del Gobierno español y de cualquiera otro que no sea americano"* (4).

## 2. LOS DISTINTOS PLANOS DE EVOLUCION:

A partir del Pacto de Concordia, poco a poco, los costarricenses forjaron un sistema jurídico propio, en cuanto adquirió modalidades particulares en algunas de sus instituciones, y que debió, sin embargo, generosas aportaciones a las instituciones jurídicas de España, sobre todo, de otros países europeos, especialmente Francia, y de algunos latinoamericanos.

Creo posible distinguir en esa evolución tres planos diferentes: a) el proceso constitucional caracterizado por la evolución de un modelo que si bien tuvo una inspiración original en la Constitución de Cádiz de 1812 y en la de los Estados Unidos de América, fue objeto de modificaciones y ajustes como resultado de la experiencia y llegó a adquirir una fisonomía cada vez más propia y particular; b) la formulación de códigos y leyes para la organización de los tribunales y administración de justicia, en los cuales se siguieron distintos modelos extranjeros; c) la regulación de las actividades económicas, en las cuales no se obedeció un modelo preconcebido sino que se reaccionó en forma inmediata y de poco alcance a las situaciones y problemas del momento (5).

Me parece necesario examinar cada una de esas situaciones por separado.

- 
- (3) El Congreso provincial reunido el 3 de marzo de 1823 promulgó una nueva carta constitucional que se llamó Primer Estatuto Político; el 16 de mayo de ese mismo año fue nuevamente modificado y se produjo un Segundo Estatuto Político. Ambos no fueron sino modificaciones del Pacto Original. Véase PERALTA, Hernán G.: *El Pacto de Concordia* (Lehmann, San José, 1955) Ibid.: *Las Constituciones de Costa Rica* (Instituto Estudios Políticos, Madrid, 1962); Ibid.: *Agustín de Iturbide y Costa Rica* (Editorial Costa Rica, San José, 1968). El proyecto del pacto fue preparado por don Pablo Alvarado y enviado desde Guatemala, desde donde residía. FERNANDEZ Ricardo: op. cit. p. 17. Tuvo como modelo la Constitución de Cádiz de 1812.
- (4) Artículo 1. *El Pacto de Concordia*. Edición facsimilar con motivo de los 150 años de su promulgación el día 1 de diciembre de 1821 (Comisión Nacional del Sesquicentenario de la Independencia de Centro América, San José, 1971).
- (5) Advierto que esta tercera categoría constituye una limitación arbitraria. Los tipos de legislación que se contemplan en ella, bien podrían referirse a otros campos, como el educativo. He escogido el económico bajo la creencia de que en él podría verse más fácilmente la correlación del cambio social y lo jurídico.

## I PARTE

### EL PERIODO DEL ENSAYO: (1821—1871)

#### 3. LOS ENSAYOS CONSTITUCIONALES:

El 24 de junio de 1823 se reunió en Ciudad de Guatemala el primer congreso electo por todos los centroamericanos para determinar sus sistemas de gobierno. Dicho Congreso proclamó la independencia no sólo de España sino también de México y procedió a preparar la Constitución de la República Federal de Centroamérica, que fue decretada el 22 de noviembre de 1824. Tuvo ésta como modelo la Constitución de los Estados Unidos de América y sentó las bases a las que debían ajustarse las Constituciones de los Estados (6).

Con base en ella, cada uno de los Estados procedió a celebrar su propio Congreso Constituyente y a promulgar la Constitución estatal. El de Costa Rica se reunió el 26 de junio de 1824, formado por once representantes, que el 25 de enero de 1825 promulgaron la Ley Fundamental del Estado Libre de Costa Rica, que fue la primera Constitución que tuvo una duración prolongada, dado que rigió al país hasta 1841 (7). Esta Constitución estableció un Poder Legislativo Bicameral, un Jefe de Estado y una Corte Suprema de Justicia, como poderes básicos dentro del Estado. Dicho modelo fue luego, objeto de diversas modificaciones en las cartas posteriores. El más radical de todos ellos, tal vez por su alejamiento de la experiencia general del costarricense, fue el dado en la Ley de Bases y Garantías de 1841 que representa el intento de don Braulio Carrillo de darnos *"el más puro absolutismo de toda nuestra historia. En su persona de Primer Magistrado se reunieron, con excepción del Judicial, todos los poderes del Estado, ejercidos, como en las más auténticas épocas del absolutismo, sin límites ni responsabilidades de ninguna especie. Carrillo sería inclusive hasta Poder Constituyente"* (8).

La corta duración del gobierno de quien se proclamó jefe de Estado vitalicio —dio un golpe de estado en noviembre de 1838, legitimó su gobierno en 1841 con la Constitución que él mismo promulgó y fue derrocado en abril de 1842— fue suficiente prueba de la imposibilidad de arraigo en Costa Rica de un gobierno de tipo absolutista. El ascenso al poder del General Francisco Morazán, que vino a sustituirlo, fue prueba definitiva para otra de las posibles alternativas; la República Federal de Centro América. La proclamación hecha por el General unionista de que el Estado de Costa Rica se comprometía a reconstituirla, tuvo como resultado que cinco meses después, un levantamiento popular lo derrocó y fusiló. Un tercer intento fallido fue el de la Constituyente de 1844 que trató de crear un Poder Ejecutivo colegiado, formado por cuatro tribunos, elegido cada uno de ellos por una de las cuatro provincias importantes —Cartago, San José, Heredia y Alajuela— y restaurar el sistema bicameral en el Poder Legislativo. El primero de esos intentos fue derrotado en la propia Asamblea Constituyente; el segundo duró apenas los dos años y dos meses que tuvo de vigencia la Constitución de 1844 (9). En 1847 y 1848 tuvimos dos nuevas Constituciones, siendo en la segunda de ellas, en la cual se reconoció la muerte de la Federación Centroamericana, con la cual Costa Rica no había tenido nada que ver desde 1838, y se inició la etapa de total independencia jurídica (10).

En 1859, después de derrocar al Presidente Juan Rafael Mora, quien había gobernado el país por casi diez años, se trató de debilitar el Poder Ejecutivo, que absoluto en la época de Carrillo, había sido limitado en la Constitución de 1844 y fortalecido en las de 1847 y 1848. Esos diversos cambios consti-

(6) Sobre los detalles de la Asamblea Constituyente véase TOWNSEND, Andrés: *Las Provincias Unidas de Centroamérica: Fundación de la República* (Editorial Costa Rica, San José, 1973). Sobre los procesos de la Federación véase FACIO Ródrigo: *La Federación de Centroamérica. Sus antecedentes, su vida y su disolución* (Esapac, San José, 1965).

(7) Para las influencias sobre dicha Constitución véase mi artículo: "Una Convergencia de Iusnaturalismos. El sustrato filosófico de tres artículos de la Constitución de 1825". Publicado en REVISTA DE CIENCIAS JURIDICAS, Universidad de Costa Rica, Facultad de Derecho, Noviembre de 1965, No. 6.

(8) JIMENEZ, Mario: *Soberanía Externa y Relaciones entre el Legislativo y el Ejecutivo en nuestra evolución constitucional*. P. 94 (publicado inicialmente como Tomo II de sus *Obras Completas*). (Editorial Costa Rica, San José, 1962), fue luego publicado por separado como *Desarrollo Constitucional de Costa Rica* (Editorial Costa Rica, San José, 1973). Las citas de página son de la obra original.

(9) El Senado fue restablecido en la Constitución de 1859 y desapareció en la de 1871.

(10) Sobre ese período véase JIMENEZ, M. op. cit. págs. 113-194.

tuyen la base del "principio del péndulo", que formulara Mario Alberto Jiménez, al señalar muy acertadamente que las Constituciones costarricenses han oscilado entre un legislativo fuerte y un ejecutivo débil, y un ejecutivo fuerte y un legislativo débil, para orientarse nuevamente hacia un mayor Poder para la Asamblea (11). Por otro lado, el gran número de constituciones de esa época —falta agregar a ellas la fugaz de 1869— y las distintas alternativas planteadas durante ese periodo, permite reconocer en todo el proceso que tiene lugar, la operación del sistema de "prueba y error" que, en forma bastante empírica y acomodaticia a las circunstancias del momento, llevaron a cabo los costarricenses para lograr crear un sistema de gobierno, que respondiera a sus necesidades y características personales. Se probaron distintos sistemas de gobierno, lográndose finalmente, con la Constitución de 1871, llegar a un primer momento de madurez en materia de sistema de gobierno (12).

Si se dieron alternativas entre el predominio del Poder Ejecutivo y Poder Legislativo, la trayectoria del Poder Judicial puede más correctamente describirse como un "crecimiento". Organizado inicialmente en 1824 por un Decreto del Congreso Constituyente (13), sus funciones se mantuvieron básicamente inalteradas. Las distintas Constituciones fueron dándole ciertos cambios de modalidad: en cuanto a su elección, que fue popular hasta 1874, en que inició el sistema de elección por la Asamblea Legislativa; en cuanto a su duración: que fue por dos años hasta 1847, cuando se adoptó un periodo de seis años y 1848 en que se fijó en cuatro; en cuanto a los requisitos hasta 1859, donde se exigió por primera vez el requisito de ser abogado (14) y en cuanto a su relación con los jueces inferiores, que se colocaron bajo su dependencia en 1848 y en 1869, se le dio la clara facultad de nombrarlos.

#### 4. LAS PRIMERAS COPIAS:

Si hubo preocupación inmediata, después de la Independencia, por definir el sistema de gobierno, no la hubo en igual grado por independizarse de la legislación española. Queda ello claro en el Pacto Social Fundamental Interino, que reconoció expresamente la vigencia de las leyes españolas (15). El primer libro de Derecho publicado en Costa Rica en 1834, por don Agustín Gutiérrez Lizaurzábal, fue un resumen de

(11) Esa puede considerarse la tesis fundamental de su obra citada.

(12) Ver mi artículo "Síntesis del Proceso Constitucional" publicado en Costa Rica. *Constitución Política Anotada* (Equidad de Centroamérica, San José, 1975).

(13) El primer documento de la historia jurídica costarricense en que se hace mención a que el "Supremo Poder del Estado estará siempre dividido en Legislativo, Ejecutivo y Judicial" es el Decreto V del 24 de setiembre de 1824, que puso en ejecución un Decreto del Congreso Constituyente del día anterior, suscrito por el Diputado Presidente don Agustín Gutiérrez Lizaurzábal, quien en el futuro sería Presidente de la Corte". GUIER, Jorge Enrique: "La Corte", en *Revista Judicial* Año I, No. 2, diciembre de 1976, p. 14. En los primeros años, sin embargo, por frecuentes renunciaciones de sus integrantes, no quedó integrada en una forma estable sino hasta 1832. GOMEZ, Carmen Lila: *Los Gobiernos Constitucionales de don Juan Mora Fernández 1825-1833* (Universidad de Costa Rica, Ciudad Universitaria Rodrigo Facio, 1973) p. 44-53.

(14) El Pacto de Concordia y los dos Estatutos Políticos no decían nada sobre la Corte. La Constitución Federal de Centro América estipulaba la creación de las Cortes Superiores de Justicia de los estados pero no decía nada de los requisitos necesarios de sus miembros. La Ley Fundamental del Estado Libre de Costa Rica, la *Constitución* de 1825, tenía la exigencia de ser abogado para el Presidente y el Fiscal. El Reglamento para la Administración de Justicia del 26 de enero de 1826 requería que un miembro letrado integrara la Corte en todas sus actuaciones. El Decreto LXXI de 27 de julio de 1832 reformó el No. 206 de 30 de abril, que había exigido la condición de abogado para los Magistrados, diciendo que éstos "podrán ser letrados, Bachilleres u hombres de probidad que tengan alguna inteligencia en materias forenses". El Decreto XIV de 27 de marzo de 1835 que estableció una Corte compuesta de siete Magistrados, dijo que sólo Presidente y Fiscal debían ser letrados. En la Ley de Bases y Garantías, Carta Constitucional de 8 de marzo de 1841, no se exigía la condición de abogado a los relatores de la Corte. En la Constitución de 9 de abril de 1844 se dijo: "Cuando en el Estado haya por lo menos diez profesores de Derecho, naturales y radicados en él... será condición indispensable para ser Regente y Fiscal, la calidad de Abogado; y cuando haya por lo menos dieciséis abogados, en el concepto expreso, toda la Corte será compuesta de ellos". No fue sino en el Decreto No. 18 de 17 de octubre de 1856, que se dijo: "Considerando: que ha llegado el caso previsto por la Ley Fundamental, de exigir la calidad de Letrado para ocupar las principales plazas de Ministro Juez de la Corte Suprema de Justicia" se Decreta: . . . 3. Para ser Regente, Fiscal o Presidente de una de las Salas de Segunda Instancia del Tribunal Superior de Justicia, se requiere la calidad de Abogado". Es en la Constitución del 27 de diciembre de 1859 donde por primera vez se requiere, en el artículo 130 para ser Magistrado "tener el título de abogado expedido o reconocido por la Corte". Véase GONZALEZ, Eloy: *Historia de la Corte Suprema de Justicia 1821-1949*. Tesis de Grado (Universidad de Costa Rica, Facultad de Derecho. 1967).

(15) "En lo judicial, la Junta, como Tribunal de protección únicamente hará que los jueces constitucionales, administren pronta y rectamente justicia, conforme a la Constitución española y leyes existentes, singularmente la de 9 de octubre de 1812". Artículo 41 del Pacto Social Fundamental Interino.

principios y disposiciones de la legislación española, para su utilización en la administración de justicia y ejercicio de la abogacía (16).

Aplicando las leyes españolas llegó Costa Rica hasta 1841, cuando Braulio Carrillo, le dio a Costa Rica el primer Código, que se llamó General pues comprendía las materias civil, penal y procesal (17). Alberto Brenes Córdoba analiza la formación del Código en los siguientes términos: "*Según afirma el historiador Montúfar en su Historia de Centro América, la parte civil y la penal fueron tomadas de los códigos que sobre esas materias se publicaron para el régimen de la Confederación que se formó por los años de 1836 a 37, entre las repúblicas de Perú y Bolivia, bajo la presidencia del General Santa Cruz. Respecto al Código de Procedimientos, que comprendió el enjuiciamiento civil y penal dice el citado historiador que fue compuesto, lo mismo que un formulario de cartulación que publicó el Gobierno, por el jurista doctor Isidro Menéndez, emigrado salvadoreño a quien el jefe del Estado señor Carrillo encomendó esa tarea. Mas este gobernante, que era muy competente en su profesión de abogado, trabajó también en el arreglo de los códigos emitidos en Costa Rica*".

"*El Código Civil fue en su mayor parte copia del francés. En algunas materias se separó del original, como en lo relativo a matrimonio y divorcio, en que se adoptaron las doctrinas del derecho canónico; y en lo tocante a sucesiones, en que se siguió el derecho español...*".

"*El Código Penal resultaba ser, con pocas variaciones el mismo de España emitido en 1822, que era bastante severo. Pero entre nosotros, por leyes posteriores, se fue mitigando su rigor y disminuyendo los casos de penas de muerte, que aquel cuerpo legal establecía con cierta prodigalidad*".

"*En cuanto al Código de Procedimientos, que comprendía, como queda dicho, el enjuiciamiento civil y penal, fue formado con materiales suministrados por leyes y doctrinas españolas de épocas bien anteriores y de escaso valor técnico*" (18).

Igual proceso se cumplió en 1853, cuando, en el gobierno de Juan Rafael Mora, se promulgó un Código de Comercio. Este no fue sino una copia del Código español en 1829, que había sido formulado por el mercantilista español Pedro Sáenz de Andino, quien había realizado una adaptación del Código francés de 1807, extrayendo gran cantidad de materiales de las Ordenanzas de Bilbao y de la jurisprudencia de los Consulados españoles (19).

El Código General y el Código de Comercio señalan el procedimiento básico que se va a seguir en Costa Rica en materia de preparación de códigos o leyes básicas: se copia, de manera literal, con ligeras modificaciones o con pretensiones de resumen, la legislación de países de mayor desarrollo. Poca o ninguna vinculación hay entre dichas leyes y la realidad social del país en el cual han regido.

Un aspecto muy importante es que la mayoría de las copias se hacen de España. Es corriente afirmar que los países latinoamericanos tomaron sus códigos de los franceses (20). Pero, por lo menos en el caso de Costa Rica, en la mayoría de los casos la copia no fue directa de Francia. Se hizo a través de España, se copiaron las versiones que los españoles habían hecho de los franceses. A finales del siglo XIX y principios del XX el énfasis o la moda latinoamericana era exaltar la relación con Francia y soslayar la vinculación con España. Pero, en la realidad de los hechos, la fuente de las instituciones jurídicas desarrolladas siguió siendo España (21). No sólo existía la facilidad del idioma. Estaban además la conciencia de que al tratarse de un país de menor desarrollo, las instituciones jurídicas podrían guardar una mayor adaptabi-

(16) *Prontuario de Derecho Práctico por Orden Alfabético*. Contiene la resolución de los casos que comúnmente ocurren con arreglo a las leyes vigentes y trámites comunes, de los juicios civiles, criminales y militar, con las notas correspondientes de las del Estado de Costa Rica (Imprenta La Concordia, San José, 1834). El autor se identifica como "Un Abogado Centro-Americano", pero su identidad es bien conocida como puede verse en DOBLES, Luis: *Índice Bibliográfico de Costa Rica* Tomo VII, "Política y Derecho desde 1831 hasta 1921" (Lehmann, San José, 1936): En igual sentido MELENDEZ, Carlos: *Don Rafael Moya, Esbozo de una biografía* (Imprenta Nacional, San José, 1964) p. 7. Véase, mi artículo "Una convergencia de Iusnaturalismos", nota 6.

(17) Según GUIER, Jorge Enrique: *HISTORIA DEL DERECHO* (Editorial Costa Rica, San José, 1968) tomo II, p. 1186 y 1187, Ricardo Fernández Guardia y Salvador Jiménez, consideran que el autor del Código fue el propio don Braulio Carrillo.

(18) *Historia del Derecho* (Tipografía Gutenberg, San José, 1929) pp. 380-381.

(19) KOZOLCHYK, Boris y TORREALBA, Octavio: *Curso de Derecho Mercantil* (San José, 1974) p. 106.

(20) NOVOA, Eduardo: *El Derecho como Obstáculo al Cambio Social* (Siglo XXI, México, 1975) p. 18.

(21) El ejemplo español continúa. Baste con citar, fuera de otros casos que se verán, la actual Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, No. 3667 del 12 de marzo de 1966, que es copia "o adaptación" de la española de 1956. Véase *REVISTA DEL COLEGIO DE ABOGADOS*, tomo XXI, No. 12 de julio de 1966, especialmente el artículo "La Jurisdicción Contencioso Administrativa, y su Reforma" de RETANA, Gonzalo 3-253.

lidad para países subdesarrollados. Eso, desde luego, sin olvidar que existía efectivamente una comunidad de tradiciones que, consciente o inconscientemente, nos mantenía cerca de España.

Por otra parte, al establecer las primeras instituciones jurídicas era muy difícil para los costarricenses seguir otra alternativa que la de copiar de las naciones europeas. Hay que tomar en cuenta que la tradición indígena había desaparecido de manera casi total, sobre todo por existir una falta de coincidencia entre los centros de población de los grupos de indios, situados principalmente en la costa del Pacífico, y el foco de la colonia española en el Valle Central. Pero, lo que considero necesario destacar es que, mientras en las instituciones políticas se partió de un momento inicial de copia completa y se desarrollaron luego modalidades propias y particulares, en el campo de los "grandes códigos" (Civil, Penal, Comercial, Procesal Civil y Procesal Penal), como los llama Eduardo Novoa Monreal (22), el hábito de copiar instituciones extranjeras se mantuvo como fuerza básica en la evolución jurídica. Se trata, sin lugar a dudas, de una de las formas más claras de la dependencia cultural costarricense (23).

## 5. LAS RESPUESTAS DIRECTAS:

Eduardo Novoa Monreal ha hecho una separación dentro de los fenómenos jurídicos de América Latina entre la creación de los "grandes códigos", copiados de los países europeos y la nueva "legislación social", a la que caracteriza en los siguientes términos: *"Se trata de un vasto conjunto de leyes dispersas y carentes entre sí de toda organicidad. Ellas han sido dictadas bajo circunstancias de apremio político o de expresión social desbordante, con el fin de resolver un conflicto inminente o de evitar una situación amenazante. Su elaboración ha sido precipitada, no ha contado con estudios técnicos previos y las Asambleas Legislativas les han votado tras un debate superficial. Hay en ellas falta de la necesaria coordinación con otras leyes similares, con las que van a entrar en juego. El resultado son leyes en que están ausentes todo plan y método, cuyas normas no armonizan sino que pugnan entre sí o con otros preceptos, originando toda clase de dudas en su aplicación, carentes de una mínima vertebración, y no pocas veces defectuosas hasta en su redacción formal. Su mismo contenido y finalidad son ambiguos, desde que corresponden muchas veces a la conciliación de criterios e ideologías enteramente divergentes dentro de quienes participaron en su elaboración"* (24).

Novoa habla refiriéndose a la época presente y utilizando ejemplos de los dos países que conoce bien: Chile su patria, y México, donde reside actualmente. Creo que puede derivarse de su planteamiento, una hipótesis sumamente interesante y poco explorada: la de que si bien una parte de la legislación formal puede corresponder en los países latinoamericanos a copias de naciones de mayor desarrollo relativo, por las cuales se ha pretendido encauzar el cumplimiento de las funciones sociales del derecho, es posible encontrar una serie de leyes —de tipo económico y social— que son el resultado directo de las demandas que la sociedad ejerce sobre el sistema jurídico, por lo cual reflejan en una forma más inmediata lo que ocurre en la sociedad global.

A ese efecto, me ha parecido interesante dar un vistazo general a las "leyes dispersas", "carentes de toda organicidad", "dictadas bajo circunstancias de apremio político o de presión social", que han sido emitidas por los órganos legislativos costarricenses (25) con referencia principal a las actividades económicas, durante la vida independiente del país (26).

(22) NOVOA, E.: op. cit. p. 21.

(23) Sobre dependencia cultural véase CAMACHO, Daniel: *La dominación cultural en el subdesarrollo* (Editorial Costa Rica, San José, 1972). pp. 116-176.

(24) NOVOA, E. op. cit. pp. 21-22.

(25) Por órganos legislativos entiendo tanto el Poder Legislativo como el Ejecutivo, dada la facultad de ambos de dictar disposiciones de carácter general, ya se llamen ellas leyes o reglamentos.

(26) He tomado como fuente básica, la Colección de Leyes y Decretos que iniciada en 1824, llega hasta nuestros días. Debe tomarse en cuenta que los tomos anteriores a 1875 fueron objeto de una segunda edición, que es la utilizada. Es posible que en ella no se incluyeran todas las leyes y reglamentos publicados originalmente. Por otra parte, creo necesario advertir que lo hecho con respecto a leyes de contenido económico podría muy bien hacerse con respecto a otros campos como el educativo o la salud pública.

En la época que va desde 1821 hasta 1871, la legislación dictada en esta materia puede agruparse en cuatro campos principales, si excluimos las disposiciones de propósito puramente tributario: a) Actividades monopolizadas por el Estado costarricense, que constituyeron fuentes de ingreso fiscal que formaban una herencia del régimen colonial español: Fueron ellas fundamentalmente el cultivo y comercialización del tabaco y la fabricación de licores (27). Las reglamentaciones formuladas pretenden determinar la marcha de dichas actividades, no como resultado del desarrollo de un plan general sino como respuesta a situaciones concretas y particulares, como las siembras anuales o el establecimiento de los estancos. Pero hay en el tratamiento de ambas actividades monopolizadas diferencias básicas: en el caso del tabaco, se llega gradualmente a la liberalización de los cultivos, lo que ocurre a partir de 1849 y 1850, años en los cuales, dicha actividad comenzaba a ser sustituida en su importancia por la del café, y en la cual también, la ideología liberal comenzaba a tener arraigo en el país. Es significativa la justificación que aparece en el primer decreto que así lo declara (Decreto XIV de 1 de mayo de 1849), que se encabeza con las siguientes frases: "*Habiendo tomado en consideración las leyes orgánicas de la renta de tabacos y deducido de un maduro examen la necesidad de cambiar el sistema que rige respecto del que se cultiva en la República, ensayando otro que concilie el interés del tesoro nacional con la libertad de la industria de que depende la riqueza pública...*". Se trata de un decreto presidencial dictado por don José María Castro, uno de los presidentes que señalan el advenimiento de una segunda época del liberalismo en Costa Rica (28).

b) En un segundo grupo deben colocarse las actividades que sin ser monopolizadas, fueron cuidadosamente reguladas en esa época, dentro de la tesis vigente desde la época de la Corona española, del dominio eminente del Estado sobre ellas: es el caso de la minería. Si pensamos en la importancia que fuera concedida por la Colonia española a las actividades mineras, no resulta extraño que a pocos años de la Independencia, en 1829, se promulguen unas detalladas Ordenanzas de Minería, posiblemente, copiadas de la legislación española (29). Algunas disposiciones posteriores indican que, en la única zona minera de aquel entonces, los Montes del Aguacate, la aplicación de las nuevas leyes causó algunos problemas (30). Sin embargo, dicha ley se mantuvo vigente, casi inalterada, hasta la promulgación del Código de Minería en 1953 (31) lo que revela que la actividad minera careció de importancia básica, en el desarrollo económico del siglo XIX, por lo cual no recibió mayor atención legislativa en décadas posteriores.

c) En tercer plano, pueden verse las actividades económicas que por su condición incipiente fueron objeto de estímulos por parte del Estado costarricense, pero que cuyo desarrollo fue dejado básicamente a

(27) Sobre tabaco véase FALLAS, Marco A.: *La Factoría de Tabacos de Costa Rica* (Editorial Costa Rica, San José, 1972) que estudia el monopolio de tabaco durante el período colonial. Hay muchas muestras de su continuación durante el período republicano. Algunas de ellas, debiendo entenderse que la página citada corresponde al tomo en el cual se encuentran las leyes del año correspondiente: 1835: Decreto CXXV de 4 de junio: manda hacer una siembra de tabaco capaz de rendir cuatro mil tercios, y dicta algunas prevenciones (p. 226); 1838: Decreto XXXIII de 16 de noviembre: término a los tenedores de tabaco para consumirlo o exportarlo. (p. 104); 1840: Resolución de 19 de noviembre: prohíbe la venta de cueros antes de que la Administración de Tabacos haya hecho el XLIV del 19 de noviembre: dispone el ensanche del área destinada a las siembras de tabaco (p. 87); 1844: Decreto LXXXIV de 4 de noviembre: sobre precios a pagar a los cosecheros de tabaco (p. 390) 1847: Decreto XLIII de 20 de agosto: dispone y reglamenta las siembras de tabaco por cuenta del Gobierno (p. 132) 1849: Decreto XIX de 23 de mayo, que decreta la libertad de comercio del tabaco "Chircagre" (p. 29) 1850: Decreto XCIX de 2 de setiembre, que dispone libertad de cultivo y venta del tabaco. (p. 331). Con respecto a licores el número de disposiciones es menor. Algunas de ellas: 1838: Decreto XXXIII de 25 de abril: Administración del ramo de aguardiente (p. 102). 1831: Decreto XLIV del 1 de octubre: reglamenta el ramo de aguardiente (p. 118). 1838: Decreto X del 23 de abril: Encarga a la Diputación de Minería, la seguridad, orden y administración de los estanquillos de aguardiente en el Mineral del Aguacate (p. 19). 1835: Decreto CXXXVI del 4 de setiembre: Reglamento de Aguardientes (p. 262). 1839: Orden del 8 de Febrero: previene el modo de proceder contra los contrabandistas de aguardiente (p. 11). 1840: Resolución XLI del 10 de setiembre sobre venta de licores extranjeros (p. 368). 1843: Decreto XIII de 27 de mayo: Impone penas a los contrabandistas de licores del país (p. 42) 1848: Decreto CVIII de 9 de junio: dispone el remate en pública subasta de las ventas de licores del país en el Departamento de Guanacaste (p. 293).

(28) LASCARIS, Constantino: *Desarrollo de las Ideas Filosóficas en Costa Rica* (Editorial Costa Rica, San José, 1975. 2da. ed.), nos habla de tres épocas del liberalismo costarricense, la primera de las cuales está formada por los hombres de la Independencia, la segunda por la mitad de siglo y la tercera por los grandes liberales de la generación de 1889. Sobre Castro pp. 105-109.

(29) Decreto No. 216 de 20 de mayo de 1829. (P. 207 CL y D). Dichas Ordenanzas sustituyeron a las Ordenanzas Españolas de 1783, por lo cual supongo que se trataba de una modificación de aquellas. Véase GOMEZ, C.L. Los Gobiernos, op. cit. pp. 134-135.

(30) Decreto 1 de 22 de enero de 1831. La Asamblea Legislativa manda se cumpla la Ordenanza de Minería decretada el 20 de mayo de 1829 y el Decreto adicional de 3 de julio de 1830 y castigar a los autores de la repulsa que estas disposiciones han sufrido en el Mineral del Aguacate (P. 1 CL y D).

(31) Ley No. 1551 de 20 de abril de 1953.

la iniciativa privada. En esa época, los estímulos estuvieron dirigidos hacia la agricultura en general, especialmente hacia la del café, que comenzaba a desarrollarse, la del ganado, que presentaba una situación deficitaria, y la del cacao, que había venido a menos después del periodo colonial. El principal estímulo fue el otorgamiento de derechos de propiedad sobre la tierra —las llamadas "gracias"— y la ausencia de esfuerzos regulatorios sobre dichas actividades. (32). Como muy bien lo sintetizan Salas y Barahona: "*Con la independencia... se inició la preocupación por poblar tierras y fundar pueblos. En los cuarenta años subsiguientes se dictaron numerosas disposiciones, leyes, decretos, órdenes, resoluciones, etc. que concedieron parcelas con la condición de que se fundara en ellas un hogar, se construyera una casa y se dedicaran al cultivo*" (33).

El sistema seguido por los gobernantes de la época para estimular la actividad agrícola ha sido justamente criticado. Soley dijo que "*algo lograron, aunque a costa de un derroche de tierras del Estado. No era tierra lo que faltaba, ni estaba ausente el estímulo individual para procurarse haciendas y con ellas la riqueza. Faltaba población y faltaban capitales. Sin estos factores no podía soñarse en cultivar tierras sino a medida que aumentaron los brazos y los capitales. Las tierras, cedidas gratuita o poco menos que gratuitamente, no serían cultivadas. Al andar de los años se las iría despojando de la riqueza forestal, fácilmente apropiable*" (34).

En el caso del café, la actividad que iba a viabilizar la construcción del Estado de Costa Rica, sorprende que hay en realidad pocas disposiciones legales. Ello, de acuerdo con Carolyn Hall, se debe a que el verdadero fomento del cultivo se produjo con base en órdenes municipales. Fueron las corporaciones municipales las que distribuyeron tierras y matas de café y las que dictaron disposiciones para impedir el merodeo en los nuevos cultivos (35).

ch) En cuarto lugar y como preocupación fundamental de una población que comenzaba a expandirse fuera del Valle Central, que se había desarrollado en ella, durante el periodo colonial, totalmente aislada y que deseaba adquirir contactos con el mundo, se otorgaron estímulos para la construcción de vías de comunicación y establecimiento de sistemas de transporte. Los estímulos concedidos fueron también en este campo, fundamentalmente, el otorgamiento de concesiones de gracias sobre tierras, única riqueza disponible en grandes cantidades y al alcance de todos los gobiernos (36).

(32) Para algunos ejemplos véanse en la Colección de Leyes de los siguientes años, las leyes y decretos que se indican: 1825: Decreto LXVI: Aprobando contratación con Pedro Ruahaud para colonización en Punta Arenas y Esparza (p. 170) de 19 de noviembre. 1828: Decreto No. 170 de 29 de octubre concediendo por el término de ocho años a los que cultivasen las riberas del Norte, Noreste, Este y Sur, por cinco años continuados, el terreno que cultivasen y una caballería más. 1831: Decreto XXIV de 31 de mayo de 1831: Concede gracias a los que se dediquen al cultivo del cacao desde Quebrada hasta Turrialba (p. 76). Decreto XXXVIII del 31 de agosto: Concede gracias a los agricultores de café, caña dulce, algodón, cacao, yuca, jilquite y platanares (p. 94). 1836: Decreto CLXXX de 14 de diciembre: Dicta reglas sobre las posesiones de ganado mayor en el Valle de Turrialba (p. 385). 1840: Decreto XVII del 17 de julio: Destina el cultivo del café una parte del terreno de Pavas (p. 344). Este es el decreto que ha sido visto por algunos como inicio del fomento e importancia de la industria cafetalera. Véanse FACIO, Rodrigo: *Estudio sobre Economía Costarricense* (Editorial Costa Rica, San José, 1972), p. 40 y HALL, Carolyn: *El Café y El Desarrollo Histórico Geográfico de Costa Rica*. Editorial Costa Rica, San José, 1976) p. 35. Resolución XLII del 2 de octubre: Para utilizar en favor del Estado las haciendas de cacao abandonadas en el Valle de Matina (p. 376). 1841: Decreto XXXII del 15 de diciembre: Manda reducir a dominio particular las tierras correspondientes al común de los pueblos, barrios y cuarteles; y dicta disposiciones relativas (p. 133). 1844: Decreto XIX de 31 de julio: se destinan dos caballerías de tierra en el Valle de Turrialba para una población bajo la protección de la Virgen de Guadalupe (p. 51). 1846: Decreto X del 31 de marzo. Dispone que el censo de Pavas (el pago que debía hacerse por las tierras entregadas a propietarios particulares para el cultivo de café) se cobre al vencimiento del año y no anticipadamente (p. 12). Decreto XLVII del 14 de octubre: Concede permiso a la Municipalidad de la Villa de la Unión para reducir a dominio particular una caballería de tierra de la legua de la misma Villa para subvenir a los gastos que demanda el trabajo de su iglesia parroquial (p. 95). 1849: Decreto I. de 2 de enero; Faculta a las municipalidades de Heredia y Barba para vender las tierras de los egidos (p. 1). 1850: Decreto LXXXI de 8 de febrero: Dicta algunas reglas respecto a la exportación del café (p. 29) 1854: Decreto 1 de 11 de enero: sobre exportación de maderas (p. 2).

(33) SALAS, Oscar y BARAHONA, Rodrigo: *DERECHO AGRARIO* (Universidad de Costa Rica, Ciudad Universitaria Rodrigo Facio, 1973) p. 324.

(34) SOLEY, Tomás: *Historia Económica y Hacendaria de Costa Rica* (Universidad de Costa Rica, San José, 1947). Tomo I, p. 185).

(35) Hall, C.: op. cit. pp. 35 y 36.

(36) Véanse como ejemplos las disposiciones legales de los siguientes años: 1824: Decreto XXIV de 30 de noviembre: Obligando a los ciudadanos que tienen ganados en terrenos baldíos a comprarlos para financiar caminos (p. 45) 1827: Decreto 114 de 13 de marzo: estableciendo premios para que el que por el rumbo del Norte descubriese comunicación de transporte con la ensenada del San Juan (p. 3). Dicho Decreto fue luego aclarado por Decreto 126 de 4 de mayo del mismo año (p. 17). 1840: Resolución XXIII del 15 de febrero de 1840: Dicta algunas medidas para facilitar los trabajos en la apertura del camino de Matina (p. 296). Decreto X del 25 de octubre: Manda abrir un camino con dirección a Moín y dicta medidas análogas a este objeto (p. 133). Resolución VII del 31 de este mes:

La situación era verdaderamente difícil, dada la lentitud de los medios de comunicación existentes con el mundo exterior. A mediados de siglo, el Valle Central tenía comunicación con Puntarenas, por el camino que había sido construido y era mantenido por la Sociedad Económica Itineraria, una junta de hacendados cafetaleros dotada de varias rentas. El transporte en carretas duraba cuatro días en la estación seca y seis en la invernada. Para comunicarse con Rivas, primera ciudad de Nicaragua, se necesitaban de ocho a diez días. La que se realizaba al Atlántico demandaba hasta un mes de viaje. Para llegar a Panamá, por el Camino de Mulas abierto durante la Colonia, era necesario gastar de veinte a treinta días en el viaje (37).

Mucha de la legislación dictada en esta materia puede considerarse como expresión de buenos deseos, como planes a realizar que no guardaban ninguna relación con las posibilidades reales del país. El ejemplo más evidente de ese tipo de disposiciones es la abundante producción de normas referentes a la construcción de un camino a la costa del Atlántico, sea hacia Matina o Moín, ninguna de las cuales produjo la obtención de una vía adecuada para dominar los múltiples obstáculos naturales a esa vía (38).

La mayor facilidad de construcción de las vías hacia el Pacífico orientó el desarrollo del país en esa dirección. El esfuerzo normativo abrió posibilidades en distintas direcciones pero ellas sólo tuvieron efectividad, de acuerdo con las posibilidades reales.

## II PARTE

### LA PRIMERA MADUREZ (1871-1940)

El cultivo del café hizo posible la culminación del período de ensayo que habían emprendido los costarricenses, desde la Independencia. Permitió a los descendientes de las antiguas familias hidalgas españolas transformarse en una burguesía, pagó los estudios de algunos de ellos en Europa, le dio al Valle Central posibilidades de desarrollar su potencial económico; al convertirse en un producto de buen mercado en Europa permitió traer de ella maquinaria, bienes de consumo, libros, ideas, profesores y maestros.

No es pues de extrañar que en el último cuarto de siglo aparezcan, cada vez más marcadas, las muestras de una primera madurez del Estado costarricense. Los ensayos se consolidan y la viabilidad se afirma. Ya no se vuelve a hablar de unión con otros países, sino que se mantiene un respetuoso alejamiento de las naciones vecinas.

La madurez se refleja en los distintos niveles de sistema jurídico.

amplía el número de prestamistas para la apertura del camino de Matina (p. 141). 1840: Resolución XXII del 8 de febrero: Manda abrir por cierta dirección el camino del Departamento occidental al del Guanacaste (p. 294). Resolución XXIII del 15 de febrero: Dicta algunas medidas para facilitar los trabajos en la apertura del camino de Matina (p. 296). Resolución XXIV del 15 de febrero: Se contrae también a facilitar los trabajos de caminos a Matina (p. 298). Resolución XXVIII del 11 de marzo. Manda que se auxilie a Guadalupe Mora en la empresa de abrir la bahía de Matina (p. 307). Orden XXI del 30 de marzo: Sobre facilitar la apertura del camino de Matina y creación de un hospital para los individuos que se enfermen en los trabajos del mismo camino (p. 312). 1843: Decreto XXV de 25 de noviembre: Encarga a una Junta de agricultores con la denominación de Sociedad Económica Itineraria, la mejora, adelantamiento y conservación de los caminos generales (p. 82). 1849: Decreto XXX de 17 de julio: Concede a la compañía Mora y O. Simmons la facultad de abrir un canal fluvial desde el río Barranca hasta el Estero de Puntarenas (p. 81). Decreto XXXII de 20 de julio: Señala un premio al que abra una vereda entre Puntarenas en el Pacífico y el río Sarapiquí (p. 87). En el mismo mes se aprueban contratos para la construcción de un camino y un canal en el río Sarapiquí (p. 286), una vía interoceánica entre Golfo Dulce y Bocas del Toro (p. 287) y un camino carretero a Moín (p. 296). 1857: Decreto 132 de 6 de octubre: se otorga concesión para una línea de diligencias con Cartago (p. 132). Decreto 142 del 19 de octubre: se otorga concesión para una línea de diligencia con Puntarenas (p. 142). 1858: Decreto II del 16 de febrero: Se otorga concesión de una línea de diligencia entre San José y Heredia (p. 2).

(37) SOLEY, T.: HISTORIA. Op. cit. pp. 204-205.

(38) Para una relación de los esfuerzos en esa dirección, en los primeros años de vida independiente véase: GOMEZ, D.L. *Los Gobiernos* op. cit. pp. 103-112.

## 6. LA CONSTITUCION PERDURABLE:

Puede verse en primer término en el campo constitucional. Un golpe de estado eleva por primera vez a un militar a la Presidencia de la República el 27 de abril de 1870 y ese militar —Tomás Guardia— reúne una Asamblea Constituyente que promulga una Carta Fundamental el 7 de diciembre de 1871. La fuerza detrás de su creación, el General Guardia, no sintió mucho respeto por ella, dado que en 1876 asumió poderes dictatoriales y la suspendió sin restablecer su vigencia hasta el 26 de abril de 1882, en que lo hizo con unos cuantos agregados, el más célebre de ellos, el artículo sobre inviolabilidad de la vida, que hizo desaparecer la pena de muerte.

Sin embargo sobrevivió al régimen autoritario que le dio origen y rigió los destinos del país por 67 años. El poder castrense no se institucionalizó sino que desapareció gradualmente. Los gobernantes posteriores —algunos de ellos usan el título de general— pueden ser autoritarios, como José Joaquín Rodríguez y Rafael Yglesias y hasta dictatoriales como Federico Tinoco, pero ambas categorías constituyen una excepción. La generación dominante fue la de los liberales de la tercera etapa, la llamada generación del 88 o del Olimpo, que habrá de gobernar Costa Rica hasta 1936.

Para todos ellos, la Constitución de 1871 representó un marco jurídico adecuado. La figura del Presidente de la República tuvo en ella un carácter central: poseía libre poder de nombramiento y remoción de todos los funcionarios de la administración pública, no estaba sujeta su actividad a controles jurisdiccionales; poseía, completo, el poder electoral.

Frente a él, las municipalidades demostraron, cada vez menos, el vigor que las había caracterizado al final del periodo colonial y el inicio de la vida independiente. Dado el carácter personalista y temporal de las agrupaciones políticas, el Congreso Constitucional se integraba con un sentido de lealtad al caudillo que ocupara la Presidencia de la República, con grave subordinación decisoria de los diputados a los dictados del gobernante. El Poder Judicial se independizó de las corrientes políticas, por su propia gravedad y lento impulso, aunque el sistema de nombramiento de los Magistrados —cada cuatro años, por simple mayoría del Congreso— constituía un gran obstáculo para su independencia.

La perdurabilidad de la Constitución debe explicarse por varias circunstancias: primero que nada, el modelo de estructura gubernamental demostró tener suficiente flexibilidad para que los gobernantes de la época, —todos los cuales se movieron dentro de un liberalismo común— pudieran demostrar sus diferencias de personalidad y desarrollar sus planes de gobierno. En segundo lugar, el poder efectivo correspondía no sólo a la persona del Presidente sino a una oligarquía con grado creciente de apertura, carente de una conformación monolítica, y a la cual, el perfeccionamiento de las instituciones electorales, llevó gradualmente a hacer necesario buscar el apoyo político de las clases populares, tanto urbanas como rurales. Finalmente, en un sentido puramente formal, se descubrió el sistema de reformas parciales, por lo cual, el proceso de ajuste entre las normas y la realidad, adoptó una nueva forma. En los 67 años de vigencia se produjeron así 19 modificaciones parciales, muchas de las cuales fueron cambios de detalle en artículos aislados, como los referentes a los límites de la República, las relaciones con los países centroamericanos, la condición de los extranjeros y las limitaciones a los monopolios, la suspensión de garantías y el control legislativo de los gastos públicos. Dos de los procesos de reforma parcial, tuvieron sin embargo una significación muy especial: el primero de ellos es la lenta mejora de los sistemas electorales que se llevó a cabo por medio de las reformas hechas en 1895 (39); 1913 (40), 1933 (41), y 1936 (42), por medio de los cuales se limitó la propaganda política con motivos religiosos, se estableció el sufragio directo, se fijó el porcentaje del 40 por ciento como necesario para obtener la mayoría en las elecciones presidenciales y se estableció el voto obligatorio. Gracias a ese movimiento político, se afirmó la democracia y los ciudadanos

(39) Ley No. 54 de 19 de julio de 1895, que agregó al artículo 36 de la prohibición de propaganda política con motivos religiosos.

(40) Ley No. 7 del 17 de mayo de 1913 que reformó la Sección Segunda del Título VI, artículos 71 y 72, estableciendo el sufragio directo.

(41) Ley número 5 de 19 de mayo de 1933 que modificó el inciso 2 del artículo 82 para establecer el sistema de elección presidencial, por el cuarenta por ciento de los sufragios emitidos.

(42) Ley número 13 de 19 de junio de 1936, que modificó el artículo 70 para establecer la obligatoriedad del voto en las elecciones.

adquirieron mayor conciencia de sus derechos. Fue una respuesta a las demandas de un sistema de gobierno que representara en mejor forma la voluntad de las mayorías.

El segundo fue la introducción del Capítulo sobre Garantías Sociales que se llevó a cabo en 1943 (43). Este anticipa la problemática social de los modernos procesos de industrialización y dio un marco adecuado a las reivindicaciones de los sectores obreros que comenzaban apenas a despuntar con una nueva clase de demandas sobre el sistema jurídico. Anuncia, sin embargo, algo más: la quiebra del Estado Liberal, el abandono de la ideología común y el agotamiento de su capacidad de satisfacción de los problemas nacionales. No es pues de extrañar que la vigencia de la Constitución de 1871 coincida con el cambio de modelo, con la sustitución del Estado Liberal por el Estado Benefactor.

## 7. LOS CODIGOS DEL LIBERALISMO:

Como una prueba adicional del crecimiento de la sociedad costarricense, pocos años después de la Constitución de 1871 se plantea la sustitución del Código General, para entonces objeto de múltiples reformas, por un conjunto de leyes, cada una de las cuales cubra una de las ramas del derecho codificado, dentro del modelo francés.

El 27 de abril de 1880 se emitió el Código Penal, que, de acuerdo con Alberto Brenes "*casi en su totalidad fue copia del chileno de 1875*" (44). Por Decreto No. IX de 28 de agosto de 1882, el Congreso autorizó al Poder Ejecutivo para crear una comisión que redactara un Código Civil y otro de Procedimientos Civiles. Dicha Comisión estuvo formada por el Dr. Antonio Cruz, abogado guatemalteco residente en Costa Rica, y los licenciados José Joaquín Rodríguez, Ascensión Esquivel y Bernardo Soto. Colaboraron en la obra de codificación los licenciados Ricardo Jiménez, Cleto González Víquez, José Astúa Aguilar y Ricardo Pacheco, quienes trabajaban en el bufete del Dr. Cruz. Actuó como secretario y colaboró en la corrección final del proyecto, el Lic. Alberto Brenes Córdoba, quien habría de ser luego su más brillante comentarista (45). Los licenciados Rodríguez, Esquivel, Soto, Jiménez y González, fueron luego Presidentes de la República.

La Comisión trabajó cinco años y además de los Códigos Civil y de Procedimientos Civiles, preparó las leyes del Registro Civil, Ministerio Público, Notariado, Tribunales y Registro Público. Preparó también una ley de lo contencioso administrativo, que no fue promulgada.

El Código Civil se fundamentó en el proyecto de Código Civil español, elaborado en 1851 y que fue promulgado con posterioridad al costarricense; en la Ley Hipotecaria de 1865, copia también de la española, y en la de Sucesiones de 1881. Incorporó además principios doctrinarios tomados de Cours de Droit Civil Français de Aubry y Rau. Fue promulgado el 26 de abril de 1886, siendo Presidente don Bernardo Soto y Ministro, don Ascensión Esquivel, dos de sus redactores. Entró en vigencia el 1 de enero de 1888 (46).

En 1885 se promulgó un Código Fiscal, en que se reunieron las regulaciones en materia tributaria (47). Junto con el Código Civil se promulgó el Código de Procedimientos Civiles, que introdujo en nuestro Poder Judicial el sistema francés de recurso de casación, con el que se sustituyó el sistema español de

(43) Ley No. 24 de 2 de julio de 1943 que agregó una Sección Tercera al Título III, artículos 51 a 65, sobre Garantías Sociales. La numeración del resto de la Constitución sufrió una modificación. He utilizado la numeración seguida después de la incorporación de esa Sección.

(44) BRENES, A.: *Historia*. . . op. cit. p. 382.

(45) Sus tres obras de Derecho Civil, *Tratado de las Personas, Tratado de los Bienes y Tratado de las Obligaciones y Contratos* han constituido el único comentario sistemático del Derecho Civil costarricense durante el Siglo XX. Véase mi ensayo "Alberto Brenes Córdoba", publicado en la edición del *Tratado de los Bienes*. Comentarios de Rogelio Sotela (Editorial Costa Rica, San José, 1963) pp. IX-XXV.

(46) BRENES, A.: *Historia*. . . op. cit. pp. 383-384. GUIER, Jorge: *Historia*. . . op. cit. Tomo II, pp. 1204-1207. Sobre la promulgación de los Códigos hay dos decretos: uno del Ejecutivo No. XXX de 19 de abril de 1885 (p. 114) que dispone: "El Poder Ejecutivo previo dictamen del ilustre Colegio de Abogados, emitirá, cuando lo juzgue oportuno, con el carácter de leyes de la República, el Código Civil, el de Procedimientos y los demás encargados a la Comisión Codificadora". Otro, legislativo, Ley No. 3 de 28 de setiembre 1887 dispuso que el Código Civil, el de Procedimientos Civiles y la Ley Orgánica de Tribunales, emitidos en virtud de leyes de 19 de abril de 1885 y 25 de marzo de 1887, empezaran a regir el 1 de enero de 1888.

(47) Ley de 31 de octubre de 1885.

recurso de súplica, y se suprimieron los fueros judiciales especiales, entre ellos el religioso. La base de dicho Código fue la Ley de Enjuiciamiento Civil española (48).

El Código de Procedimientos Penales fue la última parte del Código General en perder su vigencia, dado que no fue sustituido sino hasta 1910, cuando don José Astúa Aguilar y don Luis Anderson prepararon un nuevo Código, que entró en vigencia en ese año (49).

De todos los Códigos del liberalismo, el Civil ha sido el de más larga vigencia, dado que no fue objeto de una modificación sustancial sino hasta 1974, cuando la mayor parte del libro I, De las Personas, fue sustituido por el Código de Familia (50). Sin embargo, debe señalarse que parte de esa permanencia tiene un carácter puramente aparente. Desde principios de este siglo, se ha dictado una serie de leyes que han regulado materias que el Código no incluyó o pretendió cubrir en muy pocos artículos, tales como Sociedades (51), Adopción, (52), Terrenos Baldíos (53), Contrato de Prenda (54). Se estableció la intervención administrativa en las actividades familiares, con la creación del Patronato Nacional de la Infancia (55) y se sustituyó el capítulo del arrendamiento de servicios por el Código de Trabajo (56). El Código Civil conservó su posición central, pero su campo de aplicación se hizo cada vez menor.

En contraste, el Código Penal de 1880 fue el primero en desaparecer. Ya en 1910, don José Astúa Aguilar preparó un proyecto de reforma total, que constituyó la base del que se promulgó en 1918 (57), y que fue derogado por la Ley de Nulidades que invalidó toda la legislación promulgada bajo la dictadura de Federico Tinoco (58). Con fecha 11 de mayo de 1923, el Poder Ejecutivo envió al Congreso una versión revisada por el mismo autor, que fue promulgada por Ley No. 11 de 15 de abril de 1924. Dicho Código se mantuvo vigente hasta 1941, cuando se promulgó un nuevo Código (59). El Código de Astúa como el de 1941 tuvieron como modelo básico la legislación penal argentina (60).

El Código de Comercio de 1853 fue completado y modernizado en buena parte por una serie de leyes dictadas en los primeros años de este siglo. Su omisión del Código inicial y la regulación de esas materias al comenzar el siglo XX revelan un cambio de época y una mayor complejidad en la materia cubierta (61).

De la anterior descripción queda en evidencia que nuestra época liberal adoptó, de manera amplia y detallada, el modelo francés de construir un sistema jurídico a base de grandes códigos, regulatorios de las materias que los juristas consideraban de mayor importancia. Dicha regulación se hizo fundándose en el patrón francés pero copiando leyes españolas, con la excepción de la legislación penal, en la cual se siguieron modelos de los países de América del Sur.

## 8. LA REGULACION CONTRACTUAL:

Don Tomás Guardia, quien pese a su condición militar y al poder dictatorial que ejerció durante más

(48) Sobre su vigencia véase supra nota 45. Sobre su fundamento BRENES, A.: *Historia*. . . op. cit. p. 885.

(49) Decreto Legislativo No. 51 de 3 de agosto de 1910.

(50) Ley No. 5476 de 21 de diciembre de 1973.

(51) Ley 17 de 25 de noviembre de 1902. Es Ley de Sociedades Mercantiles pero antes de esa fecha, la única regulación sobre personas jurídicas colectivas que había existido era el capítulo sobre sociedades civiles que del Código Civil dado que el de Comercio no incluyó ninguna regulación sobre la materia.

(52) Ley No. 140 de 1 de agosto de 1934.

(53) Ley General de Terrenos Baldíos, No. 13 de 10 de enero de 1939.

(54) Ley No. 5 de 5 de octubre de 1941.

(55) Ley No. 39 de 15 de agosto de 1930.

(56) Ley No. 2 de 27 de agosto de 1943.

(57) Ley No. 15 de 30 de noviembre de 1918 (p. 646 del tomo II).

(58) Decreto No. 4 de 29 de oct. de 1919. Fue ratificado por el Congreso en 1921.

(59) Ley No. 368 de 21 de agosto de 1941.

(60) BRENES A.: *Historia*. . . op. cit. p. 382; GUIER, J.: *Historia*. . . op. cit. pp.1200-1201.

(61) Ley de Registro Mercantil, No. 13 de 21 de junio de 1901, Ley de Contabilidad Mercantil: No. 20 de 5 de julio de 1901; Venta de Establecimientos Mercantiles: No. 23 de 23 de julio de 1901; Ley de Quiebras, No. 15 de 15 de octubre de 1901; Ley de Sociedades Mercantiles, No. 17 de 25 de noviembre de 1902. Es válida la tesis de Guier de que con toda esta legislación el Código de Comercio quedó virtualmente derogado.

de una década sobre los destinos de Costa Rica, fue el gran impulsor de su progreso, tuvo como una de sus claras metas el darle al país un medio seguro de comunicación con la Costa Atlántica, que en el período anterior había sido objeto de tantas leyes, proyectos y contrataciones. El esfuerzo cumplido en ese sentido tuvo dos efectos concomitantes: le dio a Costa Rica, con el banano, una nueva actividad productiva de gran rentabilidad, que fue controlada de manera total por una empresa extranjera que nació a resultas de ella; la United Fruit Company, y provocó el endeudamiento del país con banqueros extranjeros. Desde el punto de vista jurídico, dicha actividad representa la primera utilización en gran escala y con éxito de la figura del contrato-ley (62).

El deseo del Presidente Guardia de construir un ferrocarril al Atlántico lo llevó a celebrar una serie de contrataciones, primero con Henry Meiggs, y luego, tanto él como sus sucesores, con el sobrino del señor Meiggs, Minor G. Keith (63). Para financiar el ferrocarril, el gobierno de Guardia celebró contratos de préstamo con banqueros londinenses (64). Con dichas obligaciones aparecieron las dificultades financieras del país, que por muchos años, padeció por la atención de esos empréstitos. El 13 de julio de 1883, para poder completar el ferrocarril y hacerle frente a esos empréstitos, el gobierno de don Próspero Fernández celebró con Minor G. Keith un contrato por el cual cedió a éste dos tercios de las acciones del ferrocarril y una concesión de trescientas cuatro mil hectáreas de terrenos baldíos. En dichas tierras, Keith introdujo el cultivo del banano y le dio a esta un volumen y actividad económica de gran vuelo que lo llevaron, en 1899 a la creación de la United Fruit Company, junto con Andrew W. Preston (65).

La circunstancia de que la United Fruit Company hubiera nacido en Costa Rica, que fuera en ella donde generó sus primeras organizaciones agrícolas y administrativas, retrasó la formación de su estructura como un "enclave bananero", que tuvo tan marcada, desde sus inicios, en otros países del área del Caribe. No fue en sus inicios una inversión extranjera sino la generación de una nueva actividad, desarrollada por un empresario con hábil combinación de recursos nacionales y extranjeros. Pero es indudable que, dado el enorme crecimiento que tuvo el "imperio del banano" en todo el Caribe y su tendencia monopolista, eliminó la producción desarrollada por empresarios costarricenses, controló los muelles, además de los ferrocarriles y ejerció una influencia indebida sobre las autoridades encargadas de controlarla (66).

Cuando se examina el proceso jurídico creado por el cultivo del banano sorprende la escasez de legislación. Puede decirse que desde sus inicios fue una actividad, en la cual, la vida jurídica está cubierta por la utilización del contrato: las relaciones entre la United Fruit Company y los gobiernos se normaban por una serie de contratos-leyes, firmados por el Poder Ejecutivo y sometidos luego a la aprobación del Congreso, y a los cuales, se les reconoció una categoría superior a las leyes, dado que se estimó, por la jurisprudencia de los tribunales fundamentalmente, que no podían ser modificados por leyes posteriores

- 
- (62) Sobre la figura del contrato-ley véase WOODBRIDGE, Paul: *El Contrato-Ley* (Editorial Costa Rica, San José, 1972). Debe notarse que la figura de un contrato celebrado por el Poder Ejecutivo y ratificado por el Congreso existió con anterioridad. Lo que sucede es que los primeros contratos que van a tener cumplimiento y en consecuencia pesar en la vida costarricense, fueron los celebrados en la construcción del ferrocarril al Atlántico. La circunstancia de que, la jurisprudencia nacional les reconociera la imposibilidad de modificación unilateral —por su condición de contratos— les dio a estas fórmulas jurídicas un nivel de sometimiento del poder del Estado a los dictados y negociaciones con el contratista.
- (63) Los principales contratos fueron el Contrato Alvarado Meiggs, firmado en Lima el 20 de junio de 1871 y aprobado en San José, el 18 de agosto de 1871 para la construcción del ferrocarril de Limón a Alajuela; el de 1875 con Mayer y Douglas para completar la sección que conectaría Matina con Pacuare; el contrato con Minor C. Keith para construir la sección Pacuare La Junta; el contrato con Minor C. Keith para construir la sección La Junta hasta río Suelo, en Carrillo del 12 de julio de 1881; el contrato Soto-Keith de 13 de julio de 1883. Para su historia véase STEWART, Watt: *Keith and Costa Rica* (The University of New Mexico Press, Albuquerque, 1963), traducido como *Keith y Costa Rica* (Editorial Costa Rica, San José).
- (64) GONZALEZ VIQUEZ, Cleto: *Capítulos de un Libro sobre Historia Financiera de Costa Rica*: (Editorial Costa Rica, San José, 1965) pp. 89-224. SOLEY, T. Historia... Op. cit. T. I, 288-303. En p. 293, refiriéndose a estos empréstitos, el autor hace la siguiente cita de otra de sus obras *La Historia Monetaria de Costa Rica*: "El día en que se escriba la historia de las primeras operaciones de crédito que las Repúblicas americanas realizaron en Europa, no sé cuál de estas dos cosas causaría mayor estupor: si la infantil confianza y sencillez de estos pueblos o la desvergonzada avilantez de los banqueros que explotaban la inexperiencia de países que daban sus primeros pasos en la vida independiente. Difícil, por no decir imposible será encontrar quien, después de su lectura, otorgue sus simpatías a los Shyloks de naciones y lance su reprobación contra las víctimas".
- (65) STEWART, W.: op. cit. p. 154. SALAS, O. y BARAHONA, R.: *Derecho Agrario* op. cit. p. 555.
- (66) TORRES, Edelberto: *Interpretación del Desarrollo Social Centroamericano*. (Educa, San José, 1971).  
KEPNER, Charles D. y SOOTHILL, Jay H.: *El Imperio del Banano* (Ediciones del Caribe, México, 1949).

(67). Al igual, las relaciones entre los productores costarricenses, mientras ellos existieron, y las compañías exportadoras, tanto la United Fruit Company como las que pretendieron competir con ella fueron reguladas por documentos contractuales, utilizándose, contratos de adhesión, en los cuales la compañía exportadora fijaba las condiciones a que se encontraba sujeta la producción de bananos por los productores independientes que, de no aceptarse por éstos, les hacía carecer de mercado (68).

## 9. LOS DOS SECTORES:

Con la introducción del banano y el dominio ejercido sobre gran parte de la Zona Atlántica primera y de la Zona del Pacífico Sur después, se configura claramente la economía costarricense en dos sectores claramente divididos: uno, moderno, dirigido a la exportación que componen las zonas cultivadas de café y banano, con las diferencias en cuanto a propiedad y grado de dependencia del extranjero, y otro, primitivo, en el cual se practicaba una producción marginal o de subsistencia. El primero ocupa el Valle Central para la actividad cafetalera y parte de la Zona Atlántica para los cultivos del banano. El segundo se forma en la zona que rodea el Valle Central, como resultado del progreso de emigración hacia ella del excedente de población del Valle generado por el crecimiento demográfico, de la existencia de regiones de menor potencial agrícola dentro del propio Valle y de la imposibilidad de los sectores dominados por el sistema de empresas agrícolas eficientes de absorber todas las adiciones a la fuerza del trabajo.

Las normas jurídicas aplicables a uno y otro sector fueron diferentes. Como lo han hecho ver Salas y Barahona, las normas que rigen el derecho de propiedad en el Código Civil tuvieron aplicación sólo para el sector moderno. En cambio, los otros sectores agrícolas continuaron regidos por normas consuetudinarias, sin aplicación alguna de las instituciones legales formales (69). Debe señalarse que con respecto a ambos campos, la política estatal de concesión de tierras públicas para cultivos o explotaciones agrícolas privadas, continuó inalterable (70).

## III PARTE: EL ESTADO BENEFACTOR Y EL ESTADO REGULADOR (1940-1970 y después)

### 10. LA CRISIS DEL LIBERALISMO.

Precisar el momento en que comenzó a abandonarse el modelo del Estado Liberal en Costa Rica resulta difícil, si se pretende que ese hecho ocurrió en un día o año determinado. Como sucedió en todo el mundo, dicho modelo mostró sus inconveniencias en las épocas difíciles. En el siglo XX, tres han sido los momentos críticos: la Primera Guerra Mundial (1914-1918); la depresión que se originó en 1929 y la Segunda Guerra Mundial (1939-1945). Dado el alto grado de dependencia de la economía costarricense de los precios del café y el banano, obviamente ellas debían afectar la marcha del país. Ello es aun más notorio, si se piensa que el impacto de la Primera Guerra Mundial hace surgir el gobierno de González Flores, primer intento de modernizar el país, lo que ocasionó como reacción el gobierno dictatorial de Federico Tinoco. Se dio entonces la creación del primer banco estatal, el Banco Internacional de Costa

(67) La discusión en los tribunales, según Woodbridge, P. op. cit. pp. 158-181 no se planteó sino hasta 1960 y 1961, en los juicios Víctor Hernández Sánchez contra Compañía Bananera de Costa Rica y arbitraje entre el Estado, la Compañía Bananera de Costa Rica y la Chiriquí Land Co. Si así fuere, ello quiere decir que con anterioridad a esa fecha, nadie se atrevió a discutir la inmodificabilidad de los contratos-leyes. Si se piensa en el tiempo transcurrido entre la firma de los primeros y su discusión en los tribunales, tenemos que transcurrió casi un siglo.

(68) Sobre los problemas y posición de los bananeros independientes véanse GUTIERREZ, Joaquín: *Puerto Limón* (Editorial Costa Rica, San José, 1968) y *Murámonos Federico* (Editorial Costa Rica, San José, 1973).

(69) SALAS, O. y BARAHONA, R.: *Derecho*, op. cit. p. 351.

(70) SOLEY, T.: *Historia*, op. cit. tomo II, pp. 15-16, 60-61, 66-68, 133; 194-197.

Rica, y se trató de establecer el impuesto de la renta. La crisis de 1929 quedó señalada con la aparición del Partido Comunista. Durante la Segunda Guerra Mundial se dieron la participación del comunismo en el Gobierno, el agregado de una sección de Garantías Sociales en la Constitución Política, la promulgación del Código de Trabajo y la creación del Seguro Social. La crisis política interna se acentuó a partir del final del conflicto y desembocó en la guerra civil de 1948. A partir de ese momento, el cambio que había tenido manifestaciones, que pasaron de esporádicas a críticas, adquirió mayor firmeza y tuvo una clara manifestación en el campo jurídico.

## 12. LA NUEVA FORMULA CONSTITUCIONAL:

La Constitución de 1949 fue el resultado del proceso político que vivió el país de 1942 a 1948 (71). Pese a un predominio de tendencias conservadoras en la Asamblea Nacional Constituyente, que se evidenció por el rechazo del Proyecto de Constitución que presentara la Junta de Gobierno Provisional, el pequeño grupo de diputados social-demócratas, por medio de mociones, obligaron a la discusión de ese proyecto y lograron una serie de transacciones. La tesis conservadora de mantener la Constitución de 1871 tuvo que admitir una serie de modificaciones, que señalaron que la nueva Carta como una nueva fórmula compromisoria entre las ideologías políticas en juego (72).

Dado que la guerra civil de 1948 había tenido el propósito de defender la institución del sufragio, tanto el Presidente de la República como la Asamblea Legislativa perdieron toda intervención en los procesos electorales. La dirección de éstos se encomendó a un Tribunal Supremo de Elecciones, al cual, por respeto a la tradición tripartita, se le dieron todas las características de un Poder del Estado (73).

El Presidente de la República vio disminuida su posibilidad de reelección, dado que se exigió una espera de dos períodos para que pudiera volver a presentar su candidatura, y, en reforma realizada al final del período, se limitó la posibilidad de servir la Presidencia a un solo período (74). Además, los Secretarios de Estado se transformaron en Ministros y se les dio el carácter de "*obligados colaboradores del Presidente*", los designados a la Presidencia elegidos por el Congreso se sustituyeron por dos Vicepresidentes de la República elegidos popularmente; se limitaron los actos que podían ser llevados a cabo en forma exclusiva por el Presidente de la República y se introdujo el Servicio Civil para el nombramiento y remoción de los funcionarios públicos. Se establecieron una serie de limitaciones en materia de Hacienda Pública, creándose la Contraloría General de la República, como "*Institución auxiliar de la Asamblea Legislativa en la vigilancia de ella*" (75). Una modificación de mayor importancia fue las bases dadas a las instituciones autónomas, a las que se dotó de "*independencia en materia de gobierno y administración*" (76). Dichas entidades, que habían hecho su aparición durante el Gobierno de Alfredo González Flores, con la creación del Banco Internacional de Costa Rica, fueron seguidas luego por la formación del Banco Nacional de Seguros en la segunda administración de Ricardo Jiménez (77). La Caja Costarricense de Seguro Social en el gobierno de Rafael Angel Calderón Guardia y el Instituto Costarricense de Electricidad

(71) El proceso político de 1948 ha sido debidamente analizado. Véanse ACUNA, Miguel: El 48 (Lehmann, San José, 1974); AGUILAR, Oscar: *Crisis in Costa Rica. The revolution of 1948* (Educa, San José, 1974) 2a. ed.; BELL, John Patrick: *Costa Rica y sus Hechos Políticos de 1948* University of Texas, Austin, 1971); CANAS, Alberto: *Los 8 años* (Editorial Liberación Nacional, San José, 1955).

(72) HERNANDEZ, Rubén: *Lecciones de Derecho Constitucional Costarricense* (Universidad de Costa Rica, Facultad de Derecho, 1974) p. 10.

(73) Artículo 9. La reforma se hizo por Ley 5704 de 5 de junio, 1975.

(74) Artículo 132. La reforma prohibiendo la reelección se hizo por Ley No. 4349 de 11 de julio de 1969.

(75) Sobre Ministros, artículo 141, sobre Vicepresidentes, artículo 135, sobre actos exclusivos del Presidente, artículo 139, sobre Servicio Civil artículos 191, a 193, sobre Contraloría, artículo 183.

(76) Sobre instituciones autónomas, artículo 188.

(77) Sobre creación Banco Internacional, SOLEY, T.: *Historia... op. cit.* Tomo II, pp. 119-122. Sobre creación Banco Nacional de Seguros, *ibid.* 230-233. MONGE, Carlos: *Nuestra Historia y los Seguros* (Editorial Costa Rica, San José, 1974).

en el gobierno provisional de 1948—1949 (78). En el período posterior habían de adquirir un gran desarrollo, para llegar a constituir un cincuenta por ciento de la Administración Pública (79).

Pudo muy bien decir Mario Alberto Jiménez; *"El Constituyente del 49 se caracterizó por un ánimo de desconfianza hacia la extrema concepción presidencialista"* de la Constitución de 1871. *"En cuanto al Ejecutivo, el balance es claro: él es el más perdidoso en la nueva teoría. . . la Carta del 71 permitía la concentración de autoridad; la Carta del 49 propende el desmenuzamiento del poder. En la repartición de responsabilidad se ha creído encontrar el medio de luchar contra un Ejecutivo dominante"* (80).

Al Poder Legislativo, se le dejó de llamar Congreso Constitucional para denominarlo Asamblea Legislativa, se le despojó de su participación en los procesos electorales, se estableció la prohibición de que sus miembros pudieran ser reelectos, se le exigió consultar a una serie de entidades para poder legislar sobre materias de competencia, y se le despojó de la iniciativa en materia de leyes presupuestarias. Pero se le libró del veto para decidir sobre el presupuesto ordinario, se le dio autoridad para emitir votos de censura contra los Ministros de Estado, se aumentó el número de sesiones ordinarias de cuatro a seis meses y se ampliaron las funciones de control sobre la actividad de todos los organismos y entidades, tanto mediante la acción de la Contraloría General de la República como por medio de la creación de comisiones investigadoras *"para que investiguen cualquier asunto que la Asamblea les encomiende"* (81).

El Poder que recibió mayor número de funciones y fue fortalecido de manera especial fue el Judicial. Se amplió el período de los Magistrados que lo forman de cuatro a ocho años y se hizo casi imposible su no reelección, al exigir que para ello fuera necesario el voto en contra de dos terceras partes de los Diputados. Se ordenó la vinculación de todos los tribunales a la Corte Suprema de Justicia y se dispuso claramente que es a ella a quien corresponde pronunciarse sobre la inconstitucionalidad de las disposiciones emitidas por la Asamblea Legislativa y el Poder Ejecutivo. Se estableció la Jurisdicción Contencioso Administrativa, como medio de admisión de la legalidad de las disposiciones de los órganos de la Administración Pública y el Recurso de Hábeas Corpus, limitado a la protección de la libertad personal y la libertad de tránsito, fue ampliado con el Recurso de Amparo para la protección de los otros derechos constitucionales. Además de recibir la facultad de nombrar a los miembros del Tribunal Supremo de Elecciones, la Corte Suprema de Justicia recibió la garantía de que *"la discusión y aprobación de proyectos de ley que se refieran a la organización y funcionamiento del Poder Judicial"* le debían ser consultadas y para poder apartarse del criterio de ella se requeriría *"el voto de las dos terceras partes del total de los miembros de la Asamblea"* (82).

En materia de garantías o derechos de los ciudadanos se avanzó no sólo con el establecimiento de los recursos de inconstitucionalidad y de amparo y la jurisdicción contencioso administrativa sino también con la prohibición de expulsar costarricenses del territorio nacional y la declaración de que *"el territorio de Costa Rica será asilo para todo perseguido por razones políticas"*. Hasta 1975 estuvo vigente la prohibición de *"la formación o el funcionamiento de partidos que por sus programas ideológicos, medios de acción o vinculaciones internacionales, tiendan a destruir los fundamentos de la organización democrática del país,"* que representó la base para la declaratoria de ilegalidad del Partido Comunista, a quien de esta forma se castigó por su participación en el gobierno del país de 1942 a 1948 (83). Dicha norma no impidió que a partir de 1970 volvieran los comunistas a tener representación en la Asamblea Legislativa.

Como resultado del compromiso entre las distintas tesis ideológicas representadas en la Asamblea Constituyente, en los capítulos de derechos y garantías se incluyeron dos normas contradictorias: el artículo 46 que consagra *"la libertad de comercio, agricultura e industria en términos casi absolutos"*,

(78) Creación del Instituto Costarricense de Electricidad, Ley No. 449 de 8 de abril de 1949.

(79) La participación, de las instituciones autónomas y su crecimiento se analizarán en el capítulo correspondiente.

(80) JIMENEZ, Mario: Soberanía, op. cit. pp. 257-258.

(81) Sobre consulta: artículo 97 para Tribunal Supremo de Elecciones, 167 para Poder Judicial, 190 para instituciones autónomas. Sobre presupuestos artículo 177; sobre votos de censura, artículo 121; inciso 24; sobre sesiones ordinarias, artículo 116; sobre investigaciones, artículo 121, inciso 23.

(82) Sobre funciones, artículo 153; sobre función constitucional, art. 10; sobre jurisdicción contencioso-administrativa, art. 49; sobre amparo y hábeas corpus, art. 48. Sobre consulta, art. 167.

(83) Sobre asilo, art. 31. Sobre partidos políticos, art. 98. Dicha norma fue reformada por Ley No. 5698 de 4 de junio de 1975.

dado que declara prohibido cualquier acto que lo restrinja "aunque fuere originado en una ley" y el artículo 50 que autoriza al Estado a organizar y estimular la producción y el más adecuado reparto de la riqueza. En el 46 se han apoyado quienes pretenden impedir el crecimiento de la participación del Estado en los procesos económicos y en el 50 quienes lo propugnan.

### 13. EL DESARROLLO CONSTITUCIONAL POSTERIOR:

Quienes resultaron vencidos en la escogencia del modelo constitucional, constituyeron luego el Partido Liberación Nacional, que ha predominado en la vida política del país, durante los últimos veinticinco años. Pero la Constitución de 1949 resultó ser suficientemente flexible, como para permitir que se desarrollara el modelo de Estado Benefactor, propugnado por dicha agrupación política (84). Sin embargo, el número de reformas parciales ha aumentado considerablemente y cada Asamblea Legislativa supera el número de reformas aprobadas por la anterior (85).

Algunos de esos cambios representan ajustes de índole parcial en respuesta a impulsos aislados. Pero, en otros se nota claramente el deseo de abandonar las limitaciones impuestas en 1949 al Poder Ejecutivo y fortalecer a éste, contra la tendencia predominante al momento de su aprobación (86). El péndulo va ahora en dirección contraria.

### 14. LOS NUEVOS CODIGOS:

El movimiento codificador del período liberal continuó dentro del período posterior a la Segunda Guerra Mundial, siempre dentro del patrón establecido de copiar legislaciones extranjeras. Cabe notar sin embargo la divergencia entre los que representan la continuación del liberalismo y los que afirman la tesis del Estado Benefactor.

La continuación de la corriente liberal se ve clara en el Código de Comercio de 1964. Es el resultado de un largo proceso que se inició con el nombramiento de la Comisión Redactora, compuesta por los licenciados Napoleón Valle, Harry Zurcher y Rodrigo Soley, en 1955. Esa Comisión presentó un proyecto en 1958, que fue aprobado por la Asamblea Legislativa en 1961, y derogado luego para introducirle reformas, quedando finalmente aprobado en 1964 (87). Sigue en sus lineamientos básicos el Código de Comercio de Honduras de 1950, y reúne toda la legislación promulgada con posterioridad al Código de Comercio, del que dejó vigente la parte de Derecho Marítimo, que iba a ser objeto de una Ley Uniforme Centroamericana, e introdujo tres nuevas instituciones: el fideicomiso, la empresa individual de responsabilidad limitada y la bolsa de valores. En ninguna parte, ni aún en las sociedades anónimas de suscripción pública, prevé regulación estatal del funcionamiento de las empresas mercantiles (88).

En agudo contraste con él está el Código de Trabajo. Promulgado en 1943, con anterioridad al inicio de la actividad industrial, fue el resultado de la alianza política celebrada por el Partido Republicano Nacional y el Partido Comunista de Costa Rica. Aunque existió una comisión redactora, nombrada por el

(84) El análisis del cambio político en el período 1946-1970 lo he hecho en el capítulo VIII, "De la Confrontación a la Conciliación" en mi obra por publicarse *Desarrollo de la Clase Media*.

(85) En la primera década, 1950-1960, se llevaron a cabo 6 reformas que afectaron 7 artículos. En la segunda década, 1961-1970 se tramitaron 7 proyectos de reforma que modificaron 18 artículos. De 1971 a 1974 se aprobaron tres reformas que cambiaron 4 artículos. De 1974 a 1977 hay aprobadas 8 reformas que varían 11 artículos; hay además 3 reformas aprobadas en primera legislatura. Sea, en 28 años, la Constitución vigente ha sufrido más reformas que la de 1871 en los 67 años que presidió el sistema jurídico costarricense.

(86) Tienen ese carácter, entre otras, las reformas introducidas a los artículos 121, incisos 4 y 5; 139, inciso 5; 140, inciso 10; y 188 sobre empréstitos, permisos al Presidente para salida del país, ratificación de tratados internacionales e instituciones autónomas.

(87) La Comisión fue creada por Decreto Ejecutivo No. 48 de 20 de julio de 1955. La primera ley aprobatoria fue la No. 2797 de 4 de agosto de 1961 y la ley definitiva es la No. 3284 de 30 de abril de 1964. Véase dictamen publicado en la edición del *Código de Comercio* de 1965 (Lehmann, San José) preparada por Napoleón Valle y Harry Zurcher.

(88) TORREALBA, O. y KOZOLCHYK, B.: *Curso...* op. cit. pp. 107 y 108.

Poder Ejecutivo con base en una ley de 1928 (89), ella no llegó a funcionar debidamente y el Código fue una obra personal de Oscar Barahona Streber, quien utilizó como bases el artículo 123 de la Constitución Mexicana, los convenios de la Organización Internacional del Trabajo, el Derecho Mexicano de Trabajo de Mario de la Cueva, el Código de Trabajo de Chile, la legislación social colombiana y la Constitución de Cuba. Para algunos puntos específicos tomó leyes de España, Bolivia, Venezuela y Estados Unidos de América. Incorporó además la antigua Ley de Accidentes de Trabajo y un proyecto de ley sobre Cooperativas que había preparado el Centro para el Estudio de Problemas Nacionales. Terminado el Proyecto en 1942, se transformó en ley el año entrante. La intervención del Estado en todas las etapas de la relación entre trabajadores y patronos muestra un completo abandono del Estado Liberal y una concepción propia del Estado benefactor (90).

El tercer Código importante es el Penal. Representa una modalidad distinta dentro del patrón de copia, propia de una época de mayor comunicación entre las naciones: la adopción de un Código tipo. Por casi dos décadas, una comisión de especialistas en Derecho Penal ha trabajado en reuniones anuales o bianuales para separar un Código Penal tipo latinoamericano. En dicho movimiento se mezclan varias ideas: la clásica idea francesa del Código como expresión racional del legislador, construido por especialistas, con mayor acento en la técnica y la dogmática que en la realidad social que se pretende normar; la consideración de delito como una infracción a un orden universal y no como conducta desviante de las convicciones sociales; y el impercedero anhelo de los países de América española de tener un mayor acercamiento entre ellos. Costa Rica ha sido el primer país en convertir el Código Penal tipo latinoamericano en legislación positiva, en cuanto a la parte general del nuevo Código. La parte especial se fundó en los proyectos que para Venezuela y Guatemala prepararon Luis Jiménez de Asúa y Sebastián Soler, respectivamente (91). No parece haber habido mayor dificultad en la aplicación de sus disposiciones, salvo en lo que se refiera a los delitos de asociación ilegítima, tipificados en los artículos 272 y 273, que, al ser usados contra las organizaciones sindicales por la promoción de conflictos laborales han sido señalados como contrarios a la legislación social y ajenos a la realidad democrática del país (92). El Código Penal fue seguido por una reforma penitenciaria y la adopción de un Código de Procedimientos Penales que se copió del de la provincia de Córdoba, Argentina (93).

Considero significativo que el nombre de Código haya recibido en Costa Rica un uso que va más allá de la forma restrictiva en que se usó en las legislaciones continentales europeas del siglo XIX, para tener un significado de ley general, sobre materia compleja, con una extensión de más de una centena de artículos. Hemos tenido o tenemos un Código de la Infancia (94), un Código Electoral (95), un Código de Educación (96), un Código Sanitario (97), un Código de Minería (98), un Código Tributario (99) y un Código de Familia (100). La denominación de Código no corresponde a una categoría especial dentro de la jerarquía de las leyes, ni a un procedimiento propio de aprobación. Pareciera indicar una apreciación subjetiva de redactores y legisladores que, de esa manera, sus creaciones puedan alcanzar la estabilidad y prestigio del Código Civil.

- 
- (89) Ley No. 33 de 2 de julio de 1928 que creó la Secretaría de Trabajo y Previsión Social. Para un resumen de las leyes laborales véase, LEON, Isafas: *Evolución histórica de la legislación social en Costa Rica*. (Tesis de grado, Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica, 1957).
- (90) Conversación con el Lic. Oscar Barahona Streber en agosto de 1974.
- (91) Exposición de motivos del proyecto del Código Penal preparada por el Dr. Guillermo Padilla Castro (Edición del Colegio de Abogados de 1971). El Código es la Ley No. 4573 de 8 de noviembre de 1971.
- (92) La lucha de las organizaciones sindicales llegó hasta presentar un recurso de inconstitucionalidad de dichas disposiciones que fue declarado sin lugar por resolución tomada por la Corte Plena en Sesión del 2 de julio de 1974.
- (93) Ley No. 5377 de 19 de octubre de 1973.
- (94) Ley No. 27 de 25 de octubre de 1933.
- (95) Ley No. 500 de 7 de marzo de 1946 sustituida luego por una ley con el mismo nombre No. 1536 de 10 de diciembre de 1952.
- (96) Decreto Ejecutivo No. 7 de 26 de febrero de 1944, emitido de acuerdo con Ley No. 42 de 28 de diciembre de 1943 y aprobado por Ley No. 181 de 18 de agosto de 1944.
- (97) Decreto-Ley No. 809 de 2 de noviembre de 1949.
- (98) Ley No. 1551 de 20 de abril de 1953.
- (99) Ley No. 4755 de 3 de mayo de 1971.
- (100) Ley No. 5476 de 21 de diciembre de 1973.

## 15. LEYES REGULADORAS:

En las leyes destinadas a normar actividades económicas, debe señalarse la sustitución de leyes de promoción y fomento por otras reguladoras de los factores de producción.

La aparición de las leyes de nuevo tipo difiere de acuerdo con el tipo de actividad. Se dan en aquellas actividades que adquieren una cierta madurez, con el criterio político de que es necesaria la intervención estatal, para colocar a los pequeños productores y consumidores en un plano más favorable en su relación con las empresas dueñas de los procesos de industrialización, comercialización interna o exportación.

La intervención estatal se inicia en el campo del crédito, al crearse las Cajas de Crédito Agrícola en el gobierno de Alfredo González Flores para liberar a los pequeños productores de los prestamistas (101). De ahí se pasa en 1933 al café, que es la actividad en el Valle Central que tiene mayor número de productores y que, por estar gobernada por los beneficiadores y exportadores, demandaba una regulación de las relaciones entre productores, industrializadores y comercializadores (102). El sistema que se establece en ese campo, de crear un organismo regulador, en cuya dirección participan delegados estatales y de los distintos grupos de interesados, sirve luego para el azúcar, que se regula a partir de 1940 (103) y el tabaco, que entra en esa etapa en 1956 (104). La regulación no aparece en la producción de carne sino hasta la década de los sesenta, cuando se supera el tradicional déficit productivo que en esta materia había tenido Costa Rica, y se inicia, la exportación. Sin embargo, la actividad estatal se limita a regular los montos de exportación para garantizar el adecuado suministro de carne para el mercado interno; la regulación no se lleva a cabo por una oficina dirigida por los sectores interesados sino por un instituto autónomo: el Consejo Nacional de Producción (105). De las actividades agrícolas importantes, únicamente el banano, carece de una entidad reguladora, aunque pareciera que la Asociación de Productores lleva camino a asumir ese papel. Finalmente, las actividades agrícolas menores como el cacao, el algodón, el maíz y el frijol, llevadas a cabo en algunos casos con procedimientos primitivos, se encuentran todavía en la necesidad de estímulo o fomento y de carencia de regulación.

Cabe señalar una estrecha relación de la actividad regulatoria no sólo con la importancia de las actividades productoras sino también con su ubicación geográfica. Las actividades agrícolas del Valle Central, son aquellas que tienen una mayor regulación, posiblemente porque se ha mantenido un número importante de pequeños agricultores, y los órganos centrales del Estado se encuentran más cercanos y las demandas de los productores tienen mayor posibilidad de ser escuchadas.

## 16. INDUSTRIALIZACION Y DERECHO:

La base económica costarricense ha sido tradicionalmente agrícola. No es por tanto extraño que la actividad jurídica del Estado referente a actividades industriales se haya mantenido en la etapa de la concesión de estímulos y ventajas para atraer la inversión industrial.

Un primer intento se realiza en 1940 con la aprobación de la Ley de Industrias Nuevas. Un mayor impulso se da en 1959 cuando se aprueba la Ley de Protección y Desarrollo Industrial. Esta segunda Ley es seguida por el ingreso de Costa Rica al Mercado Común Centroamericano con la aplicación de los

(101) Ley No. 33 de 30 de diciembre de 1914. SOLEY, T.: *Historia op. cit.*, tomo II, pp. 119-122. SALAS, O. y BARAHONA, R.: *Derecho op. cit.* pp. 487-508.

(102) Ley No. 171 de 12 de agosto de 1933. Fue luego sustituida por Ley No. 2762 de 21 de junio de 1961 y sobre Régimen de Relaciones entre Productores y Beneficiadores y Exportadores de Café. SALAS, O. y BARAHONA, R. op. cit. pp. 533-548.

(103) Ley No. 359 de 24 de agosto de 1940 sustituida luego por Ley No. 3579 de 14 de noviembre de 1965. SALAS, O. y BARAHONA, R. op. cit. pp. 619-636.

(104) Ley Reguladora de las Relaciones entre Productores e Industriales del Tabaco, No. 2072 de 15 de noviembre de 1956. SALAS, O. y BARAHONA R. op. cit. pp. 653-661.

(105) Ley de Exportación de Ganado Vacuno No. 4412 de 1 de setiembre de 1969 y Ley de Exportación de Ganado Fino de Leche y Carne, No. 3465 de 7 de diciembre de 1964.

convenios que constituyen su estructura jurídica, que vienen a aumentar los beneficios derogados para atraer capitales al proceso de industrialización (106).

El éxito obtenido por dicho programa se refleja en la aceleración del crecimiento industrial. Desde luego, apenas sí puede señalarse a las normas jurídicas y a las decisiones políticas al carácter de factor contributivo al aumento de la industrialización (107). A éste contribuyeron igualmente el iniciarse ese proceso en un período de auge de la economía mundial y haber despertado, posiblemente por su novedad, el proceso de integración centroamericana el interés de las naciones exportadoras de capitales. Además, en una región con una historia larga de luchas entre naciones vecinas, se vivió una década de paz y espíritu de cooperación entre los gobiernos, que permitió que el Mercado se desarrollara prodigiosamente durante los años 1960 a 1969. Dicho proceso quedó interrumpido por la guerra entre Honduras y El Salvador que puso en crisis el Mercado Común, si bien no llegó a dislocarlo totalmente (108).

#### IV. CONCLUSIONES:

El vistazo dado al desarrollo histórico de las normas del sistema jurídico costarricense permite obtener una primera serie de conclusiones sobre la relación entre el derecho, la sociedad global y algunos de sus sub-sistemas, y como los afecta el proceso de modernización. El nivel sumario de la presentación hecha constituye una indudable limitación de los resultados obtenidos.

Pueden señalarse las siguientes conclusiones:

I. Las normas jurídicas, tanto en su estructura como en su contenido, se modifican considerablemente a través del tiempo. La velocidad del cambio tiende a aumentar, de acuerdo con el mayor desarrollo que experimente la sociedad global. Sin embargo, la velocidad y ocasión del cambio en el sistema jurídico no coincide plenamente con el que se opera en la sociedad global. En la mayoría de los casos el derecho cambia como una consecuencia del cambio en la sociedad. Son pocos los casos que hemos podido observar en que el cambio jurídico anticipa y encauza el cambio social.

II. El cambio en el sistema jurídico tiene una vinculación muy estrecha con el que tiene lugar en el sistema político. Las normas jurídicas, lejos de ser neutrales, son el resultado de decisiones de orden político. Lógico es, por ello, que la ideología determinante en el momento de su aprobación fije su contenido inicial, y que, los criterios imperantes en el ánimo de quienes se encargan de su aplicación, afecten la forma en que ella se lleve a cabo.

La correspondencia entre el sistema político y el jurídico se aprecia con mucha claridad en el campo constitucional. Después de todo, las constituciones no son otra cosa que la regulación jurídica de la actividad política. La circunstancia de que los costarricenses, después de los primeros pasos, desarrollaran un sistema constitucional propio, facilita apreciar la vinculación entre las modificaciones del sistema político y los cambios de normas.

En cambio, los códigos, por su condición de copias, presentan una situación distinta. Pueden haber correspondido a una realidad social del país de origen, pero, frente a la realidad costarricense aparecen como programas o modelos a realizar y no como ordenación y racionalización de costumbres. Es expli-

(106) Ley de Industrias Nuevas, No. 36 de 21 de diciembre de 1940; Ley de Protección y Desarrollo Industrial No. 2426 de 3 de setiembre de 1959. Tratado General de Integración Económica Centroamericana de 13 de diciembre de 1960. Convención sobre el Régimen de Industrias Centroamericanas de Integración, de 10 de junio de 1958. Convenio Centroamericano de Incentivos Fiscales al Desarrollo Industrial de 3 de julio de 1962.

(107) "Crecimiento y Diversificación", capítulo VIII de Desarrollo. . .

(108) Sobre el derecho de integración: INSTITUTO CENTROAMERICANO DE ESTUDIOS INTERNACIONALES: *Derecho Comunitario Centroamericano*. Ensayo de Sistematización (Trejos Hnos. San José, 1968). Ibid: *Instrumentos Relativos a la Integración Económica en América Latina* (Washington, 1964) VILLAGRAN: Francisco; *Integración Económica Centroamericana* (Universidad de San Carlos de Guatemala, Guatemala, 1967); BODENHEIMER, Susana y otros: *La Inversión Extranjera en Centroamérica* (Educa, San José, 1975). Sobre la guerra entre El Salvador y Honduras: CARIAS, Marco y SLUTZKY, Daniel: *La Guerra Inútil*. Análisis socio-económico del Conflicto entre Honduras y El Salvador (Educa. S. José).

cable por ello que muchas de las instituciones en ellos conformadas no lleguen jamás a tener una realidad humana. Sin embargo, qué se copia y de dónde se copia, son decisiones de tipo político cualquiera que sea la forma en que ello se haga.

Las leyes particulares estudiadas señalan que la transformación del sistema jurídico por la adopción de un nuevo criterio político requiere periodos sumamente extendidos. El tiempo que ha tomado el cambio del esquema liberal por el intervencionista es significativo como para ilustrar claramente la imposibilidad de concebir el sistema jurídico como resultado de un único criterio político.

III. Es fácil apreciar que las leyes referentes al campo económico estudiadas no se fundaron sólo en consideraciones políticas sino también fueron afectadas por la realidad de las actividades que constituyen su objeto. El crecimiento, la disminución y el aumento de importancia de las actividades económicas de una clase determinada se refleja innegablemente en la legislación que le es aplicable.

IV. El espejismo de los códigos como factor de modernización queda en clara evidencia. Se importan con la esperanza de que van a constituir instrumentos que aceleren el proceso de modernización. Sin embargo, una vez promulgados, sólo son utilizados por aquellos sectores sociales que ya estaban vinculados a las actividades orientadas hacia las sociedades en mayor desarrollo, sea, a los que pueden considerarse efectivamente modernizados. Su efecto, sobre el resto de la sociedad es casi nulo.

V. El peligro y los daños que puede ocasionar el usar instituciones jurídicas fuera de su contexto básico, se ponen en evidencia. El ejemplo del contrato civil transformado en contrato-ley es sumamente claro. Concebido como expresión de la voluntad de las partes, libremente expresada, el contrato fue considerado por los civilistas del siglo XIX como la expresión máxima del libre arbitrio. Transformado, sin embargo, en instrumento de derecho público, utilizado para otorgar mayores seguridades a los inversionistas extranjeros, se constituye en una congelación de la forma de aplicación del sistema jurídico a un sector determinado; en pocas letras, en un obstáculo para la evolución de éste.

VI. La historia de las normas y de sus modificaciones no es suficiente para enfocar de manera precisa los fenómenos del cambio social y su impacto sobre el sistema jurídico. Dan una visión bastante limitada de lo que ocurre. Se hace por ello necesario examinar, con mayor detalle, el funcionamiento del sistema jurídico, aunque ello deba hacerse para un periodo de tiempo mucho más corto. Esto es lo que me propongo hacer.

\*\*\*\*\*



## DE LOS TITULOS-VALORES Y DE LOS TITULOS CAMBIARIOS EN GENERAL

Dr. Gastón Certad.

### 1. FUNCION ECONOMICA DE LOS TITULOS VALORES:

La economía moderna se basa en el crédito. La mayor parte de los productores, para poder colocar el mayor número de productos en el mercado, venden los mismos, como vulgarmente se dice, "A PAGOS"; pero dichos productores, para continuar el ciclo de producción, necesitan obtener sus ingresos en dinero efectivo; por ello, pueden vender al crédito sus productos siempre que, y en la medida en que puedan ceder a otros (generalmente instituciones bancarias o de crédito) sus créditos contra la clientela. En líneas generales, podemos afirmar que quien tiene necesidad del crédito, lo obtiene más fácilmente cuanto más seguro esté su acreedor de poder ceder el crédito a otros y realizar de esta manera su valor en metálico.

*"La función económica de los títulos-valores está precisamente, en facilitar la circulación de los créditos. Para mejor comprender cómo sucede este fenómeno, es oportuno considerar la mayor formalidad y los graves riesgos que presenta para el adquirente de un crédito la circulación de créditos cumplida sin recurrirse a los títulos valores" (1).* Se habla aquí de mayor formalidad: en efecto, con la estipulación del contrato de cesión de créditos, la persona que adquiere el crédito (cesionario) lo adquiere únicamente frente a quien se lo transfiere (cedente); para adquirirlo frente al deudor debe necesariamente notificarle el traspaso; frente a terceros, la cesión sólo será eficaz desde su fecha cierta (artículo 1104 Código Civil).

También se habló de graves riesgos: a este propósito es necesario considerar que la mayor parte de los créditos objeto de transferencia tienen su origen en un contrato (p. ej.: del contrato de mutuo, nace la obligación del mutuuario de restituir la suma mutuada; del contrato de compraventa, nace la obligación del comprador de pagar el precio); por ello el contenido del derecho de crédito (monto, vencimiento, etc.) depende de las cláusulas del contrato. Ante tal consideración un primer riesgo que corre el cesionario lo constituye la posibilidad de que el cedente le refiera equivocadamente las cláusulas del contrato; sin embargo, dicho riesgo puede ser superado si el contrato ha sido redactado por escrito, especialmente si lo fue mediante acto público. Pero existe un segundo riesgo este sí insuperable: es posible que, mediante un contrato posterior, hayan sido modificadas las cláusulas originales (como p. ej.: haya sido prorrogado el vencimiento), de donde el cesionario que ha adquirido el crédito confiado en el primitivo vencimiento, cuando se presenta a cobrarlo, ve con asombro que le oponen el sucesivo contrato, enterándose de esta

(1) AULETTA, Giuseppe, "Elementi di Diritto Commerciale", Giuffrè, Milano, 1955, pág. 149.

manera y en esa ocasión de que el crédito por él adquirido tiene en realidad un vencimiento diverso del que resulta del primer contrato. Pero existe todavía otro riesgo: si el contrato, del que se origina el crédito cedido, es un contrato de prestaciones recíprocas (p. ej.: una compraventa) el mismo puede ser resoluble (p. ej.: por incumplimiento, porque el vendedor había consignado una mercancía que no reunía las cualidades pactadas, artículo 700 Código Civil) o rescindible (p. ej.: por lesión); y, como es sabido, la resolución o rescisión del contrato produce la extinción del crédito cedido. Ahora bien, si las cesiones de créditos han sido muchas (A ha cedido su crédito a B, B a C, C a D), hasta que uno de los precedentes contratos de cesión no sea válido para que D no adquiera el crédito.

La circulación de los créditos se torna mucho más fácil y segura mediante los títulos-valores. El título-valor es un documento suscrito por el deudor en el cual éste declara de obligarse a cumplir una determinada prestación frente al portador legítimo (o legitimado) del título; el crédito resultante del título-valor suele denominarse en doctrina "*crédito cartular*".

Para transferir el crédito cartular resultante de un título al portador frente al deudor y frente a terceros, basta con realizar el contrato de transferencia y convertir al adquirente del crédito en portador legítimo del título.

Normalmente, el primer acreedor es acreedor del deudor que ha suscrito el título, en base a una determinada relación (la llamada relación subyacente). Ejemplo: A emite una letra de cambio a favor de B, porque de él ha recibido una suma en mutuo o ha adquirido mercancía con pago diferido; emitida la letra, B es acreedor de A gracias a la relación de mutuo o de compraventa y gracias a la relación cambiaria, pero él puede usar el título cambiario sólo para exigir el crédito resultante de la compraventa o del mutuo; por eso, cuando B pretende de A el pago del crédito cambiario, A puede oponerle todas las defensas (excepciones) que la podría oponer si B pretendiera el pago del precio en base a la compraventa o al mutuo directamente (las llamadas excepciones derivadas de la relación subyacente): por ej.: que el crédito haya sido ya cancelado; que la venta deba resolverse por incumplimiento, etc. Todo esto sucede porque, repetimos, B es contemporáneamente titular del crédito cambiario y de la relación subyacente, y sólo puede usar aquel para realizar el crédito de ésta. Pero si B transfiere a C el crédito cambiario, el nuevo titular, siendo exclusivamente titular del crédito cambiario, es inmune a las excepciones derivadas de las relaciones personales existentes con todos los precedentes titulares del crédito cartular. Si, por ejemplo, uno de los precedentes titulares había pactado una prórroga del crédito cartular, el sucesivo adquirente del mismo no tiene que respetar esa prórroga, en cuanto ella deriva de un convenio al que es extraño y en cuanto ella ha dado lugar a una relación diversa de la relación cartular (y respecto a la cual él es igualmente extraño); así, si a uno de los precedentes titulares del crédito cartular puede el acreedor oponerle la excepción de compensación, porque el deudor cartular era a su vez, por otra relación, acreedor por idéntica suma del titular del crédito cartular, transferido dicho crédito a otra persona, a ella no puede ya oponérsele la excepción de marras, porque se trata de una excepción personal atinente no al actual titular del crédito, sino a uno de los titulares precedentes. En pocas palabras, al titular del crédito cartular sólo pueden oponérsele las excepciones relativas a los actos de creación y emisión del título mismo.

"Además la circulación del crédito cartular está protegida por el principio "*possesso in buona fede (del titolo di credito) val titolo*" (2) (artículo 714 (3)); quien de buena fe, es decir, creyendo que el portador legítimo del título tenga efectivamente el poder de disponer del crédito cartular, adquiere de él tal crédito, se convierte en portador legítimo del título y dueño del crédito, aún si quien se lo ha transferido no era el titular del crédito cartular:

A es titular de un título-valor al portador y dicho título le viene hurtado por B; B ciertamente no es titular del título ni del respectivo crédito, porque el hurto no es hecho idóneo a transferirlos; pero B es portador legítimo del título; así las cosas teniendo la posesión y tratándose de un título al portador, si C adquiere de B el crédito cartular creyendo que él es su titular y haciéndose transferir la posesión del título, adquiere el crédito, aunque su dante causa B no sea el titular del crédito transferido; A pierde entonces su derecho de crédito. De esta manera quien adquiere un título valor del portador legítimo del

(2) AULETTA, Giuseppe, op. cit., pág. 152.

(3) En este trabajo cuando se mencione un artículo y no se indique el cuerpo de leyes del cual proviene se entenderá que se trata de nuestro Código de Comercio.



### 3. CONCEPTO DE DOCUMENTO. DOCUMENTO ESPECIAL.

*"Documento es cualquier cosa que represente un hecho actual o potencialmente productor de efectos jurídicos"* (10).

El título-valor es un documento, pero un documento especial, porque es simplificado, abreviado, en el sentido que del hecho reproduce únicamente pocas líneas esenciales, a diferencia de los documentos ordinarios, los cuales, por regla general, consisten en una escritura larga y compleja (11). Su carácter de "especialidad" resalta también respecto al modo de enajenar el derecho que en él está inserto del acreedor originario a un diverso sujeto (12).

### 4. CARACTER FORMAL DEL TÍTULO-VALOR:

El título-valor es, además, un documento formal, es decir, obediente de los requisitos de forma prescritos por la ley, bajo pena de invalidez del título como tal (artículos 669, 728, 801 y 804). No basta, por lo tanto, la simple escritura, sino que son necesarias todas las específicas indicaciones que la ley exige para que el título-valor asuma un determinado tipo (letra de cambio, pagaré, cheque, etc.) y pueda considerarse regular y por consiguiente desarrollar la eficacia que le es propia.

### 5. INCORPORACION:

*"Con esto se quiere indicar que el título como cosa corporal y el derecho como cosa incorporal son y permanecen esencialmente distintos, pero que en el ámbito de su conexión representan una creación jurídica unitaria"* (13).

La incorporación denota la íntima relación que existe entre el derecho y el título, a tal grado que quien posee el título posee el derecho y para ejercitar éste, es necesario exhibir aquel; sin exhibir el título, no se puede ejercitar el derecho en él incorporado. *"El consignado en un título de crédito, es un derecho que no vive por sí solo, porque desde el momento que se opera su consagración en el título, irá prendido por dondequiera que éste vaya..."* (14).

### 6. LEGITIMACION:

Dada la especial naturaleza de los títulos valores, es el documento el que permite a quien lo posee ejercitar el derecho: el documento legitima a su poseedor. Por el principio de la legitimación, *"la simple exhibición del documento en determinadas condiciones, da por probadas la existencia del derecho y la pertenencia del mismo al actor, así como la capacidad para el ejercicio"* (15).

La legitimación es una consecuencia de la incorporación. Gracias a ella quien posee el título puede ejercer el derecho.

La legitimación comprende dos aspectos: el activo y el pasivo. La activa es la característica que el

(10) CARNELUTTI, Francesco, "Istituzioni del Nuovo Processo Civile Italiano", Roma, 1952, I, No. 165.

(11) Así, DE SEMO, Giorgio, op. cit., pág. 103.

(12) Ver supra No. 1.

(13) GARRIGUEZ, Joaquín, "Tratado. . .", cit., pág. 10

(14) J. DE TENA, Felipe, "Derecho Mercantil Mexicano", Tomo II, Ed. Porrúa, S.A., México, 1970, pág. 110 ss. En nuestra Jurisprudencia ver Sent. No. 2146 del Tribunal Superior Civil de Alajuela, de las 14:42 hrs. del 31 de diciembre de 1974, en Boletín Informativo de la Corte Suprema de Justicia, No. 221, pág. 415, No. 2046. Sent. No. 887 del Tribunal Superior Civil de las 8:45 hrs. del 22 de noviembre de 1974, ivi, No. 2047; Sent. No. 787 del Tribunal Superior Civil y Contencioso Administrativo de las 15:00 hrs. del 27 de octubre de 1970, ivi, No. 183, pág. 21; Sentencias No. 547 y No. 567 del Tribunal Superior Civil y Contencioso Administrativo de las 8:10 hrs. del 31 de julio de 1970 y de las 14:20 hrs. del 7 de agosto de 1970, respectivamente; etc.

(15) RODRIGUEZ R., Joaquín, op. cit., pág. 255.

título contiene de atribuir a su poseedor la facultad de exigir del deudor el cumplimiento de la obligación contenida en el documento. En su aspecto pasivo, la legitimación consiste en que el deudor obligado en el título-valor cumple su obligación, y por tanto se libera de ella, pagando a quien aparezca como titular del documento (16).

Varios artículos de nuestro Código de Comercio consagran la legitimación como característica propia de los títulos-valores (artículos 667 "*documentos indispensables...*"; 672, 762 y 132).

## 7. LITERALIDAD:

Indicando, en la definición por nosotros compartida, el derecho del poseedor a la prestación mencionada en el título-valor, se ha implícitamente introducido el requisito de la literalidad. Ella significa que el título contiene una obligación y un correspondiente derecho conforme al tenor del documento; en otras palabras, el deudor está obligado porque ha escrito y en los límites de cuanto ha escrito.

*"Por la literalidad, el derecho (y correlativamente la obligación) contenido en el título-valor se determina exclusivamente en base a la letra del documento y ninguna referencia es posible fuera del documento mismo"*. (17); lo que no está en el título o no sea expresamente reclamado por el mismo, no tiene influencia sobre el derecho.

En virtud de esta característica, el subscriptor de un título-valor no podrá modificar el contenido del mismo invocando elementos que se encuentren fuera de él y que no puedan ser reconocidos a través de él. Quien adquiere el derecho sobre el título, adquiere también el derecho que de él deriva.

De ello se deduce que fin primordial de la literalidad es el de proteger la circulación (de buena fe) del título: el adquirente tiene derecho a la prestación tal y como el título la expresa; por ello está en la obligación de leer cuidadosamente lo que el documento dice.

Nuestro Código de Comercio hace alusión a esta característica en su artículo 667 y, en forma indirecta, en los artículos 672 y 676.

## 8. ABSTRACCION:

Otra característica de los títulos-valores es su abstracción, es decir, la independencia que tiene el derecho consagrado en el título de la causa patrimonial que determinó su emisión. O sea que en este caso lo que la ley reconoce es la prestación indicada en el título de por sí, sea quien sea su toma en consideración ante todo, la declaración contenida en el título de origen (18), como una compraventa, un mutuo, etc. (19).

*"En base a la abstracción, la obligación (y correlativamente el derecho) incorporada en el documento se considera como separada de la relación subyacente, de la cual económicamente deriva, y vincula al deudor independientemente de la causa que lo ha ocasionado"* (20).

(16) CERVANTES AHUMADA, Raúl, op. cit., pág. 17. En nuestra jurisprudencia ver Sent. No. 887 de 1974 del Tribunal Superior Civil, cit. y Sent. No. 787, 567 y 547 todas de 1970 y del Tribunal Superior y Contencioso Administrativo, cit.

(17) ARENA, Andrea, op. cit., pág. 106. En nuestra jurisprudencia ver entre otras: Sent. No. 887 del Tribunal Superior Civil de las 8:45 hrs. del 22 de noviembre de 1974, cit.; Sent. No. 595 del Tribunal Superior Civil de 15:15 hrs. del 26 de agosto de 1974, un Boletín Informativo de la Corte Suprema de Justicia No. 220, pág. 257, No. 1098; Sent. No. 868 del Tribunal Superior Civil de las 15 hrs. del 11 de diciembre de 1973, ivi, No. 218, pág. 91, No. 2137; Sentencia No. 799 del Tribunal Superior Civil de las 15:45 hrs. del 16 de noviembre de 1973, ivi, No. 217, pág. 96-7, No. 1762-4; Sent. No. 663 del Tribunal Superior Civil de las 14:30 hrs. del 28 de setiembre de 1973, ivi, No. 216, pág. 116, No. 1398; Sent. No. 597 del Tribunal Superior Civil de las 14 hrs. del 11 de setiembre de 1973, ivi, No. 214, pág. 94, No. 798; Sentencias No. 787, 567 y 547 todas de 1970 y del Tribunal Superior Civil y Contencioso Administrativo, cit.

(18) CARIOTA FERRARA, Luigi, "*Il negozio Giuridico nel Diritto Privato Italiano*", Napoli, 1948, No. 55, pág. 215.

(19) Ver supra No. 1.

(20) ARENA, Andrea, op. cit., pág. 106.

Pero aquí es importante hacer la siguiente observación: *"la abstracción no debe confundirse con la literalidad, la cual es característica de todos los títulos-valores, pues la primera puede aún faltar cuando se trata de títulos-valores causales (21), en los que el derecho cartular es conexo a la relación causal y a sus vicisitudes" (22).*

## 9. AUTONOMIA:

El derecho conferido por el título-valor a su legítimo poseedor es también autónomo, es decir, inmune a las excepciones oponibles por el deudor a los precedentes poseedores.

*"En virtud de la autonomía cada cesionario se encuentra en una situación de independencia respecto a la situación en que se encontraba el cedente: casi en la situación del adquirente a título originario (es decir, no derivativo)" (23).*

Desde el punto de vista activo, lo que es autónomo *"es el derecho que cada titular sucesivo va adquiriendo sobre el título y sobre los derechos en él incorporados..." (24).* Del lado pasivo debe entenderse por autonomía el hecho de que la obligación de cada uno de los signatarios de un título-valor es independiente y diversa de la de los demás obligados. De ahí que, aun en el caso de invalidez de algunas de las obligaciones contenidas en el título, las restantes sigan siendo válidas.

Este principio está consagrado en los artículos 678 (25), 744 (autonomía activa) y 675 (autonomía pasiva) del Código de Comercio.

## 10. CIRCULACION:

Para cumplir su función de transmitir los derechos en él incorporados, el título-valor está destinado a circular en el tráfico mercantil. Para ello goza de determinadas características tendientes a agilizar la circulación misma.

Estos documentos son *"instrumentos especialmente aptos para facilitar la circulación de los bienes mediante la fácil transmisión del documento al cual se ha incorporado indisolublemente el derecho que se trata de ceder" (26).*

## 11. CONEXION ENTRE DOCUMENTO Y DERECHO. DERECHO SOBRE EL DOCUMENTO Y DERECHO DE CREDITO.

Toca ahora hablar brevemente de la conexión entre el derecho sobre el documento y el derecho de crédito, que los juristas alemanes llaman, respectivamente, *"Recht am Papier"* y *"Recht aus Papier"* (Derecho sobre el Documento y Derecho del Documento). Pacífico es en doctrina que el derecho sobre el documento es un derecho real, mientras que es un derecho de crédito aquél que brota del título.

- 
- (21) Títulos-valores causales son aquellos que se refieren explícitamente a una causa, como las acciones de sociedades anónimas.
- (22) DE SEMO, Giorgio, op. cit., pág. 105.
- (23) ARENA, Andrea, op. cit., pág. 106. En nuestra Jurisprudencia ver: Sent. No. 887 de 1974 del Tribunal Superior Civil, cit.; No. 595 de 1974 del Tribunal Superior Civil, cit.; No. 663 de 1973 del Tribunal Superior Civil, cit.; No. 597 de 1973 del Tribunal Superior Civil, cit. y No. 787, 567 y 547 de 1970 del Tribunal Superior Civil y Contencioso Administrativo, cit.
- (24) CERVANTES AHUMADA, Raúl, op. cit., pág. 19.
- (25) Este artículo, al enumerar las excepciones que pueden oponerse a las acciones derivadas de un título-valor, no contemplando ninguna contraria a este principio, lo consagra de modo indirecto.
- (26) GARRIGUEZ, Joaquín, "Tratado..." cit., pág. 3. Nuestro Máximo Tribunal del país al respecto ha dicho: "Los títulos-valores han sido creados para facilitar la rapidez de las transacciones y para darle, hasta donde sea posible, un máximo de seguridad a quienes intervienen en ellas", Sent. No. 125, 15:30 hrs. del 13 de noviembre de 1962, F.F. vs. Suc. F.F., II Sem., II Tomo, pág. 934.

*"Precisando los conceptos, observamos que el objeto del derecho sobre el documento es este último; mientras que objeto del derecho de crédito es la prestación debida por el deudor al acreedor, por lo tanto, en definitiva, dinero y mercancías" (27).*

En realidad estos dos derechos no deben confundirse: el derecho sobre el documento tiene indudablemente un carácter instrumental respecto al derecho de crédito que goza de un carácter final (28); ello quiere decir que no se puede adquirir el derecho de crédito sin que previamente se hubiere adquirido el derecho sobre el documento. Y fuente de adquisición del derecho sobre el documento es, según Carnelutti, un contrato de emisión o de transmisión.

## 12. CLASIFICACION DE LOS TITULOS-VALORES (SEGUN EL REGIMEN DE CIRCULACION): a) TITULOS NOMINATIVOS; b) TITULOS A LA ORDEN; c) TITULOS AL PORTADOR.

Los títulos-valores se pueden clasificar de varios modos. Las clasificaciones de mayor importancia práctica toman en consideración el régimen de circulación, el contenido, y, bajo ciertos aspectos, la persona que suscribe el título-valor. Sin embargo, nosotros entraremos a considerar únicamente la primera de ellas, por ser precisamente la que adoptara nuestro Código de Comercio.

Cuando hablamos de régimen de circulación intentamos referirnos al modo como el título-valor pasa de uno a otro sujeto. Bajo este aspecto, los títulos-valores pueden ser nominativos, a la orden, o al portador:

a) Son títulos nominativos los expedidos a favor de una persona cuyo nombre se expresa en el texto mismo del documento (artículo 686).

b) Son títulos a la orden aquellos que se expiden a favor de una persona o a su orden (artículo 693) (como p. ej. la letra de cambio, el pagaré). Sin embargo, esta definición del Código resulta confusa y (como p. ej. la letra de cambio, el pagaré). Sin embargo, esta definición del Código resulta confusa y puede inducirnos a error pues *"aquellos títulos que se expiden a favor de una persona"* no son a la orden sino nominativos. En rigor, son títulos a la orden aquellos que se *"emiten y circulan a la orden de una determinada persona"* (29), lo que es diverso. Ellos circulan mediante la entrega del título endosado. El endoso debe ser escrito en el documento o en hoja adjunta y suscrito por el poseedor del título que es llamado endosante. Endosatario es aquél a favor del cual el endoso se realiza.

c) Son títulos al portador los que, no expedidos a favor de persona determinada, se transmiten por simple tradición, contengan o no la cláusula al portador (artículo 702) (como p. ej. los billetes de banco).

## 13. TITULOS VALORES Y TITULOS CAMBIARIOS. CONCEPTO DE ESTOS ULTIMOS. ALGUNAS CARACTERISTICAS A ELLOS INHERENTES:

Las características de los títulos-valores, ya brevemente esbozadas, se encuentran también presentes en esa especial categoría de los mismos que son los títulos cambiarios y a los cuales nos referiremos exclusivamente de ahora en adelante. En nuestro medio, son títulos cambiarios, la letra de cambio, el pagaré, el cheque y el cheque viajero.

Títulos cambiarios son títulos-valores generalmente a la orden (30) (es decir, transmisibles por medio de endosos formales), literales, abstractos, autónomos, que contienen la obligación de pagar (31) o de hacer pagar (32) al legítimo poseedor, y a su vencimiento, la suma indicada en el título, vinculando solidariamente a todos los suscriptores del mismo y gozando de eficacia ejecutiva.

(27) DE SEMO, Giorgio, op. cit., pág. 108.

(28) CARNELUTTI, Francesco, "Teoría cambiaria", Cedam, Padova, 1937, pág. 37.

(29) ARENA, Andrea, op. cit. pág. 143.

(30) Recordamos que el cheque es un título al portador.

(31) Como el pagaré.

(32) Como la letra de cambio y el cheque.

En cuanto a la abstracción de los títulos cambiarios, es conveniente hacer hincapié en que ella es una característica que jamás falta. No así en otros títulos-valores, donde en ciertos casos no se da: recuerden las acciones de sociedades anónimas.

Estos títulos contienen obligaciones pecuniarias: el deudor o deudores están obligados a una prestación que tiene por objeto una determinada suma de dinero.

Los títulos cambiarios no admiten, en las obligaciones que de ellos nacen, ninguna "conditio facti" ni suspensiva, ni resolutoria. Este principio se dirige a la tutela del poseedor y al aumento de la circulación del título, fortaleciendo su función de instrumento de crédito y de pago.

Además, ellos obedecen a una ley de circulación simple y expedita. Se trata de títulos a la orden, es decir, transmisibles por medio de endoso, (el cheque puede ser emitido también al portador, aunque ello suceda raramente), el cual puede ser inclusive "en blanco", es decir, sin la indicación del endosatario (33): de modo que el adquirente pueda a su vez transmitir a otros sin dejar trazas de tal operación en el documento que, por lo tanto, funciona prácticamente como un título al portador.

La responsabilidad solidaria, que cubre a todos los suscriptores de títulos cambiarios, a diferencia de cuanto ocurre, en general, para los otros títulos-valores, acentúa el carácter acumulativo del documento cambiario, ya resultante del mecanismo de la cláusula a la orden, mediante la cual la indicación de los adquirentes sucesivos se cumple por los sucesivos enajenantes por medio del endoso, que es a su vez un documento, en modo de dar lugar a un grupo de documentos materialmente unidos "como un racimo de uvas" (34). Dicho grupo, por el indicado vínculo de solidaridad pasiva de los sujetos de la relación cambiaria, anima y refuerza la fe del adquirente.

Los títulos cambiarios son, considerados en sí mismos, bienes muebles que contienen incorporado el derecho de crédito; son elementos constitutivos de tal derecho. Por lo tanto, el crédito cambiario puede ser objeto de embargo —tanto judicial como preventivo—, embargo que se hará recaer sobre el título y contra el portador del mismo.

Estos títulos están provistos de una singular eficacia procesal. Como consecuencia del carácter de la abstracción, que separa el crédito cartular de la relación subyacente, ellos tienen los efectos, para el capital y los accesorios, del título ejecutivo. En otras palabras, el portador de un título cambiario puede accionar inmediatamente contra el deudor, sin necesidad de provocar a tal fin una sentencia judicial que reconozca la deuda.

#### 14. LOS SUJETOS DE LA RELACION JURIDICA CAMBIARIA:

Los documentos que responden al calificativo de títulos cambiarios generan una vez sumergidos en la vida del tráfico, relaciones jurídicas nacidas de las declaraciones cartulares. Si por relación jurídica se entiende "una relación existente entre dos o más personas, regulada por el derecho y que atribuye un poder a uno de los sujetos frente a un deber que incumbe al sujeto contrapuesto" (35), en los títulos cambiarios tales relaciones se sustancian en obligaciones, de las que es necesario precisar sus sujetos activos y pasivos.

Sujetos activos son, p. ej., en la letra de cambio, —que es el caso particular que aquí nos interesa— el tenedor, es decir, la persona a quien el título viene emitido por el librador; y el endosatario, a quien el documento fue transmitido por el mismo tenedor, o por otro adquirente sucesivo que se encuentre en posesión del título y se demuestre legitimado a recibir el pago, según las normas del derecho cambiario.

Los sujetos pasivos de la relación jurídica cambiaria constituyen la otra parte, la cual a su vez se divide en dos grupos: a) obligados directos o principales, que en la letra de cambio son el librado-aceptante, es decir, la persona que en la forma debida haya aceptado la letra, y sus avalantes; y b) obligados en regreso o accesorios que, en el documento en cuestión, son el endosante y el librador (y sus avalantes).

(33) El artículo 700, párrafo primero dice: "...el endoso en blanco transmite la propiedad del título sin consignar el nombre del adquirente, convirtiéndolo en documento al portador.

(34) CARNELUTTI, Francesco "Teoría cambiaria", cit. pág. 37.

(35) DE SEMO, Giorgio, "Istituzioni di Diritto Privato", Cedam, Padova, S.F., No. 155.



## DERECHO URBANISTICO: FUNDAMENTOS E INSTITUCIONES

Dr. Virgilio Calvo M.

### A) FUNDAMENTOS:

El aumento de las relaciones humanas que acompaña el avance de la sociedad moderna, impone el mejoramiento de las condiciones de existencia de los individuos; esto, deberá llevarse a cabo mediante racionales directivas tendientes a organizar los ambientes naturales, en los cuales núcleos demográficos se han instalado o desenvuelven su actividad productiva. Tales ambientes se les conoce con el nombre de "zonas de instalación".

Las modificaciones consideradas necesarias dentro de esos ambientes, deberán ser proyectadas y llevadas a cabo por los Poderes Públicos; porque, es ilusorio pensar que los individuos puedan proyectar y realizar de acuerdo a la solución más conveniente desde el punto de vista social. Por otra parte, es claro que determinados beneficios a la comunidad, sólo pueden ser conseguidos y asegurados imponiendo un sacrificio a las personas que forman parte.

El Estado y la autoridad local deben ser los encargados de tal iniciativa; de la misma forma, lograr una estrecha colaboración entre entes públicos y ciudadanos, para que efectivamente puedan tales zonas prosperar.

Este auge o prosperidad, mediante una disciplinada política de mejoramiento sanitario en la población, permitirá frenar la propagación de afecciones morbosas derivadas en muchas ocasiones, de la errada colocación de zonas destinadas a habitación, de la adopción de sistemas deficientes de conducción de desechos o, de la inconveniente ubicación de lugares de trabajo o alojamiento.

Un centro habitado no debe considerarse como un complejo arquitectónico tutelable a través de la armónica formación de calles, edificios o plazas, sino como una gran organización, donde cada cosa debe tener una colocación bien definida en relación a la actividad a desarrollar y a los fines a conseguir.

Una concepción diferente, implicaría la existencia de zonas que no corresponden a las necesidades de quienes deban vivir o trabajar en ellas.

Las zonas de instalación se componen de dos elementos esenciales: a) Unidades Edilicias, que son las que pertenecen a los particulares y, donde estos viven o desarrollan su actividad productiva, agrícola, comercial, industrial o intelectual, y b) Establecimientos Públicos, que han sido creados como complemento y ayuda de las unidades edilicias y están destinados a satisfacer necesidades que los particulares no

pueden resolver por su propia cuenta (vías, plazas, parques, jardines públicos, escuelas, iglesias, hospitales, mercados, oficinas públicas, instalaciones deportivas, etc.) (1).

Tal es la relación entre ambas y la interdependencia mutua, que no se concibe la existencia de uno sin la presencia del otro.

Cuando tal relación se obtenga, es posible entonces hablar de DISCIPLINA URBANISTICA capaz de obtener la mejor planificación y disposición del habitado, con la máxima ventaja para la población y sin sacrificio para los particulares.

Las zonas de instalación, igualmente, como unidades urbanísticas elementales no pueden estar disociadas entre ellas; representan partes esenciales de núcleos edilicios más o menos vastos y, pueden constituir agrupaciones orgánicas (barrios) con un grado de autosuficiencia variable según el barrio, en el campo administrativo, comercial, religioso, sanitario, deportivo, recreativo, etc. lo cual estará en relación a la posición y la importancia conseguida en el ámbito de la zona de instalación (2).

En síntesis, las zonas de instalación para que en forma efectiva sirvan las funciones que deben desarrollar, deberán velar: a) porque las unidades edilicias sean higiénicas, tengan aspecto decoroso, sean funcionales y, en fin, que respondan al uso al que deben ser destinadas; b) porque las diferentes unidades se agrupen con criterios orgánicos, esto es, racionalmente dispuestas; así, se contemplen las necesidades de tráfico y, en general se respeten las exigencias de la convivencia humana y el conjunto esté de acuerdo y satisfaga las necesidades; c) porque haya una efectiva coordinación de las construcciones de los edificios privados y la extensión de las instalaciones públicas, para así evitar grandes e inútiles gastos a la Administración y falta de asistencia a los particulares.

## B) INSTITUCIONES:

El Derecho Urbanístico ha ido elaborando una serie de conceptos necesarios para su efectiva aplicación y la consecución de sus fines. La definición de esos conceptos no es más que una labor primaria o de base, en relación con el cúmulo de problemas que su aplicación produce.

**Ensanche:** simple agregación de nuevos barrios a los ya existentes. Debe darse articuladamente con el resto de la disciplina para que se enmarque dentro de las previsiones de esta.

**Reforma Interior o Renovación Urbana:** la legislación española se refiere en la primera forma y, la nuestra en la segunda. Es la destrucción de un determinado sector para hacer una nueva ordenación del mismo (3).

**Zonificación:** es uno de los conceptos básicos; consiste en reservar determinadas zonas de la ciudad para necesidades o funciones concretas. Abarca desde la idea más elemental, que es la de creación de zonas industriales en las que ha de concentrarse la industria de la localidad, hasta la fijación de zonas residenciales, zonas político-administrativas, zonas deportivas, zonas verdes, etc. En nuestro sistema positivo, se contempla en los artículos 24 a 31 de la Ley de Planificación Urbana.

**Plan Urbanístico:** en términos generales, son actos del poder público que disciplinan la coordinación y utilización del territorio.

La disciplina urbanística constituye un procedimiento de planificación (4). Los procedimientos de planificación pueden estudiarse desde dos puntos de vista: a) del procedimiento y, b) sustancial. El primero es el que hasta ahora ha constituido el centro de interés para los estudiosos del problema. La doctrina italiana, haciéndose eco del planteamiento del eminente profesor Massimo Severo Giannini ha considerado la planificación un "*procedimiento de procedimientos*", en el sentido que las directivas en

(1) TESTA, *Disciplina Urbanística*, 6a. ed. Dott. A. Giuffrè-Edit. Milano 1972, pág. 6.

(2) LIBERA, *Esperienze Urbanistiche in Italia*, La Scala del Quartiere Residenziale, citado por Testa, op. cit. pág. 7.

(3) La Ley de Planificación Urbana, No. 4240 de 15 de noviembre de 1968, dispone en relación con el Reglamento de Renovación Urbana que procede su aplicación para "conservar, rehabilitar o remodelar áreas urbanas defectuosas, deterioradas y en decadencia". Arts. 51 a 55.

(4) GARCIA de Enterría, *Apuntes de Cátedra de Derecho Administrativo*, años 1972-73, t. III, Madrid, págs. 159 y sig.

ellos contenidas inician una acción de parte de los entes territoriales y de las administraciones públicas, tendientes a hacer efectivas tales directivas, según las correspondientes competencias.

Desde el punto de vista sustancial, es la incidencia sobre los derechos, como mecanismo de predeterminación del contenido de los mismos.

El procedimiento planificador urbanístico resulta típicamente compuesto en la siguiente forma: a) Situaciones jurídicas sujetas a planificación (Propiedad Edilicia); b) Actos del Poder Público que inciden en las situaciones sujetas, en forma escalonada, precisando lo que había sido dispuesto por la precedente según relaciones de mayor o menor jerarquía o bien, según relaciones generales a especiales. . . (Planos Urbanísticos) y, c) mecanismo por el que los actos del poder público inciden sobre las situaciones de sujeción; consiste en la predeterminación de los modos de goce, utilización o disposición y, de actos de control de la conformidad de la utilización, goce o disposición con las predeterminaciones establecidas (Licencia de Construcción o Edilicia).

Los planes urbanísticos pueden dividirse en dos grandes categorías: a) generales y, b) especiales. Los primeros se ocupan del territorio en general, considerándolo en todo su conjunto y disciplinando cada parte. La teoría jurídico-urbanística, considera dentro de este grupo, los siguientes:

1) **Plan Territorial de Coordinación:** dispone sobre los lineamientos en general (redes de carreteras, ferrocarriles, grandes obras de infraestructura, zonas nuevas para industria, habitación, etc.). No es un plan jurídicamente hablando, porque no incide sobre los derechos subjetivos o intereses legítimos de los particulares (5).

2) **Plan Intermunicipal o Intercomunal:** resulta del acuerdo de varias municipalidades (dos o más) las que, por tener sus territorios contiguos (hipótesis de área metropolitana), por depender recíprocamente unas de otras (p. ej. en una hay un proceso industrial y, en la otra un proceso de urbanización) y haber "áreas complementarias" o, por estar en las mismas condiciones, lo que hace necesario un desarrollo articulado y existir "áreas homogéneas", deban acordar un plan en conjunto (6).

3) **Plan Regulador:** el instrumento básico de la disciplina urbanística, porque condiciona la función urbanística a nivel municipal, la delimita y le da efectividad dentro del proceso planificador (7).

4) **Plan Particularizado:** se usa excepcionalmente, cuando es necesaria una particular atención al detalle (p. ej. un centro de interés histórico) o, donde se quiera obtener una diferencia en los tiempos de urbanización para las diversas zonas de expansión urbana. Se determina así, la disciplina del territorio con urbanización para las diversas zonas de expansión urbana. Se determina así, la disciplina del territorio con la máxima precisión al detalle. Si bien su aplicación en forma general no es posible en la práctica, sí lo es para casos particulares (8).

**Planes Especiales:** disponen sobre un punto específico u objetivo determinado. Son de citar los planes de zona industrial, de parques nacionales, etc. (9).

Los planes generales están en relación de supra y subordinación, con respecto al plan regulador. Así, el de categoría superior prevalece sobre el inferior y este no puede disponer en contra de lo que indica aquel.

Los planes especiales tienen entre ellos un criterio de temporalidad, sea, que prevalece el más reciente.

Entre planes generales y especiales rige un criterio de norma general — norma especial. Así, el precepto especial prevalece sobre el general en lo que es de su específica competencia pero, si va más allá de ésta y dispone de materia en que no tiene atribución, prevalece y rige el precepto general.

(5) En nuestro país, el Plan Nacional de Desarrollo es un ejemplo.

(6) En nuestro ordenamiento, los artículos 62 de la Ley de Planificación Urbana y, 14 del Código Municipal le dan entrada expresa.

(7) Los artículos 15 a 18 de la Ley de Planificación Urbana disponen lo relativo a este instrumento, señalando el procedimiento para su adopción y los elementos esenciales que debe tener. Los Reglamentos de Desarrollo Urbano son cuerpos de normas que adoptan las Municipalidades para hacer efectivo un plan regulador. Los principales son: de zonificación, de fraccionamiento y urbanización, de mapa oficial, de renovación urbana y de construcciones... (artículo 21 L.P.U.).

(8) No obstante que en Costa Rica no se prevé expresamente, puede interpretarse que cabe su uso en tanto se dé en concordancia con las previsiones del plan regulador.

(9) Tampoco dice nada la legislación en relación a ellos. Pareciera no haber dificultad en aceptar su uso si una ley especial autoriza una sustracción en la materia a regular por el plan regulador, ya que de no haberla, corresponderá a este hacerla.

**Propiedad Edilicia:** es el derecho del particular a usar la parte del territorio que le pertenece, según modalidades predeterminadas por el poder público. La disciplina urbanística es un todo orgánico, un complejo de normas dispuestas para asegurar la buena organización del territorio. Su interés primordial es el de lograr una "buena urbanización". Por tanto, las posiciones de los sujetos se derivan de tal concepto y, son posteriores a él (atribuciones, posiciones de poder de los sujetos públicos, intereses protegidos de los particulares). Así, el interés de los particulares está reconocido en cuanto sirve como instrumento en la realización de los fines de una buena urbanización (10).

**Licencia de Construcción o Edilicia:** es un poder técnico administrativo de dictar prescripciones en relación a la modalidad de las construcciones, las características de estructura del edificio, su decoro y la armonía arquitectónica. Este concepto está en íntima relación con el de "área edificable" (11), que es el terreno considerado como edificable en el plan regulador; contiene potencialmente el derecho a edificar. Por tanto, puede argumentarse que el reconocimiento de una determinada área como edificable, sea el presupuesto jurídico que hace obligatoria la concesión de la licencia de construcción.

En nuestro país se requiere la licencia de construcción como norma general, para iniciar una construcción sea esta permanente o provisional. Se exceptúa únicamente, la construcción de edificios que lleve a cabo el gobierno de la República u otras dependencias del Estado, ya que en este evento, la obra debe ser vigilada por el Ministerio de Obras Públicas y Transportes y entonces, la licencia no es necesaria (12).

**Intervención del Poder Público:** en términos generales, son tres las formas de intervención de los poderes públicos en la actuación del derecho urbanístico: a) general, b) sectorial y, c) especial. Esta última da lugar a un sistema de dos grados: uno central y, otro local. En Costa Rica, en la Ley de Planificación Urbana, los artículos 2 a 12 disponen sobre la planificación a nivel nacional, encomendada a la Oficina de Planificación y al Instituto Nal. de Vivienda y Urbanismo por medio de la Dirección de Urbanismo. Los artículos 15 y siguientes regulan la planificación a nivel local encomendada a las municipalidades.

La planificación a nivel nacional (por medio de la Dirección de Urbanismo) prepara los planos y controla la actuación de la disciplina; la planificación local (municipalidad) tiene atribuciones definitivas e imputación de actos.

La colaboración entre ambas se articula mediante actos de concierto. Según la doctrina y jurisprudencia italianas, se da un acto complejo desigual, en el que hay dos deliberaciones situada cada una en un plano distinto: a) la que tutela los intereses del Estado, que como es obvio, se superponen a los locales (INVU—OFIPLAN) y, b) la que satisface exigencias propias, dentro del marco fijado por la primera (municipalidad).

La tutela se ejercita internamente dentro del mecanismo de la disciplina (derecho urbanístico) o, desde afuera con actos de competencia propios de cada sujeto que se suman a los actos de la disciplina urbanística y tienen efectos independientes.

**Standards Urbanísticos:** son límites de tipo objetivo a la utilización de la propiedad edilicia. Valen para todo el territorio y deben ser respetados por los planes que se elaboren y por los propietarios de los terrenos. Determinan relaciones y configuraciones de los modos de usar la propiedad.

Más que como límites externos, máximos o mínimos, jurídicamente se configuran como restricciones internas a la propiedad (13).

**Obras de urbanización: primaria y secundaria:** los actos de la disciplina particular de uso del territorio, disponen en relación a ambos tipos de obras de urbanización; su enucleación obedece a criterios directivos de acuerdo al tipo de urbanización; de la misma forma disponen sobre la división de gastos entre poderes públicos y particulares en lo relativo a su construcción.

Las obras de urbanización primaria son aquellas absolutamente indispensables a la creación de una urbanización en nuestras condiciones históricas (luz eléctrica, agua potable, red de cloacas, etc.). Deben existir o, por lo menos, ser construidas al mismo tiempo para que una propiedad pueda ser edificable. Su

(10) SPANTIGATI, Manuale di Diritto Urbanistico, Dott. A. Giuffrè-Edit. Milano, 1969, pág. 47.

(11) MASUCCI, Rocco di Torrepadula, Diritto Urbanistico, Jandi Sapi Edit. Roma, 1969, pág. 183.

(12) Ley de Construcciones, No. 833 de noviembre de 1949 y sus reformas, artículos 74 y 75.

(13) SPANTIGATI, op. cit. pág. 52.

construcción corresponde por entero a los propietarios de terrenos o al urbanizador y, definen el centro habitado, donde se hace necesaria la licencia de construcción.

Las obras de urbanización secundaria son los otros servicios que, aunque necesarios a la urbanización, no son preliminares ni indispensables (obras para ligar o unir la zona a servicios públicos); su construcción corre a cargo, por partes iguales, de los particulares y el Estado.

En Costa Rica, los artículos 32 a 41 de la Ley de Planificación Urbana, relativos al Reglamento de Fraccionamiento y Urbanización y, el Reglamento para el Control Nacional de Fraccionamientos y Urbanizaciones aprobado por la Junta Directiva del Instituto Nal. de Vivienda y Urbanismo por artículo III de la sesión número 2408, celebrada el 5 de junio de 1973, disponen sobre puntos específicos y de importancia vital a considerar para urbanizar o fraccionar (14).

Sin embargo, de existir un Reglamento dictado por la Municipalidad, rige éste y, en su defecto el ya mencionado del INVU.

**Dotación mínima por habitante:** consiste en la obligatoriedad de dejar los espacios públicos o reservados a actividades colectivas (espacios, áreas verdes, parqueos). Para afinar aún más el concepto, desde un punto de vista técnico, se diferencia según sea el área para instrucción, para aprovechamiento común, para parque, para juego o deporte y, para parqueo o estacionamiento de vehículos.

No se comprende dentro del concepto los espacios verdes a lo largo de las carreteras y los dedicados a asentamientos varios.

Las áreas de parqueo se diferencian según sean para complejos industriales, para edificios comerciales o administrativos; así, en los primeros, la relación entre espacios públicos (parqueos en especial) y superficie cubierta, es más baja que en los últimos. (15).

Los artículos 24 inciso c) y 27 de la Ley de Planificación Urbana permiten la hipótesis indicada en el párrafo anterior; tal cosa no constituye violación al principio de igualdad, de que dispone la segunda norma citada, porque puede haber variación de requisitos pedidos respecto de una misma zona por el diferente uso que se diere al inmueble.

**Medidas de Salvaguardia:** son aquellas que permiten a la autoridad competente, suspender los trabajos de construcción o reconstrucción de edificios, si estos pudieran hacer más difícil u onerosa la aplicación de un plan que no está aprobado aún pero sí en vías de serlo. Son, pues, medidas que consienten y permiten el congelamiento de la situación urbanística, en momento en que un plan será aprobado (16).

**Convenciones edilicias:** acuerdos entre las municipalidades y los propietarios de terrenos, a fin de dar actuación a planes específicos o particularizados que las municipalidades hayan dispuesto pero, por falta de medios técnicos y financieros no habrían podido aplicar; de tal modo, se acuerda la mejor disposición de un determinado territorio.

- 
- (14) En el Cantón Central de San José, rige actualmente un Reglamento de Urbanización y Fraccionamiento publicado en La Gaceta No. 283 de 15 de diciembre de 1951. El INVU ha elaborado una "ordenanza Modelo de Urbanización y Fraccionamiento", la que debe ser adoptada por la Municipalidad correspondiente para poder aplicarse en la circunscripción cantonal.
- (15) Existe un Proyecto de Reglamento Modelo de Construcciones, elaborado por el INVU, que no rige todavía y, un Reglamento de Zonificación adoptado por la Municipalidad de Heredia, que disponen en lo referente a zona a dejar para estacionamiento, así: en vivienda, si el lote mide más de 280 metros cuadrados un espacio por cada vivienda; en edificios de apartamento uno por cada dos apartamentos; en hoteles un espacio por cada cuatro dormitorios o diez camas, etc. El Ministerio de Salud, como conoce de los planos de construcción, por atribución expresa de la Ley Gral. de Salud antes que la Municipalidad, aplica frecuentemente normas no escritas en este punto; algunas veces consulta al INVU sobre el particular, pero no como norma general. Esto hace ver un gran desorden y poco acuerdo institucional.
- (16) El término de congelamiento en nuestro país es de 5 años, en el caso de renovación urbana. Puede interpretarse, que procede aplicar una medida de salvaguardia y, por tanto congelar una situación, si se han cumplido los requisitos de que habla el art. 17 L.P.U.: audiencia con los vecinos acuerdo de adopción formal del plan y publicación en La Gaceta. Caso contrario, habría nulidad absoluta en el acto administrativo de congelamiento por falta de requisitos necesarios para la validez y consiguiente eficacia.

La Municipalidad podría aprobar y acoger los estudios técnicos hechos por los particulares, aceptar de estos las áreas necesarias para obras de urbanización y gastos específicos de urbanización.

En doctrina se acepta la posibilidad de planes de ordenación urbana de iniciativa particular (17).

Nuestra legislación positiva acepta tácitamente esta última posibilidad al decir: "*obtener la aprobación de la Dirección de Urbanismo si el proyecto no se hubiere originado en dicha oficina*" (18).

Sin embargo, en la práctica y por motivos obvios, siempre los planes son preparados por la Dirección de Urbanismo.

---

(17) GONZALEZ PEREZ, Los planes de ordenación urbana de iniciativa particular, Centro de Estudios Hipotecarios, Madrid, 1973.

(18) Artículo 17 inciso 2) Ley de Planificación Urbana.



## VOLUNTAD Y MANIFESTACION EN EL NEGOCIO JURIDICO

Dr. Víctor Pérez Vargas.

### CONTENIDO:

Introducción .....	98
La voluntad en el negocio jurídico .....	99
a) La voluntad. Ideas generales .....	99
b) Los orígenes de la doctrina sobre la voluntad como elemento del negocio .....	99
c) La voluntad en nuestro Derecho Privado .....	101
d) Aclaraciones sobre el papel de la voluntad .....	103
e) Conclusión .....	104
La manifestación en el negocio jurídico .....	104
a) La objetividad en el Derecho .....	104
b) Elementos material y formal de los fenómenos jurídicos. Referencia al negocio .....	106
c) La doctrina tradicional frente al problema de la forma del negocio jurídico .....	106
d) La forma, elemento esencial del negocio .....	106
e) El negocio en cuanto comportamiento inmaterial. La relación de significación .....	107
f) Las posibilidades formales del negocio .....	107
g) La reproducción de la manifestación .....	109

## I N T R O D U C C I O N :

El Derecho y la ciencia que lo tiene por objeto son realidades histórica y socialmente condicionadas. Las grandes elaboraciones teóricas corresponden a un marco circunstancial, se encuentran sumergidas en una determinada cultura y son reflejo —y a veces faro— de la misma. Las doctrinas sobre el negocio jurídico que tuvieron como eje la voluntad (las denominadas concepciones real-subjetivas (1) respondían a todo un movimiento histórico. La primera mitad del siglo XIX significa un profundo y radical cambio de estructuras psicológico-culturales: el paso del pensamiento abstracto al pensamiento concreto, el paso de la razón al sentimiento; es en este sentido que se produce el paso del Iluminismo del siglo XVIII al Romanticismo del siglo XIX. El movimiento romántico se presenta como una especie de rebelión frente a los modelos racionalistas de la Ilustración en favor del sentimiento y la imaginación, de la voluntad y la libertad ("que es mi Dios la Libertad, mi ley la fuerza y el viento, mi única patria la mar" expresó Espronceda en su Canción del Pirata); este impacto fue sentido, evidentemente, con mayor fuerza en la esfera artística, pero también tuvo sus repercusiones en la esfera intelectual. Puede afirmarse que la transformación fue general; se reflejó en la filosofía, en la pintura, en la literatura, en la música y también en la ciencia jurídica, tanto que puede hablarse de una ciencia romántica: la Escuela Histórica. Se acentúa particularmente el subjetivismo romántico en el pensamiento de Windscheid: el Derecho es identificado con la ley y ésta es considerada como expresión de la voluntad del legislador. La interpretación de la ley debía ser —coherentemente— un descubrir en ella lo que el legislador quería. No nos corresponde ahora analizar las peligrosas consecuencias metodológicas de esta concepción (2). Nos interesa por el momento destacar simplemente que el voluntarismo responde a una ideología. Recordemos que en política y economía esta fue la época del predominio de las corrientes liberales y de esta influencia en la doctrina de nuestros códigos tenemos que ser conscientes (3).

La teoría del negocio jurídico debe los mayores méritos de su elaboración precisamente a estos juristas. Como era de esperarse la voluntad tenía que ser el eje de sus construcciones.

El objeto del presente estudio es determinar la significación negocial de este elemento y establecer su posición frente al elemento objetivo —o "forma"— del negocio en el Ordenamiento costarricense.

---

(1) Pienso concretamente en WINDSCHEID Y BIERLING.

(2) Remitimos sobre el tema a FALZEA, Angelo. *Efficacia giuridica. Voci di teoria generale del diritto*, Giuffrè-ed. Milano, 1970, pág. 232.

(3) Se ha afirmado que el voluntarismo, en la forma del imperativismo representa en nuestro siglo la concepción del Derecho dominante por lo que cualquier cita es superflua. FALZEA, op. cit. supra 2, pág. 233.

## PARTE I:

### LA VOLUNTAD EN EL NEGOCIO JURIDICO

#### a) La voluntad. Ideas generales.

Se denomina normalmente (esto es, en el uso común del término) "voluntad" a aquella facultad que nos determina a actuar con conocimiento del fin y de los motivos de la acción. En cuanto facultad es un poder subjetivo, o, más bien, una aptitud propia del ser humano con la cual puede condicionar su vida futura mediante decisiones relativamente autónomas. Se trata, como se ha dicho, de una facultad que nos determina a actuar; ello en razón de que la voluntad es comprensible sólo en cuanto realidad activa, en cuanto mueve al sujeto a tomar una actitud (aun en los casos en que tal actitud es una omisión nos encontramos frente a un comportamiento). Se dice, además, que la voluntad nos determina a actuar con conocimiento del fin y de los motivos de la acción; tenemos un acto voluntario cuando el sujeto tiene conocimiento de lo que se propone hacer y de las consideraciones que lo mueven a actuar (4). Se trata de un conocimiento de fines y motivos propio sólo de la esfera superior y por ello propio sólo del ser humano; no se deben considerar actos de voluntad aquellos comportamientos que son expresión de apetitos sensitivos en los que hay sólo un conocimiento sensible, esto es, una conciencia empírica, que es común también a los fenómenos espaciales que corresponden al nivel animal.

El acto que emana del ejercicio de esta facultad de determinación de la acción con conocimiento de motivos y fines se denomina "*acto voluntario*". En este tipo de comportamiento encontramos tres momentos —esquemáticamente—: A) La deliberación que es el conocimiento y examen de los motivos (5) y del fin que mueven a la acción; en toda deliberación podemos ver tres fases: 1) el conocimiento del objeto, 2) el conocimiento del fin y los motivos, 3) el juicio práctico sobre estos (este juicio puede llamarse "*práctico*" en cuanto prepara para la determinación y para la acción —praxis—) (6). B) La determinación o elección es el segundo momento del acto voluntario. En función del juicio práctico formulado en la deliberación, el sujeto toma una resolución o determinación de obrar en cierta dirección (7). Puede considerarse que en la determinación volitiva se encuentra el elemento esencial del acto voluntario; lo anterior resulta confirmado con la constatación de que la determinación pone fin al estado de indecisión e incertidumbre; ella es la afirmación de una de las alternativas; es el "*yo quiero*" que James denomina el "*fiat*" de la voluntad. C) La ejecución es el tercer momento del acto voluntario; es la realización del acto determinado por la voluntad. La ejecución puede ser interna o externa; es externa cuando se manifiesta objetivamente; es interna cuando se ejecuta una determinación de pensar, de imaginar, etc. Sólo la ejecución externa o "*manifestación de voluntad*" es relevante para el Derecho. No debe confundirse la ejecución del acto volitivo (que sería, por ejemplo, una manifestación contractual de voluntad) con lo que es la realización de la manifestación de voluntad (que sería, por ejemplo, el cumplimiento de una obligación contractual).

#### b) Los orígenes de la doctrina sobre la voluntad como elemento del negocio. (8).

"Como es sabido, la teoría general concibe la función de la voluntad en el negocio jurídico como la de un poder o energía creadora. Según la teoría general del negocio jurídico, es la voluntad la que crea o produce el efecto jurídico, al menos en forma mediata, esto es, a través de la ley. La doctrina más acreditada reconoce que en definitiva la ley es la fuente última del efecto jurídico; sin embargo, agrega

(4) V. FARIA, Rafael. Filosofía. Voluntad-librería. Bogotá, 1963, pág. 177.

(5) Muchos psicólogos distinguen dos tipos o clases de motivos: Los fisiológicos y los sociales. V. WHITTAKER, James. Psicología, México, 1968, pág. 111. Creemos que esta bipartición se queda corta.

(6) A menudo ocurre que los conflictos detienen el acto voluntario en esta fase impidiendo el juicio práctico. V. WHITTAKER, op. cit. supra 5, pág. 165.

(7) V. CARIOTA FERRARA, Il negozio giuridico nel diritto privato italiano. Morano-ed. Napoli, pág. 165.

(8) Traducción parcial del trabajo "Il potere della volontà nella promessa come negozio giuridico" de GORLA, Gino. Publicado en "Il diritto privato nella società moderna". Il Mulino, Bologna, 1971.

que en la base de esta operación de la ley está la voluntad del declarante, como fuente creadora de aquel efecto en la realidad de hecho que la ley toma en consideración. El sujeto declarante, —se dice—, con su voluntad crea o quiere crear un efecto, que la ley reconoce y realiza en atención al respeto debido a la voluntad del mismo declarante.

Esta concepción presupone, entre otras cosas, que la voluntad del declarante esté dirigida a un efecto favorable al mismo declarante, esto es, a un efecto que le interese; la ley, precisamente para realizar o proteger esta voluntad o interés, le da actuación en el orden jurídico.

Desde el punto de vista subjetivo, el interés no es sino una apreciación de parte del declarante, de aquello que le conviene: la ley, reconociendo el negocio jurídico que contiene esta apreciación, interviene en el interés del declarante mismo, el cual, precisamente para realizar este interés personal suyo, requiere, más o menos implícitamente la intervención del Derecho.

Esta concepción de la función de la voluntad está estrechamente ligada a la concepción general o generalizante del negocio jurídico, definido como "*declaración de voluntad dirigida a producir un efecto o a realizar un fin que la ley reconoce y protege*". Se podría hasta decir que las dos concepciones son inmanentes una respecto a la otra.

A su vez, la referida definición del negocio jurídico se conecta a la del derecho subjetivo. Como es sabido, este es definido, según algunos autores, como un poder de la voluntad; según otros, como un interés protegido (por la ley). Una tercera concepción sintética, bastante corriente, combina los dos elementos, voluntad e interés, por lo que el derecho subjetivo es definido como un poder de la voluntad para la realización de un interés protegido por la ley.

En este orden de ideas el concepto de negocio jurídico, como ha sido antes definido, representa el concepto de un acto de ejercicio del derecho subjetivo, o, en todo caso, de un poder jurídico: un acto que ejercita un poder de la voluntad del declarante para la realización de un interés del mismo declarante.

La referida teoría general del negocio jurídico, tal como la encontramos hoy, con el concepto inherente de poder de la voluntad de crear, o, al menos, de autodeterminar la situación jurídica del declarante, tiene sus orígenes en una concepción aparentemente más limitada, pero que, potencialmente, o, en germen, ya contenía la generalización, para la cual dentro de un mismo concepto se comprendían todos los actos arriba mencionados, como actos que representaban el ejercicio del poder de la voluntad.

La concepción a que nos referimos es aquella que asimila el acto de alienación de la propiedad, como ejercicio de un poder del hombre sobre los propios bienes, al acto de obligación como ejercicio de un poder del hombre sobre su persona, sus actos o sobre su libertad.

Según parece esta concepción se inicia con el iusnaturalismo de los siglos XVI y XVII y se alimenta de las corrientes ideológicas y políticas que lo han inspirado. Pero, desde otro punto de vista, la idea de un poder del hombre de auto-obligarse, análogo al poder de disposición, es tal vez más antigua: puede hacérsela remontar a ciertas concepciones morales o religiosas.

En su obra "*The Jurisprudence of Holland*", Grocio, para explicar el contrato como fuente de obligaciones, dice: la razón de este valor del contrato "*consiste en la libertad que tiene el hombre de disponer de sus actos*" y, como el poder del hombre sobre su propiedad lo habilita para alienarla "*así cada hombre tiene el poder de alienar a otro, que acepta, una parte o más bien una consecuencia de su libertad*".

Concepción fundamental, esta, que Grocio desarrolla en su otra obra bastante más conocida, "*De iure belli ac pacis*". La concepción misma, por la autoridad de que gozaron Grocio y los iusnaturalistas (o tal vez también porque semejantes concepciones de un poder de la voluntad del hombre con las correspondientes ideologías, se respiraban en el aire en el siglo XVIII y en el principio del siglo XIX) se difundió y llegó a ser de dominio común y permaneció, virtualmente y a veces subrepticamente, operante, aun cuando aquellas ideologías perdieron su razón de ser o su atractivo.

Aquello que quedó y se desarrolló, en particular, fue la concepción fundamental que ya se encontraba en germen en aquella asimilación entre acto de alienación de la propiedad y acto de obligación: esto es, el concepto de negocio jurídico (concepto o generalización que fue poco a poco ampliándose hasta llegar a comprender todos los actos arriba mencionados) como ejercicio de un poder de la voluntad de crear el efecto jurídico o, por lo menos, de autodeterminar la situación jurídica del declarante. Aplicándose tal concepción al acto de obligación, éste venía entendido como ejercicio de un poder de auto-obligarse, que

era análogo al ejercicio del poder de disponer de la propiedad o de otro derecho (o, al ejercicio, en general, de un poder jurídico).

Esta concepción de carácter iusnaturalista, que asimila el acto de alienación al acto de obligación, parece haber constituido la base para la formación del concepto general de negocio jurídico; al menos, ella ha contribuido al mismo en forma poderosa en cuanto la concepción misma constituye el puente entre los actos de ejercicio de un poder jurídico (en sentido estricto) y el acto de obligación, que era el punto más difícil de construir. En todo caso, también entre aquellos autores se ha venido formando y difundiendo la idea que más nos interesa: aquella de un poder de auto-obligarse (autoengagement) en cuanto se refiere a la promesa o acto de obligación. Esta idea inspira también el llamado principio de autonomía de la voluntad y de la libertad contractual".

### c) La voluntad en nuestro Derecho Privado.

En principio, la voluntad tiene efectos jurídicos, por reconocimiento de nuestro Ordenamiento (9) cuando esta es manifestada (10) por un sujeto capaz de actuar (11). La capacidad de actuar es reconocida a todos aquellos sujetos que han alcanzado la mayoría de edad, la cual se encuentra fijada en la edad de dieciocho años (artículo 19 del Código Civil, según reforma No. 5355 de 28 de setiembre de 1973, publicada en La Gaceta No. 189 de 6 de octubre de 1973 (12); también es sujeto capaz de actuar el emancipado por matrimonio (pues la emancipación voluntaria ha sido eliminada de nuestro Ordenamiento con la reforma antes citada).

Si bien en nuestro Derecho Privado no se habla de voluntad debe entenderse que a ella se hace referencia en los casos en que se habla de consentimiento, pues —como la ha afirmado nuestra jurisprudencia— nuestro sistema de contratación civil está regido por el principio de autonomía de la voluntad (13); así, para el matrimonio es elemento esencial el consentimiento de ambos contrayentes manifestado de un modo legal y expreso (artículo 13 del Código de Familia (14); sin él —revela el Código— no existe matrimonio; del mismo modo, es requisito esencial la voluntad en los negocios testamentarios para los cuales se aplicarán las reglas sobre el consentimiento libre y claramente manifestado es también (15); en términos generales se establece que el consentimiento libre y claramente manifestado es también elemento esencial de los contratos (artículos 1007 y 1008 del Código Civil (16) y se ha dicho que la validez de un acto jurídico o contrato descansa en la voluntad del otorgante (17). En estas hipótesis el Ordenamiento permite que los sujetos regulen sus intereses en forma voluntaria, si bien en algunos casos, como en el negocio matrimonial los efectos se encuentran en gran parte normativamente previstos formalmente. Esta voluntad de la regulación es un elemento esencial del negocio jurídico (18). *"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"* (19).

(9) "Pues es siempre la ley la que crea los efectos" SCOGNAMIGLIO, Contributo alla teoria del negozio giuridico. Jovene-ed. Napoli, pág. 35.

(10) V. CARIOTA FERRARA, op. cit. supra 7, pág. 66.

(11) SALA DE CASACION, 10:10 hrs. de 12 de junio de 1951, I sem. tomo único, pág. 519.

(12) Art. 19 C.C.: "Son mayores de edad las personas que han cumplido dieciocho años y menores las que no han llegado a esa edad".

(13) SALA DE CASACION, 14:45 hrs. de 10 de junio de 1949, I sem. tomo único, pág. 515.

(14) Art. 13 C.F.: "Para que exista matrimonio el consentimiento de los contrayentes debe manifestarse de modo legal y expreso".

(15) Art. 579 C.C.: "Las reglas sobre consentimiento para las obligaciones regirán en materia de testamentos en cuanto sean aplicables".

(16) Art. 1007 C.C.: "Además de las condiciones indispensables para la validez de las obligaciones en general, para las que nacen de contrato se requiere el consentimiento y que se cumplan las solemnidades que la ley exija".

Art. 1008 C.C.: "El consentimiento de las partes debe ser libre y claramente manifestado. . .".

(17) SALA DE CASACION, 10:45 hrs. de 14 de setiembre de 1950, II sem. I tomo, pág. 848.

(18) V. CARIOTA FERRARA, op. cit. supra 7, pág. 60.

(19) SALA DE CASACION, No. 95 de 1961, II sem. I tomo, pág. 296.

Cuando en un negocio jurídico la voluntad se encuentra clara, libre y expresamente manifestada, éste es jurídicamente relevante pues ya se ha revelado la existencia de un núcleo de intereses que hace necesaria la intervención del Derecho para efectos de su calificación. No significa lo anterior que no pueda darse un negocio inválido por otras razones, aunque la voluntad no se encuentre viciada. La diferencia entre relevancia y validez será oportunamente aclarada (20).

La importancia concedida en nuestro Ordenamiento a la libre manifestación del consentimiento (o voluntad) es confirmada en las hipótesis patológicas del negocio jurídico. Nos referimos a las hipótesis de invalidez por vicios de la voluntad o defecto de la misma. Estas posibilidades pueden agruparse en dos grandes categorías: a) defecto o vicio de la voluntad por incapacidad de actuar, b) defecto o vicio de la voluntad estando el sujeto en estado de capacidad de actuar.

a) En el primer grupo (defecto o vicio de la voluntad por incapacidad de actuar) encontramos todos aquellos casos en que por ausencia de capacidad de actuar se presupone la incapacidad volitiva (pues, como se sabe, precisamente el presupuesto de la capacidad de actuar es la capacidad volitiva (21); también se incluyen las hipótesis de incapacidad natural, las cuales se refieren a los casos en que estando legalmente el sujeto en estado de capacidad de actuar, ha sufrido desequilibrios mentales que hacen presumir la ausencia de su capacidad volitiva. Como ejemplo de los primeros tenemos la nulidad absoluta de los actos del menor de quince años, incapaz del todo, para obligarse mediante comportamiento propio (artículo 20 Código Civil (22), la nulidad relativa de los actos del mayor de quince años, pero menor de edad (artículo 21 Código Civil (23) y la nulidad absoluta de los actos del sujeto en estado de interdicción (legalmente decretada por sentencia —artículo 23 del Código Civil (24)—. Como ejemplo de la segunda hipótesis (incapacidad natural) tenemos aquí la nulidad relativa de los actos del sujeto en estado de incapacidad mental no recluido en manicomio ni declarado incapaz de actuar (artículo 23 citado). Además, se establece en nuestro Ordenamiento que el sordomudo que no sabe leer ni escribir no puede realizar voliciones jurídicamente vinculantes y por ello se declara la nulidad absoluta de sus actos (artículo 24 del Código Civil (25)). También en el matrimonio se establece la anulabilidad cuando el sujeto padeciere incapacidad mental al celebrarlo (artículo 15 inciso 2 del Código de Familia; esta situación es revalidable de acuerdo al artículo 18 del mismo Código).

Todos estos casos deben referirse a la ausencia del presupuesto subjetivo de la capacidad de actuar; falta en ellos uno de los requisitos previos (pre-supuestos) del negocio. No pueden, en realidad, considerarse tales hipótesis como vicios de la voluntad en cuanto elemento del negocio, si bien es cierto que tienen su razón de ser en una supuesta o presunta ausencia de ella.

b) Especial interés tienen las hipótesis de defecto o vicio de la voluntad cuando el acto es realizado por sujeto capaz de actuar. Los vicios de la voluntad previstos en nuestro Ordenamiento son el error, la fuerza o miedo grave (26) y el dolo. Tales vicios se encuentran previstos en términos generales para los contratos, pero son también aplicables en otros tipos de negocios, como el testamento (artículo 579 del Código Civil, citado), el matrimonio, etc., si bien adquieren en cada caso particulares modalidades.

(20) Remitimos sobre el tema a TOMMASINI, *Invalidità*. Enciclopedia del Diritto, Vol. XXII, Giuffrè-ed, Milano.

(21) V. FALZEA, *Capacità*. Voci. . . op. cit. supra 2, págs. 107 y 108.

(22) Art. 20 C.C.: "El menor de quince años es persona absolutamente incapaz para obligarse por actos o contratos que personalmente realice, salvo lo dispuesto sobre matrimonio".

(23) Art. 21 C.C.: "Los actos o contratos que el mayor de quince años realice por sí mismo, siendo todavía menor, serán relativamente nulos y podrán anularse a solicitud de su representante o del mismo menor cuando alcance la mayoría, salvo: 1) si se tratare de su matrimonio y 2) si ejecutare o celebrare el acto o contrato diciéndose mayor y la parte con quien contrató tuviere motivo racional para admitir como cierta tal afirmación".

(24) Art. 23 C.C.: "Los actos o contratos que realice el incapaz mental serán relativamente nulos, salvo que la incapacidad esté declarada judicialmente, en cuyo caso serán absolutamente nulos".

(25) Art. 24 C.C.: "Son absolutamente nulos los actos o contratos que personalmente realice, celebre o ejecute el sordomudo que no sepa leer y escribir".

(26) Deben recordarse aquí las acertadas críticas del profesor Certad al artículo 1017 del Código Civil: "La violencia física, en cuanto excluye o suprime la voluntad, es una hipótesis de falta de esta: 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 las razones que tuvo nuestro legislador, el Código Civil en su artículo 1017 lo sanciona con nulidad relativa, equiparándolo de esa manera al negocio realizado mediante violencia moral. El error, desde el punto de vista lógico y de sistemática es obvio: mientras la violencia física excluye la voluntad, la moral únicamente la vicia". CERTAD, Gastón. *La teoría del negocio jurídico frente a la legislación civil costarricense*. Revista Judicial No. 2, San José, 1976, pág. 25.

Entendiendo por error la falsa representación de la realidad, nuestro Código establece la anulabilidad de los contratos en los que el error recaiga sobre la especie de acto o contrato o sobre la identidad de la cosa, su sustancia o cualidad esencial (artículo 1015 del Código Civil).

La fuerza o miedo grave también influyen sobre la validez de los contratos determinando la anulabilidad de los mismos (artículo 1017 del Código Civil). Para calificar la fuerza o intimidación deben tomarse en cuenta las condiciones particulares del sujeto que la sufre, su edad, sexo, etc. (artículo 1018 del Código Civil). Es independiente de la existencia del vicio que la fuerza o intimidación sea provocada por el sujeto que se ha de beneficiar con la misma, siendo suficiente que sea producida por un tercero (artículo 1019 del Código Civil).

El comportamiento doloso, que es aquel en que se tiende a causar un daño o perjuicio sobre intereses jurídicamente protegidos, o sea, aquel en el que encontramos una dirección específicamente orientada a violar el Derecho, puede influir sobre la validez de un contrato cuando es obra de una de las partes y además ha sido un elemento tal que sin él no se hubiera contratado (artículo 1020 del Código Civil).

En el matrimonio se establece la anulabilidad por error en cuanto a la identidad del otro, violencia o miedo grave (artículo 15, inciso 1 del Código de Familia); sin embargo puede ser revalidado si los cónyuges no se separan un mes después de que se descubra el error o cese la violencia o el miedo grave (artículo 18 del Código de Familia).

En cuanto al testamento, el error en los motivos produce la nulidad cuando tales motivos han sido determinantes (artículo 580 del Código Civil).

#### d) Aclaraciones sobre el papel de la voluntad (en nuestro Derecho positivo).

El principio voluntarista cuyos orígenes se remontan al iusnaturalismo y cuyo desarrollo fue impulsado por las corrientes liberales y románticas no puede considerarse hoy día como absoluto. La superación de estas ideas se ha ido afirmando poco a poco en la doctrina (27) y en nuestro propio sistema mediante la promulgación de normas de diversa jerarquía que establecen limitaciones a la "autonomía" privada en función de intereses colectivos. Ejemplo de ello es, en primer lugar, el principio constitucional establecido en el artículo 50 conforme al cual nuestro legislador se encuentra legitimado para intervenir en las relaciones económicas (28). Las manifestaciones concretas de la intervención estatal en la disciplina de las relaciones económicas las podemos encontrar en diversos campos: así, tenemos en el mercado de precios una regulación mediante la imposición de límites legales (29); una intervención análoga podemos encontrar en materia de servicios públicos, por ejemplo mediante la fijación de tarifas a los autobuses (30). También en otros campos, como por ejemplo en materia de arrendamiento de inmuebles urbanos, nuestra Ley de Inquilinato impone verdaderas limitaciones a la autonomía privada en función de la tutela del interés a la vivienda (31). En materia laboral el ámbito dejado a la libre determinación de los particulares es sumamente restringido (32). También la autonomía de la voluntad se encuentra sumamente restringida en lo que se refiere al comercio con productos farmacéuticos. Por otra parte, en materia agraria es posible

(27) De especial interés es la obra BARCELLONA, Pietro. *I controlli della libertà contrattuale. Il diritto privato nella società moderna*. Op. cit. supra 8, págs. 285 y ss. Tamb. del mismo autor *Gli Istituti del diritto privato*, Giuffrè-ed. Milano, 1972.

(28) Dice el referido artículo: "El Estado procurará el mayor bienestar a todos los habitantes del país, organizando y estimulando la producción y el más adecuado reparto de la riqueza".

(29) Así, por ejemplo la fijación de precios máximos a determinados bienes según disposiciones de la Dirección General de Comercio Interior de la Cartera de Economía, Industria y Comercio (con base en la Ley 1208 de 9 de octubre de 1950 y Ley No. 3914 de 17 de julio de 1967).

(30) Así, por ejemplo la fijación de tarifas de autobuses del Area Metropolitana puede verse en las resoluciones de la Dirección General de Transporte Automotor.

(31) Ley de Inquilinato No. 6 de 21 de setiembre de 1939.

(32) Un ejemplo de ello es el artículo 11 del Código de Trabajo que dispone: "Serán absolutamente nulas y se tendrán por no puestas las renunciaciones que hagan los trabajadores de las disposiciones de este Código y de sus leyes que los favorezcan".

encontrar múltiples disposiciones específicas cuya existencia implica intervención estatal en las relaciones contractuales (33).

### Conclusión.

Si bien la voluntad es uno de los elementos esenciales del negocio jurídico, deben tomarse en cuenta las siguientes reservas:

- a) La voluntad no es la que determina los efectos, los cuales son siempre generados por el Ordenamiento, precisamente mediante la atribución de relevancia y eficacia a las manifestaciones negociales.
- b) El principio de la plena autonomía de la voluntad debe ser alterado con la integración de los principios de la responsabilidad (por ejemplo, no toda falta o turbación del querer puede ser invocada si hay responsabilidad del sujeto, en el sentido de que éste se haya comportado diversamente de como lo hubiera hecho un hombre de ordinaria diligencia y prudencia) y por el de la confianza (por ejemplo, la falta de voluntad de la manifestación no debe ser invocable si ha habido culpa del sujeto y si la contraviciada). parte o los terceros han confiado o han tenido razón para confiar en la existencia de una voluntad no
- c) La autonomía privada no es, en nuestros días, elemento determinante en la regulación de las relaciones económicas, pues, como se ha demostrado, múltiples son las limitaciones existentes puestas a la misma mediante la intervención estatal.

\* \* \* \* \*

## PARTE II: LA MANIFESTACION EN EL NEGOCIO JURIDICO

### a) La objetividad en el Derecho.

El primer requisito para que un fenómeno pueda tener relevancia jurídica es su objetividad. Solamente aquellos fenómenos que en alguna forma manifiestan su existencia en modo objetivo pueden ser tomados en cuenta por el Ordenamiento.

¿Qué es la objetividad de un fenómeno? Podemos considerar por objetividad la posibilidad de percepción social de una determinada realidad. Tal realidad puede ser normativa o bien, simplemente, de hecho; de esta distinción deriva la otra relativa, por una parte a la objetividad de las normas jurídicas (34) y, por otra parte a la objetividad de los eventos y comportamientos jurídicamente relevantes (35). En todo caso, la objetividad se presenta como una de las condiciones del quehacer jurídico y, en consecuencia, también de su estudio (36).

Tenemos así la objetividad del Derecho como una condición indispensable de su misma existencia, en cuanto ella expresa la posibilidad de conocimiento de los fenómenos jurídicos y de los valores acogidos por el sistema; el Derecho tiende a promover la objetiva posibilidad de conocimiento de sus fenómenos;

(33) Un ejemplo de ello es el artículo 167 de la Ley de Tierras y Colonización No. 2825 de 14 de octubre de 1961.

(34) Sobre el tema y la importancia de la posibilidad de conocimiento de las normas jurídicas v. STONE J. *Legal System and Lawyers Reasonings*. I. to J. págs. 68 y 69.

(35) V. FALZEA, *Efficacia Giuridica*, op. cit. supra 2, págs. 259 y ss.

(36) V. MYRDAL G. *Objectivity in Social Research*. I. to J. pág. 16.

para ello se cuida de que no falten las condiciones objetivas que hacen posible tal conocimiento (37). Dentro de esta perspectiva se entiende la publicación de la ley, la publicidad registral en general, las notificaciones judiciales, etc.

Dado que las realidades socialmente trascendentes no existen sin una forma a través de la cual se hacen ostensibles para los demás individuos (38), el conocimiento de tales realidades implica necesariamente la existencia de un orden de principios formales (39).

En la vida de relación un acto no es reconocible a los otros sino a través de su forma. Para la realización de estos principios formales que permiten el conocimiento objetivo de los fenómenos el Derecho se sirve de diversos medios (tales como actos, lenguaje, publicidad, documentación, etc.) (40). En este sentido el concepto de forma tiene un alcance más amplio respecto al significado tradicional ligado a los negocios formales o solemnes (41).

De los referidos principios formales el de mayor importancia, por llevar hasta sus límites la tutela de la objetividad jurídica, independientemente de su verdadero contenido es el principio de la apariencia. La apariencia puede considerarse jurídicamente como *"una situación de hecho que manifiesta como real una situación jurídica no real"* (42).

Frente a este fenómeno complejo el Derecho debe tomar una actitud en la cual ha de tener en debida consideración la tutela de la confianza (43) generada por el modo de ser objetivo del fenómeno aparente (44). Este principio de la apariencia ha surgido como una necesidad generada con dimensiones relevantes por el tráfico moderno con el objeto de asegurar la circulación de los bienes y la tutela de los terceros frente a tal circulación (45).

La consecuencia de mayor relieve de este principio es la llamada relación de *"responsabilidad por apariencia"* (46) que en nuestros sistemas ha resultado de la elaboración jurisprudencial y doctrinal del Derecho, mientras que en los sistemas del Common Law parece haber derivado de principios de equidad (47). Lo que interesa destacar, en síntesis, es la importancia de la apariencia como manifestación objetiva digna de ser tomada en cuenta por el Derecho para su correspondiente calificación (48). En algunos casos se ha exagerado la importancia de la manifestación: la base de la reacción frente al voluntarismo —al que hicimos referencia en las primeras páginas de este trabajo— se encuentra en la idea de que las partes han de ser juzgadas no por lo que han tenido en mente, sino por lo que han dicho, escrito o hecho (49).

- (37) V. FALZEA, *Apparenza. Voci di teoria generale del diritto*, op. cit. supra 2, pág. 6. En general sobre este tema v. CESARINI-SFORZA, *Conoscenza*, *Novissimo Digesto It.*, IV, UTET, Torino, 1959, pág. 107 y PUGLIATTI, Salvatore, *Conoscenza e diritto*, Giuffrè-ed. Milano, 1961, pág. 4. Se ha dicho que el problema de la forma se confunde con el de la relevancia jurídica, pero ello no es así pues la exigencia expresada con la relevancia es más genérica. En contrato de esta última idea GIORGIANI, Michele, *Forma degli atti (Diritto Privato)*, Enciclopedia del diritto, vol. XVII, pág. 991.
- (38) BETTI, Emilio, *Teoría general del negocio jurídico*, ed. Rev. Der. Priv. Madrid, 1959, pág. 101.
- (39) PUGLIATTI, Salvatore, *Conoscenza e Diritto*, op. cit. supra 37, pág. 5.
- (40) FALZEA, *Accertamento, Voci di teoria generale del diritto*, op. cit. supra 2, pág. 7.
- (41) Para la posición tradicional v. COVIELLO N. *Manuale di diritto civile italiano*, 1929, págs. 354 y ss. DE RUGGIERO, R. *Istituzioni di diritto civile*, I, Messina-Milano, 1934, págs. 231 y ss. CARIOTA FERRARA, II *negozio giuridico nel diritto privato italiano*, op. cit. supra 7, pág. 428.
- (42) FALZEA, *Apparenza, Voci...* op. cit. supra 37, pág. 45.
- (43) "Principio de la confianza": es un nombre que se aplica a todas las reglas inspiradas en la protección de aquel que confía en la apariencia jurídica. Así ESSER, Josef, *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del Derecho Privado*, Bosch-ed. Barcelona, 1961, pág. 315.
- (44) Sobre la relación entre apariencia y buena fe v. PUGLIATTI, Salvatore, *La trascrizione*, Giuffrè-ed. Milano, 1957, pág. 258.
- (45) FALZEA, *Apparenza*, op. cit. supra 37, pág. 39. Es interesante anotar, sin embargo que estas exigencias tienen una historia bastante antigua; así, por ejemplo en la antigua Babilonia se usaban los llamados "cudurrus" o piedras "confinaras", primera manifestación de la publicidad inmobiliaria; hoy podemos verlas en el Museo del Louvre en París.
- (46) V. ESSER, op. cit. supra 43, pág. 474.
- (47) V. ESSER, op. cit. supra 43, pág. 274.
- (48) Sobre la relevancia jurídica de la apariencia v. PUGLIATTI, Salvatore, *La trascrizione*, op. cit. supra 44, pág. 254.
- (49) CHESHIRE and FIFOOT'S. *Law of Contract*, Butterworths, London, 1972.

**b) Elementos material y formal de los fenómenos jurídicos. Referencia al negocio.**

En todo fenómeno jurídico encontramos dos elementos: uno de orden material, el otro formal. El primero es la sustancia del fenómeno (valores, intereses) el segundo es su modo de presentación.

Del mismo modo, en el negocio jurídico encontramos la concurrencia de una forma y de un contenido (50). Tenemos un elemento interno que es la voluntad; este elemento adquiere objetivación mediante su manifestación (que es el elemento externo o formal).

En síntesis, *"la forma es el modo como es el negocio, es decir, como se presenta a los demás en la vida de relación: su figura exterior"* (51). En la vida de relación un acto no es reconocible para otros sujetos sino a través de su forma. Precisamente por esto, la voluntad, mientras queda en puro fenómeno psíquico y no se traduce en actos, está privada de trascendencia social y jurídica (52). En síntesis, podemos considerar el elemento formal como *"vehículo de objetivación jurídica"*.

**c) La doctrina tradicional frente al problema de la forma del negocio jurídico.**

Tradicionalmente se ha hablado de forma con un sentido más restringido del que aquí le damos; se ha usado este término casi como sinónimo de *"formalidades especiales de ciertos negocios jurídicos"* (53).

Por otra parte, la doctrina tradicional ha hablado de la *"declaración"* como requisito del negocio en lugar de referirse al concepto más genérico de forma o de manifestación (o exteriorización); la razón de tal terminología puede encontrarse en el hecho de que por lo general los negocios tienen forma declarativa; sin embargo, como será aclarado más adelante la *"declaración"* es solamente una de las posibilidades formales del negocio (54).

*"La común clasificación de los negocios en formales y no formales (mejor se diría negocios con forma vinculada o libre) no debe inducir a la errónea creencia de que existen negocios en los cuales pueda prescindirse de cualquier forma. En realidad, un acto, como hecho socialmente eficaz, no existe sin una forma de actitud a través de la cual sea reconocible para los demás. La distinción citada parte del criterio de que el Derecho puede, o prescribir a la autonomía privada la forma del acto, considerando inoperante uno distinto, o bien, dejarla en libertad de elegir los medios más adecuados, siempre que sean admisibles o idóneos para hacer el acto exteriormente reconocible. Según este criterio, se distinguen actos con forma taxativa o solemne y actos con forma libre, o sea, no determinada preventivamente, si bien determinable. Pero una forma que satisfaga, aun de manera mínima, la exigencia fundamental de la identificación por parte de otros, es un elemento del que nunca se puede prescindir, se requiere en todo caso"* (55).

**d) La forma, elemento esencial del negocio.**

Expresa nuestro Código Civil en su artículo 1008: *"El consentimiento de las partes debe ser libre y claramente manifestado."*

*La manifestación puede ser hecha de palabra, por escrito, o por hechos de que necesariamente se deduzca"*

La manifestación, en términos generales, es la forma del negocio, es la expresión de la voluntad y,

(50) BETTI, op. cit. supra 38, pág. 97. La doctrina ve la forma como las modalidades a través de las cuales el acto humano debe exteriorizarse para adquirir relevancia jurídica. V. GIORGIANI, op. cit. supra 35, pág. 989.

(51) BETTI, op. cit. supra 38, pág. 97.

(52) BETTI, op. cit. supra 38, pág. 98.

(53) Contra esta idea tradicional v. SCOGNAMIGLIO, Renato. Contributo alla teoria del negozio giuridico. Op. cit. supra 9, págs. 217 y ss. Se habla, tradicionalmente, para tales casos de *"forma vinculada o solemne"*. Así TORRENTE, Andrea. Manuale di diritto privato. Giuffrè-ed. Milano, 1968, pág. 155.

(54) En contra de estas ideas tradicionales SCOGNAMIGLIO, op. cit. supra 9, pág. 218, BARASSI, Lodovico. Istituzioni di diritto civile. Giuffrè-ed. Milano, 1955, pág. 127, quien ve la declaración como el elemento formal del negocio.

(55) BETTI, op. cit. supra 38, pág. 98.

como tal, no puede faltar en ningún negocio (56). Es en estos términos que la forma debe ser considerada como elemento esencial (en cuanto la voluntad debe ser manifestada) (57). Se ha dicho que el acuerdo, en los contratos comprende necesariamente tanto el consentimiento como su expresión (58).

El negocio jurídico adquiere objetividad y relevancia en el momento en que se produce la manifestación. Precisamente es en base a esto que se puede distinguir el negocio de los actos reales, ya que al primero se encuentra ligada una particular eficacia en la fase de la manifestación de la voluntad (59). El negocio es tomado en consideración por el Derecho cuando se produce la manifestación, esto es, la expresión de la programación; la figura primaria (o causal) del negocio jurídico consiste en una revelación (o manifestación) de una programación de intereses (60).

#### e) El negocio en cuanto comportamiento inmaterial. La relación de significación.

La objetividad de la manifestación no se agota en su mera exterioridad y materialidad. No basta distinguir del aspecto subjetivo la manifestación objetiva, sino que es necesario subdistinguir la manifestación en dos momentos, ambos objetivos, pero no ambos materiales. Encontramos aquí una relación de significación, la relación por fuerza de la cual un primer fenómeno significa socialmente un segundo fenómeno, esto es, lo hace aparecer en el campo de la experiencia. En toda relación de significación se distingue un signo material y un significado inmaterial. El signo material es precisamente el fenómeno significativo o manifestante; el significado inmaterial es, en cambio, el fenómeno significado o manifestado. En la objetividad de la manifestación es necesario distinguir dos aspectos: el aspecto objetivo-material del fenómeno manifestante y el aspecto objetivo-inmaterial del fenómeno manifestado. El caso del negocio jurídico es ejemplar pues muestra con particular evidencia estos dos aspectos, ambos objetivos, pero no ambos materiales que son, en resumen, el signo y el significado de la actividad socialmente significativa realizada por los sujetos (61).

#### f) Las posibilidades formales del negocio.

La doctrina tradicional que identifica la declaración con el aspecto formal del negocio ha intentado resolver el problema de la diversidad de posibilidades formales con el concepto impreciso de "*declaración tácita*" para referirse a aquellos casos de manifestación no declarativa. Esta solución se ha buscado a partir de la observación de que el negocio no puede identificarse estructuralmente con la declaración (62) pues puede realizarse además mediante un comportamiento (63). Es una adquisición consolidada de la doctrina que hay negocios en los que se da una manifestación (en sentido estricto) de la intención negocial (64). "*Una de las formas de expresarse el consentimiento en un contrato son los hechos que necesariamente lo revelen*" (65).

El negocio, en principio, puede asumir cualquier forma que sea adecuada para los fines de su objetiva

- 
- (56) SANTORO PASSARELLI, Francesco. *Dottrine Generale del Diritto Civile*. Jovene-ed. Napoli, 1970, pág. 135.  
CHESCHIRE and FIFOOT'S, op. cit. supra, 47, pág. 38.
- (57) TRABUCCHI, Alberto. *Istituzioni di Diritto Civile*. Cedam-Padova, 1971, pág. 165.
- (58) CARNELUTTI, F. *Teoria Generale del Diritto*. Soc. ed. Foro Ital. Roma, 1951, pág. 279.
- (59) CAMPAGNA, Lorenzo. *I negozi di attuazione e la manifestazione dell'intento negoziale*. Giuffrè-ed. Milano, 1958, pág. 65.
- (60) CAMPAGNA, op. cit. supra 59, pág. 56.
- (61) FALZEA, Apparenza, op. cit. supra 37, pág. 49.
- (62) SCOGNAMIGLIO, op. cit. supra 9, pág. 221.
- (63) SCOGNAMIGLIO, op. cit. supra 9, pág. 220.
- (64) CAMPAGNA, op. cit. supra 59, pág. 211.
- (65) SALA DE CASACION, sentencias: No. 18 de 1961, I sem. I tomo, pág. 169, No. 112 de 1959, II sem. II tomo, pág. 823 y sentencia de 10:10 hrs. de 10 de junio de 1939, I sem., tomo único, pág. 905.

reconocibilidad (66). La regla es la libertad de forma (67). Para casos especiales, como se ha visto, sin embargo, se requieren especiales formalidades.

Es necesario realizar una importante distinción: en el género "*manifestación*" se usa distinguir la manifestación en sentido estricto, que es un comportamiento unívocamente orientado según un cierto programa práctico (68) y la "*declaración*" que es un hecho del lenguaje escrito u oral. Habiéndose aclarado que la manifestación en general contiene siempre una relación de significación social, podemos establecer la diferencia entre manifestación en sentido estricto y declaración, con base en la distinción entre los dos subtipos de relación de significación, que podemos caracterizar respectivamente como significación por señales y significación por símbolos (lo que es una nomenclatura corriente en los estudios semánticos modernos). En líneas generales, un signo puede ser señal o símbolo según que permita inferir la realidad o se limite a evocar la estructura ideal del fenómeno significado. La vieja distinción entre lo que se manifiesta por medio de hechos, o sea, según conexiones empíricas reales y aquello que se manifiesta verbalmente o por ser escrito, o sea, con medios puramente ideales o simbólicos, ilustra bien esta diferencia. Naturalmente la manifestación en sentido estricto, pareciera más cercana a la realidad, pero no por ello el fenómeno manifestado es necesariamente real, pues las señales pueden ser falsas (69).

Se ha tratado también de distinguir la declaración de la manifestación en sentido estricto con base en que en la primera hay una "*destinación a otros sujetos*" (70), mientras que no ocurre así —se ha dicho— con el comportamiento puramente manifestativo (71). En nuestro sistema no parece admisible este criterio.

Tanto en una como en otra hipótesis, la forma es el vehículo de expresión de la programación de intereses. El comportamiento negocial no declarativo es expresión objetiva de autonomía privada con la que se da vida a una reglamentación de intereses privados. Aquí también, al igual que en los negocios declarativos, el comportamiento tiene una función que no es meramente probatoria (72).

En nuestro Derecho el problema ha sido claramente resuelto pues, como ya se ha visto, el Código Civil exige que el consentimiento sea manifestado y presenta diversas posibilidades de manifestación (73): nuestra doctrina simplemente se ha limitado a distinguir dos posibilidades de manifestación del consentimiento: expreso y tácito, que bien concuerdan con las distinciones expuestas entre comportamientos declarativos y comportamientos puramente manifestativos (74).

---

(66) SCOGNAMIGLIO, op. cit. supra 9, pág. 231. GIORGIANI, op. cit. supra 37, pág. 1003.

(67) V. TRABUCCHI, op. cit. supra 57, pág. 166. TORRENTE, op. cit. supra 53, pág. 155. Se ha dicho que "el acuerdo de voluntades en materia contractual se forma siempre que exista el consentimiento de ambas partes y no se necesita para expresarlo de fórmulas sacramentales". SALA DE CASACION, 14:50 hrs. de 16 de noviembre de 1943, II tomo, II sem. pág. 1038.

(68) CHESHIRE and FIFOOT'S, op. cit. supra 49, pág. 53.

(69) FALZEA, Apparenza, op. cit. supra 37, pág. 48.

(70) Así BETTI, op. cit. supra 38, pág. 99. SCOGNAMIGLIO, op. cit. supra 9, pág. 220.

(71) BETTI, op. cit. supra 38, pág. 100.

(72) BETTI, op. cit. supra 38, pág. 102.

(73) Artículo 1008 del Código Civil, citado.

(74) BRENES CORDOBA, Alberto. Tratado de las Obligaciones y Contratos, Imprenta Trejos, San José, 1923, pág. 310.

9) La reproducción de la manifestación.

Finalmente, debe aclararse que existe una profunda diferencia entre la manifestación y su reproducción mediante documentación. Esta última tiene valor de "representación de la manifestación" (75). El documento es la representación material del acto (76), pero no es el acto mismo sino su reproducción. Lo anterior es válido en el caso de que se exija documentación "ad substantiam" (77), como en caso en el que esta es exigida "ad probationem" (78).

- 
- (75) SANTORO PASSARELLI, op. cit. supra 56, pág. 144. SALA DE CASACION, 9:30 hrs. de 7 de setiembre de 1938, II sem. tomo único.
- (76) MESSINEO, Francesco. Manuale di Diritto Civile e Commerciale. I, Giuffrè-ed. Milano, 1957, pág. 508. Se ha dicho que documento "es una cosa corporal simple o compuesta, idónea para recibir, conservar o transmitir, la representación descriptiva, emblemática o fonética de un dado ente, jurídicamente relevante". CANDIAN, Aurelio. Documentazione e documento. (Teoria Generale). Encicl. Dir. XIII, Giuffrè-ed. Milano, pág. 579.
- (77) V. GIORGIANI, op. cit. supra 37, pág. 993, dice que hay documentación "ad substantiam" cuando ésta es un medio vinculado de exteriorización del acto; es de naturaleza excepcional y se refiere sólo a los casos para los que está prevista.
- (78) TORRENTE, op. cit. supra 53, pág. 155. Se ha hablado de la importancia del documento como medio eficaz para que los tribunales puedan determinar en principio la intención de las partes. CHESHIRE, op. cit. supra 49, pág. 33. La forma documental "ad probationem" se refiere a los casos en que la ley excluye otro tipo de prueba. V. GIORGIANI, op. cit. supra 37, pág. 992, V. SALA DE CASACION No. 94 de 1959, II sem. I tomo, pág. 571, tamb. No. 9 de 1967, I sem. I tomo, pág. 85; No. 123 de 1964, II sem. II tomo, pág. 1039; No. 58 de 1954, I sem. II tomo, pág. 719; No. 119 de 1952, II sem. II tomo, pág. 1478; 9:40 hrs. de 7 de enero de 1949, I sem. I tomo, pág. 12.

## BIBLIOGRAFIA

- BARASSI, Lódovico. *Istituzioni di diritto civile*, Giuffrè-ed. Milano, 1955.
- BARCELLONA, Pietro. *I controlli della libertà contrattuale. Il diritto privato nella società moderna*. Il Mulino, Bologna, 1971.
- BETTI, Emilio. *Teoría general del negocio jurídico*. Ed. Rev. Der. Priv. Madrid, 1959.
- BRENES CORDOBA, Alberto. *Tratado de las obligaciones y contratos*. Imprenta Trejos. San José. 1923.
- CAMPAGNA, Lorenzo. *I negozi di attuazione e la manifestazione dell'intento negoziale*, Giuffrè-ed. Milano, 1958.
- CANDIAN, Aurelio. *Documentazione e documento (teoria generale)* Enciclopedia del diritto, XIII, Giuffrè-ed. Milano.
- CARIOTA FERRARA. *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*. Morano-ed. Napoli.
- CARNELUTTI, F. *Teoria generale del diritto*, Soc. Ed. Foro Ital. Roma, 1951.
- CARRILLO-ARIAS. *La voluntad como elemento del negocio jurídico. El negocio jurídico*. Instituto de Derecho Privado, San José, 1975.
- CERTAD, Gastón. *La teoría del negocio jurídico frente a la legislación civil costarricense*, Revista Judicial, No. 2, San José, 1976.
- CESARINI-SFORZA. *Conoscenza*. Novissimo Digesto It. IV, UTET, Torino, 1959.
- COVIELLO, N. *Manuale di diritto civile italiano*. 1929.
- CHESCHIRE AND FIFOOT'S. *Law of contract*, Butterworths, London, 1972.
- DE RUGGIERO, R. *Istituzioni di diritto civile, I*, Messina-Milano, 1934.
- ESSER, Josef. *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del Derecho Privado*, Bosch-ed. Barcelona, 1961.
- FALZEA, Angelo. *Accertamento. Voci di teoria generale del diritto*, Giuffrè-ed. Milano, 1970.
- FALZEA, Angelo. *Apparenza. Voci di teoria generale del diritto*, Giuffrè-ed. Milano, 1970.
- FALZEA, Angelo. *Capacità. Voci di teoria generale del diritto*, Giuffrè-ed. Milano, 1970.
- FALZEA, Angelo. *Efficacia Giuridica. Voci di teoria generale del diritto*, Giuffrè-ed. Milano, 1970.
- FARIA, Rafael. *Filosofía. Voluntad-librería*. Bogotá, 1963.
- GIORGIANI, Michele. *Forma degli atti (diritto privato)*, Enciclopedia del diritto. Vol. XVII, Giuffrè-ed.

GORLA, Gino. *Il potere della volontà nella promessa come negozio giuridico. Il diritto privato nella società moderna.* Il Mulino, Bologna, 1971.

KIERSZENSON-FLORES. *La autonomía privada. El negocio jurídico.* Instituto de Derecho Privado, San José, 1975.

MYRDAL, G. *Objectiviti in social research. Introducction to Jurisprudence,* London, 1972.

MESSINEO, Francesco. *Manuale di diritto civile e commerciale. I,* Giuffrè-ed. Milano, 1957.

PUGLIATTI, Salvatore. *Conoscenza e diritto.* Giuffrè-ed. Milano, 1961.

PUGLIATTI, Salvatore. *La trascrizione.* Giuffrè-ed. Milano. 1957.

RODRIGUEZ, Ana Eugenia. *La forma del negocio jurídico. El negocio jurídico.* Instituto de Derecho Privado, San José, 1975.

SANTORO PASSARELLI, Francesco. *Dottrine generale del diritto civile.* Jovene-ed. Napoli, 1970.

SCOGNAMIGLIO, R. *Contributo alla teoria del negozio giuridico.* Jovene-ed. Napoli.

STONE J. *Legal System and Lawyers Reasonings. Introduction to Jurisprudence,* London, 1972.

TOMMASINI, *Invalidità.* Enciclopedia del diritto, Vol. XXII, Giuffrè-ed. Milano.

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

TRABUCCHI, Alberto. *Istituzioni di diritto civile.* Cedam, Padova, 1971.

VAZQUEZ, Enrique. *La voluntad privada. El negocio jurídico.* Instituto de Derecho Privado, San José, 1975.

WHITTAKER, James. *Psicología.* México, 1968.

\*\*\*\*\*