

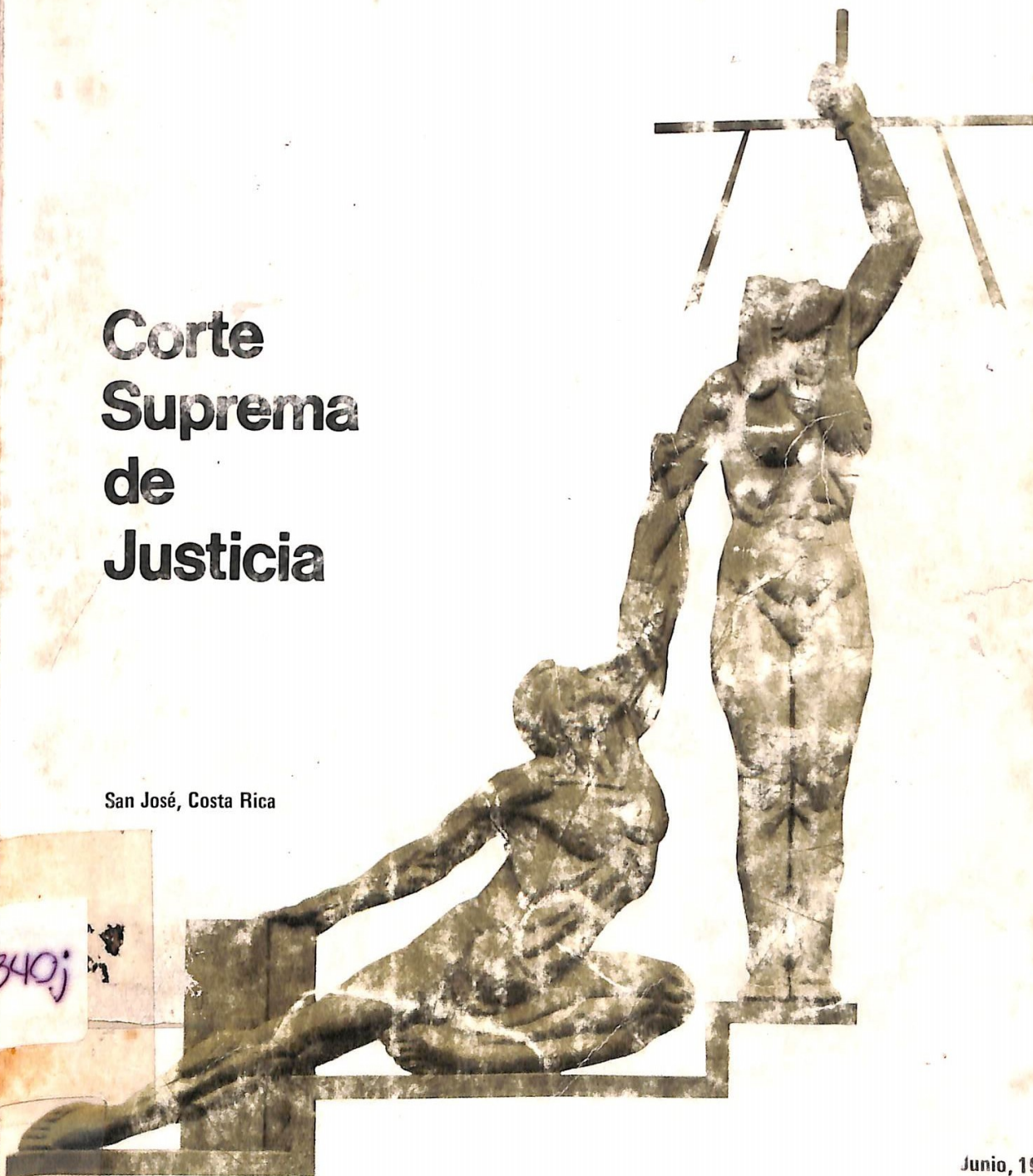
AÑO II

Nº 8

REVISTA JUDICIAL

Corte Suprema de Justicia

San José, Costa Rica



Junio, 1978

R340j

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

REVISTA JUDICIAL



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

Presentación	5
La Escuela Nacional Judicial	544 9
Dr. J. Enrique Rojas Franco.	
Fases del procedimiento de impugnación penal	545 23 DPAC
Dr. Francisco Castillo González.	
La preterintención en el Código Penal	546 27 DPAC
Dr. Luis G. Herrera.	
Delito de abandono de personas	547 31 DPAC
Lic. Alfonso Rodríguez M.	
Lic. Luis Fernando Solano C.	
Lic. Gilberto Bonilla M.	
Familia de hecho	548 45
Licda. Elizabeth Odio.	
El trasplante de órganos en seres humanos. Su régimen	549 63
Licda. Ligia Roxana Sánchez Boza.	
La aceptación de la letra de cambio	550 69
Dr. Gastón Certad.	
Contrato de mandato	551 83
Lic. Mario Ramírez Segura.	
Patología negocial: Invalidez e ineficacia del negocio jurídico	552 95
Víctor Pérez V.	
Reseñas bibliográficas	155
Ricardo Zeledón.	
Víctor Pérez V.	
Información normativa	169
Licda. Marcelina Zeledón C.	
Jurisprudencia	173
Digesto.	

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

Al cerrar con el presente número el segundo año de vida de la Revista Judicial, nos honramos en ofrecer una vez más al lector una serie de estudios sobre diversas materias jurídicas; el presente número incluye trabajos sobre "capacitación judicial", "Derecho Penal", "Derecho Procesal Penal", "Derecho de Familia", "Derechos de la personalidad", "Derecho Comercial" y "Derecho Negocial", junto a las acostumbradas secciones de "reseña bibliográfica", "información normativa" y "jurisprudencia".

Esta vez presentamos a la pública consideración los comentarios al Proyecto de Ley de creación de la Escuela Nacional de Capacitación Judicial, elaborados por el Dr. Enrique Rojas Franco; se aboga ahí por la independencia funcional de la Escuela con la fiscalización del Poder Judicial; nos plantea además su estructura administrativa los criterios de determinación de la asignación financiera que tendrá, las modalidades de concursos de acceso y la forma de escogencia del personal docente, junto con otros aspectos de interés. Un estudio como el presente tiene el indudable mérito de contribuir al mejoramiento de la función judicial mediante la determinación de los aspectos que han de tomarse en cuenta para la capacitación de los funcionarios que habrán de ejercerla.

El doctor Francisco Castillo González, profesor de Derecho Penal de la Universidad de Costa Rica, colabora con nuestra Revista con un breve pero denso trabajo sobre las fases del procedimiento de impugnación penal: la verificación de las condiciones de admisibilidad del recurso y la determinación de su fundamento. Cabe destacar las perspectivas de reforma que plantea el doctor Castillo en cuanto a la necesidad de agregar al actual control del juez "ad quem" sobre la declaratoria de inadmisibilidad del juez "a quo" un control de la Corte de Casación sobre el auto del juez "ad quem" que declare la inadmisibilidad del recurso por razones diferentes a las de simple forma.

El Dr. Luis G. Herrera, por su parte, colabora con un importante estudio sobre la preterintención en el Código Penal; analiza el Dr. Herrera los problemas doctrinarios relativos a la exacta ubicación del elemento subjetivo en esta calificación y a la naturaleza del daño causado; determina sus elementos entrando a considerar el problema de si es posible un tratamiento

general o si más bien el sentido de la ley es el de establecer figuras preterintencionales específicas, admitiéndose esta segunda solución al verse la regla del artículo 32 del Código Penal como circunstancia de atenuación. Se estudia finalmente la figura del homicidio preterintencional criticándose su imprecisión y, en particular la falta de incorporación del elemento objetivo (medio empleado) en la tipificación.

De los trabajos del Primer Seminario de Derecho Penal incluimos esta vez el relativo al delito de abandono elaborado por los licenciados Alfonso Rodríguez M., Luis Fernando Solano C. y Gilberto Bonilla M. Después de las extensas e interesantes notas históricas, los autores ofrecen la sistematización de los elementos que configuran el delito, en sus dos formas: cuando el autor coloca a alguien en estado de desamparo físico y cuando abandona a su suerte a una persona incapaz de valerse por sí misma, poniendo en grave peligro la salud o la vida del ofendido; la primera activa, la segunda omisiva. Junto a la figura general se estudian las figuras menores: el abandono por causa de honor y la omisión de auxilio. El estudio concluye con una serie de recomendaciones fundamentadas de reforma legislativa, confirmandose una vez más la tesis de Pugliatti de que la sistemática prepara el camino a la legislación.

Con ocasión de las Segundas Jornadas Italo-Latinoamericanas de Derecho Comparado, celebradas en San José en setiembre de 1977, la licenciada Elizabeth Odio preparó un valioso estudio sobre la familia de hecho. Se revela en este trabajo que la falta de regulación del fenómeno determina incidencias perjudiciales e injustas sobre la mujer. Se sostiene que entre convivencia y matrimonio la única diferencia es de orden formal y es de esta diversidad formal que se hace derivar en los distintos Ordenamientos una diversidad de tratamiento. La falta de reconocimiento jurídico de la convivencia acarrea una serie de efectos personales (entre convivientes y entre estos y los hijos) y patrimoniales; en esta última materia se califica de "desalentadora" la posición de nuestro Ordenamiento al negar a la mujer todo derecho sobre los bienes adquiridos por el concubino durante la convivencia. El estudio se encuentra integrado con un análisis detenido sobre la situación de la mujer por ausencia de regulación de la convivencia y con los datos sociológicos y positivos del Ordenamiento costarricense. También este trabajo tiene el mérito de indicar el camino a la legislación, aceptándose la idea de que debe asignarse a la convivencia efectos patrimoniales, alimentarios y sucesorios.

El trasplante de órganos en seres humanos y su régimen jurídico es el tema del estudio conque colabora la licenciada Ligia Roxana Sánchez Boza. Estudios como éste ponen de relieve la constante necesidad que tiene la ciencia jurídica de adaptarse a las innovaciones técnicas y científicas. El tema se ubica dentro de la materia de los derechos de la personalidad, y dentro de estos en la categoría de los corporales. Se estudia aquí lo relativo a los diversos aspectos legales que presenta el tema: requisitos del donante y del receptor, modalidades del vínculo jurídico y formalidades del consentimiento, junto con otros aspectos como el de los riesgos de la renuncia al derecho a la integridad física y la determinación del momento de la muerte cuando esta ocurra.

Concluimos en este número la publicación del valioso trabajo del Dr. Gastón Certad sobre la "letra de cambio", estudio que se ha venido publicando en capítulos a partir de la Revista Judicial número 5. El tema que hoy ofrecemos se refiere a la aceptación de la letra. El estudio del profesor Certad aclara que la aceptación no añade nada a la perfección y eficacia de la relación, sino que simplemente agrega otro obligado; se estudian los sujetos de la aceptación y su papel dentro de la relación cambiaria, tomándose en consideración los factores de tiempo y lugar y también la forma de la aceptación con sus condiciones: que esté escrita en la letra y que

aparezca claramente la voluntad de aceptar; por otra parte, se aclara que el contenido de la aceptación debe corresponder al contenido de la orden dirigida por el librador y se analiza la facultad de revocar la aceptación antes de la restitución del título. Las conclusiones del trabajo vienen a resumir las aportaciones principales de la serie de estudios publicados.

En materia de Derecho Contractual el licenciado Mario Ramírez nos ofrece su trabajo sobre "Contrato de mandato". Globalmente considerado el estudio tiene el mérito de presentar sistemáticamente la problemática (histórica, teórica y positiva) de este contrato, dando una visión completa de la institución. Se determinan ahí las características de este contrato y su naturaleza jurídica aclarándose que el concepto de "representación" en el mandato tiende a ser sustituido por el de "gestión". Se determinan sus elementos personales, reales y formales. Finalmente se integra el estudio doctrinario con los datos de nuestro Derecho positivo, de donde deriva la gran utilidad de este estudio para el tratamiento de problemas específicos.

Presentamos también en materia de "negocio jurídico" un estudio sistemático de la patología negocial. Ponemos de relieve la necesidad de distinguir la invalidez de la ineficacia del negocio jurídico, como formas diversas de reacción del Ordenamiento (en un caso emisión de un juicio de disvalor, en el segundo falta de atribución de un índice de valor a una conducta) frente a los negocios jurídicos anormales. Este estudio comprende entre otros los siguientes temas: nulidad y anulabilidad (determinándose en cada caso: acción, declarabilidad, prescriptibilidad, y efectos), ineficacia por causas internas (por ejemplo: testamento, donación a persona por nacer, compraventa de cosa genéricamente determinada, compraventa donde el precio queda a la fijación de un tercero, etc.) e ineficacia por causas externas (por ejemplo: la condición suspensiva, la llamada inoponibilidad o ineficacia relativa, la revocación testamentaria, y los casos de ineficacia sobreviniente: rescisión, resolución y revocación).



FASES DEL PROCEDIMIENTO DE IMPUGNACION PENAL

Dr. Francisco Castillo González.
Profesor de Derecho Penal.
Universidad de Costa Rica.

1. El procedimiento de impugnación consta de dos fases: la primera ("iudicium rescidens") consiste en la verificación de las condiciones de admisibilidad del recurso; la segunda ("iudicium rescissorium") es la determinación del fundamento del recurso (art. 458 C.P.P.; 486 ss. C.P.P.) (1). Las dos etapas del procedimiento de impugnación son consecuencia del principio según el cual la valoración de los requisitos queridos por la norma procesal es cuestión previa a la decisión que realiza en concreto el derecho (2).

2. Ambas etapas se presentan en los recursos de apelación, casación, revisión y de revocatoria. Pero según la naturaleza del recurso, las modalidades de las mismas difieren. En el recurso de revocatoria hay compenetración del "iudicium rescidens" y del "iudicium rescissorium", porque hay una acumulación de la determinación de las condiciones de validez de la impugnación y de la decisión sobre el fundamento de la misma (arts. 460, 461 C.P.P.). El recurso de revisión también presenta particularidades al respecto, que no serán analizadas aquí.

3. El "iudicium rescidens", que es el que por ahora interesa, es realizado por el juez "a quo" y por el juez "ad quem" (art. 458 C.P.P.). La competencia funcional de cada uno se determina por los requisitos de la admisibilidad del recurso que estén en juego. El juez "a quo" sólo puede hacer un control formal: el examen de los elementos de hecho y de derecho, que impliquen ejercicio de la función jurisdiccional le está vedado, porque él se despojó de la acción penal al dictar la resolución que es impugnada ("functus est") (3). Por ejemplo, corresponde al juez "ad quem" declarar la inadmisibilidad de la apelación por falta de interés, porque ello implica una compleja valoración de los elementos de hecho y de derecho contenidos en el proceso, que no puede hacer el juez "a quo" (4). Además, el juez "ad quem" debe declarar la inadmisibilidad del recurso erróneamente concedido por el juez "a quo"; es decir, del recurso que no llena los requisitos formales (art. 458 C.P.P.).

4. En la etapa de admisibilidad se examina los requisitos de admisibilidad del recurso: titularidad de la potestad de impugnación, permisión de la

(1) FROSALI, "Sistema Penale Italiano", Vol. IV, Utet, Torino, 1958, pág. 396.

(2) TRANCHINA, "La potestà di impugnare nel processo penale italiano", Milano, 1970, pág. 204.

(3) Scarano, "Istituzioni di Diritto Processuale Penale", Napoli, 1956, pág. 168; VELOTTI, "Manuale di Procedura Penale", Roma, 1965, pág. 338.

(4) SCARANO, op. cit., pág. 169.

impugnación contra la resolución, condiciones de tiempo y forma que la ley exige para el recurso, existencia del interés y de los motivos o de cualquier otro elemento o requisito que la ley exija para la impugnación (art. 458 C.P.P.). El examen de la admisibilidad implica una valoración de parte del juez "a quo" o "ad quem". Nuestro legislador regula diferentemente el caso de la valoración con resultado positivo a favor del impugnante, del caso en que el resultado sea negativo.

Si el juez considera admisible la impugnación, debe proceder inmediatamente, sin necesidad de dictar auto o providencia de admisibilidad. Si el juez erróneamente dictare tal resolución, ésta no tendría valor jurídico alguno, porque la ley no la exige (5).

Si el resultado de la valoración es negativo, nuestra ley exige (art. 458 C.P.P.) una resolución del tribunal, que debe ser un auto (art. 105 C.P.P.). En tal caso se habla de la sanción de inadmisibilidad (6). Cuando la inadmisibilidad es dictada por el juez "a quo", sistemas procesales como el italiano otorgan a favor del impugnante recurso de casación contra la resolución que pronuncia la inadmisibilidad. Nuestro Código, por el contrario, establece un procedimiento de contralor del juez "ad quem" sobre la resolución del juez "a quo", que denomina "Recurso de Queja" (arts. 486, 487, 488, 489 C.P.P.). Tal institución, denominada también "recurso de hecho" o "recurso directo", existió en el código de 1910, bajo el nombre de "apelación de hecho" (7).

Lo que el legislador llama "Recurso de Queja" no es un medio de ataque contra la resolución que originalmente consideró el impugnante injusta, sino contra el auto del juez "a quo" que declaró inadmisibile la impugnación. El motivo que da entrada a este "recurso" no es, como dice equivocadamente el artículo 486 C.P.P., una denegación "indebida" del recurso, puesto que lo indebido o lo correcto de la denegación será objeto de valoración y de decisión por el Tribunal de Alzada, sino el hecho de la pura y simple denegatoria del recurso por el juez "a quo".

Objeto de la resolución del Tribunal de Alzada en el recurso de queja es, como se dijo la denegatoria —la resolución que declara inadmisibile el recur-

so— del Tribunal "a quo". El Tribunal de Alzada solamente puede controlar a través del recurso de queja las resoluciones del juez "a quo", que este ha tomado dentro de los límites de su competencia, y aquellas que implican una violación de estas reglas de competencia. El juez "a quo" solamente puede denegar debidamente un recurso cuando falten las condiciones de forma que la ley exige como requisito de admisibilidad del recurso. Por tanto, un recurso es denegado indebidamente por el juez "a quo" o cuando éste tome como no existentes las condiciones de forma que realmente existen y que de acuerdo con su competencia funcional debe controlar o cuando haya declarado inadmisibile un recurso por falta de requisitos o condiciones de la impugnación que, por importar una valoración de hecho o de derecho de situaciones procesales, corresponda valorar al juez "ad quem". Un recurso es también "indebidamente" denegado cuando la inadmisibilidad es declarada por una autoridad incompetente para hacerlo. Por ello la concesión del recurso de queja, conforme al art. 489 C.P.P., no impide que posteriormente el juez "ad quem" declare, en virtud del ejercicio de su competencia jurisdiccional, la inadmisibilidad de la misma impugnación.

No hay recurso alguno en la legislación costarricense contra el auto del juez "ad quem" que declara inadmisibile el recurso. Tal situación puede acarrear chocantes denegaciones de justicia. "De lege ferenda" es quizás conveniente modificar la legislación y agregar al actual control del juez "ad quem" sobre la declaratoria de inadmisibilidad del juez "a quo" un control de la Corte de Casación sobre el auto del juez "ad quem" —que no sea, naturalmente, la misma Corte de Casación—, que declare la inadmisibilidad del recurso por razones diferentes a las de simple forma.

5. El juez puede, conforme al artículo 318 C.P.P. sobreseer totalmente de oficio y en cualquier estado del proceso cuando la acción penal se haya extinguido (art. 320 C.P.P.). Cabe preguntarse entonces si la declaratoria de inadmisibilidad de la impugnación es prioritaria al sobreseimiento total por extinción de la acción penal o si dicho tipo de sobreseimiento es prioritario a la declaratoria de inadmisibilidad. El punto ha sido objeto de intere-

(5) VELOTTI, pág. 340.

(6) FAVALLI, "L'Ammissibilità nel processo penale", Napoli, 1968, pág. 144; TRANCHINA, pág. 205.

(7) Arts. 576, 577, 578, 579, 580 Código de Procedimientos Penales de 1910.

santes discusiones en la doctrina italiana, que comenta normas parecidas a las nuestras al respecto. Un análisis de los resultados de esa discusión, permite las siguientes conclusiones:

a) El hecho de que el artículo 318 C.P.P. disponga que el sobreseimiento total por extinción de la acción penal pueda ocurrir de oficio en cualquier estado del proceso no implica que tal declaratoria pueda ocurrir con violación de las formas fundamentales del proceso y de los derechos de las partes (8). De tal principio se deduce:

a-1) Que no es posible el sobreseimiento total cuando la sentencia ha pasado a la categoría de cosa juzgada. La formación de la cosa juzgada impide toda discusión sobre el mérito o la forma de la causa, fuera de los casos en que proceda el recurso de revisión (9). Además, el proceso de cognición se extingue en el momento en que la sentencia condenatoria o de sobreseimiento se convierte en cosa juzgada formal.

a-2) El sobreseimiento total por extinción de la acción penal da lugar a un juicio de mérito. Por consiguiente, el juez "a quo" no podrá aplicar prejudicialmente el Art. 318 y 320 C.P.P. a la declaratoria de inadmisibilidad, porque cuando dictó la resolución impugnada agotó su competencia (10).

b) Por consiguiente, el problema solamente puede plantearse en los casos en que la sentencia no ha adquirido la calidad de cosa juzgada formal y con relación a la competencia funcional del juez "ad quem". Una parte de la doctrina italiana sos-

tiene que en tal caso la declaratoria de inadmisibilidad es prioritaria a la declaración de oficio de la causal de sobreseimiento, porque, implicando el sobreseimiento una cuestión de mérito, es presupuesto necesario la eficacia de la constitución de la relación procesal, que falta si la impugnación es inadmisibile (11). Otros niegan tal posibilidad apoyándose en el fin concreto del proceso impugnativo, que es únicamente lograr una decisión que sustituya a la resolución injusta impugnada (12). En nuestra opinión no es fundada esta posición: la inadmisibilidad de la impugnación implica únicamente la ineptitud de la impugnación para vincular al juez y para que éste emita un pronunciamiento de mérito sobre la impugnación (13). La aplicación de los artículos 318 y 320 C.P.P. no exige un pronunciamiento sobre el mérito de la impugnación, sino sobre el mérito de la acción. La inadmisibilidad preclude el examen sobre el mérito de la impugnación, pero no sobre el mérito de la acción. Por otro lado, tampoco es fundada la objeción que se fundamenta sobre la finalidad de la impugnación. A dicha finalidad se opone la finalidad que persigue el legislador con la sentencia de sobreseimiento, que es la eliminación de procesos, por motivos de economía procesal, en los que, "ictu oculi", existen causales que hacen imposible su existencia. La no declaratoria del sobreseimiento a causa de la prioridad dada a la inadmisibilidad, tendría como consecuencia el convertir firmes sentencias en absoluta contradicción con la justicia.

(8) EUGENIO FLORIAN, "La sede per discutere dell'applicazione degli Art. 134 e 136 in Cassazione quando il ricorso sia inammissibile", in *Rivista di Diritto e Procedura Penale*, 1919, II, pág. 199.

(9) CICALA, "Cause estintive del reato e pronuncia in merito", in *Annali di Diritto e Procedura Penale*, 1933, I, págs. 242, 243; ALOISI, "Manuale pratico di procedura penale", 1932, pág. 452; LATTANZI, "Le questioni pregiudiziali e l'inammissibilità dell'impugnazione", in *Rivista Penale*, 1932, II, págs. 1173, 1175; FROSALI, "Il ricorso per cassazione penale nelle sue condizioni di ammissibilità", 1932, pág. 171 y ste.; FROSALI, *Sistema*, op. cit., Vol. IV, pág. 398; CONSO, "La sanatoria delle nullità assolute nell'odierno processo penale", in *Riv. dir. proc. penale*, 1956, pág. 587; BERNIERI, "La irrevocabilità della sentenza e l'art. 152 Codice Proc. Penale", in *Annali di Diritto e Procedura Penale*, 1933, I, pág. 168; GALLO, "Sulla pregiudizialità della declaratoria della inammissibilità dell'impugnazione", en *Giurisprudenza Italiana*, II, c. 113 (1948).

(10) GALLO, op. cit., II, c. 113; VELOTTI, op. cit., pág. 341.

(11) Así, FOSCHINI, "Inammissibilità dell'impugnazione ed obbligo di declaratoria di cause di non punibilità", in *Archivio Penale*, 1945, II, pág. 156; DELITALA, "Le cosiddette pregiudiziali alla validità dell'impugnazione", en *Rassegna penale*, 1929, pág. 899; FARANDA, "Sui rapporti intercorrenti tra la declaratoria d'inammissibilità della impugnazione e la declaratoria di cui all'Art. 152 comma 1. C.P.P.; e tra la declaratoria d'inammissibilità e la declaratoria di cui all'Art. 185 comma 2. C.P.P.", en *Riv. it. di dir. e proc. pen.*, 1965, pág. 587.

(12) Así, TRANCHINA, "La potestà. . .", op. cit., págs. 217 ss.

(13) GALLO, op. cit., pág. II, c. 111.

Por lo anterior somos partidarios de admitir en tal caso que la declaratoria de extinción de la acción penal sea prioritaria a la declaratoria de inadmisibilidad. Esta es la posición dominante en la doctrina y jurisprudencia italianas con idénticas disposiciones (14).

Correspondiendo la declaratoria de la causal de sobreseimiento al juez "ad quem", debe el juez "a quo", que descubra la causal, transmitir las actas al primero para que haga tal declaratoria (15). Esta obligación del juez "a quo" encuentra su fundamento en los artículos 318 y 320 C.P.P.

(14) Así, MANZINI, *Trat. di dir. proc. pen. it.*, Vol IV, págs. 501 ss.; GALLO, op. cit., II, c. 111; VELOTTI, pág. 341; SCARANO, op. cit., pág. 170; CICALA, op. cit., pág. 244. Muchos de estos autores distinguen entre inadmisibilidad por causa originaria (fundamentalmente, cosa juzgada de la resolución impugnada), en cuyo caso es prioritaria la declaratoria de inadmisibilidad, e inadmisibilidad sobrevenida (por ejemplo, no presentación de motivos, renuncia a la impugnación) donde lo prioritario es la declaratoria de la causal de sobreseimiento.

(15) VELOTTI, op. cit., pág. 341; FROSALI, "*Il ricorso...*", pág. 175; GALLO, op. cit., II, c. 111 y sgte.



LA PRETERINTENCION EN EL CODIGO PENAL

Dr. Luis G. Herrera.

I. PROBLEMAS DOCTRINARIOS: Sucede que a veces de la acción u omisión se origina un resultado más grave que el querido por el agente, apareciendo entonces la figura jurídica del llamado delito preterintencional. El hecho es doloso pero la intención ha sido superada por el resultado (1). Esta figura está determinada por el resultado desde un punto de vista objetivo: el resultado más grave, y subjetivo desde el punto de vista de la fijación de la pena atenuada. El problema fundamental con la preterintención surge a raíz de su ubicación exacta dentro de los límites del dolo y la culpa (2).

Algún criterio ha visto en la preterintención un posible dolo eventual, de tal forma que el resultado más grave tiene que haber sido previsto por el agente como posible. Por tanto, si las consecuencias (el resultado más grave) fuesen imprevisibles, estaríamos en presencia de un caso fortuito, y entonces al agente solamente se le podría imputar el resultado de su acción originaria (3).

Un último criterio decide darle valor a la pre-

terintención de simple circunstancia de atenuación. En consecuencia, este criterio solo aceptaría la posibilidad del delito preterintencional, cuando los mismos estén expresamente definidos como tales en la Parte Especial (verb. el homicidio preterintencional, art. 113 inc. 2 del C.P.). En otras palabras, que el acaecimiento de un daño más grave, solamente podría abonarse a favor del agente como una circunstancia de atenuación, con el efecto reductivo de la pena a imponer, y siempre y cuando, dicho resultado no esté previsto en forma expresa como delito independiente (4).

1) NATURALEZA DEL DAÑO CAUSADO: Finalmente, un último problema que se nos presenta, es en relación con la naturaleza del daño más grave causado. Cuello Calón dice que se *"exige que la agravación de la lesión jurídica tenga lugar sobre los mismos bienes jurídicos o sobre bienes del mismo género por el acto inicial"* (5). El ejemplo más explícito sería el del homicidio preterin-

1) Cuello Calón, Derecho Penal, T.I., Bosch Casa Editorial, 1968, p. 454.

2) Una opinión clásica sustentada por Carrara, vio en la preterintención "una clase especial de delito mixto de dolo y culpa, dolo en cuanto al hecho querido menos grave, y culpa en cuanto al evento más grave producido" (op. cit. p. 455). Este criterio ha sido acogido por autores más modernos como Battaglini y Bettiol.

3) Hemos pensado en el siguiente hipotético ejemplo, en el cual el resultado es imprevisible para el agente: una persona x pega un golpe con una de sus manos en la cara del señor "z", cayendo éste sobre una plataforma de cemento en un segundo piso, la que se desploma a consecuencia de un fuerte temblor que se produce en el preciso momento de caer al suelo, y a consecuencia de la caída sufre lesiones gravísimas: pérdida de una pierna.

4) En el Derecho español no se define el delito preterintencional (en la parte General), ni se definen tipos específicos. No obstante en el art. 9 se establece como circunstancia atenuante (4a.), y luego en el art. 50 se establece una regla en virtud de la cual se fija la pena correspondiente al delito de menor gravedad en su grado máximo, cuando el delito ejecutado fuere distinto del que se había propuesto ejecutar. En consecuencia se ha dividido la jurisprudencia, y se han aceptado ambas tesis dentro del único principio de la preterintención como causa de atenuación (véase Cuello Calón, op. cit., ps. 456-7; Rodríguez Navarro, Doctrina Penal del Tribunal Supremo, T. IV, Aguilar, 1966, ps. 106 ss.).

5) Cuello Calón, op. cit., p. 455.

tencional: existe una intención inicial (dolo) de producir un daño a la integridad física (lesión), pero, a consecuencia de la misma acción sobreviene un resultado más grave (muerte). El daño en ambos casos se ubicó dentro de dos bienes de la misma naturaleza: integridad física y la vida.

Siempre dentro de este punto, resulta interesante determinar las consecuencias, cuando el daño recae no sobre la misma persona, sino sobre distinta u objeto diferente (6). De acuerdo con el criterio que más adelante exponremos, queda claro, en todos los casos cuando el daño mayor se produce en personas u objetos distintos, el resultado debe serle atribuido al agente a título de culpa, salvo en los casos fortuitos que opera la causa de inculabilidad prevista por el art. 33 del C.P., y en aquellos otros en que expresamente se prevé como delito agravado, por ejemplo la muerte de una persona como consecuencia de un incendio doloso (art. 244 inciso 2 C.P.) (7).

II. LA PRETERINTENCION EN NUESTRO CODIGO PENAL: En el art. 32 del C.P. leemos lo siguiente: *"Obra con preterintención quien realiza una conducta de la cual se deriva un resultado más grave y de la misma especie que el que quiso producir, siempre que este segundo resultado pueda serle atribuido a título de culpa"*. De este texto podemos extraer cuatro elementos integradores de la preterintención:

- Realización de una conducta típica a título de dolo;
- Derivación de un resultado más grave;
- Identidad de los resultados dañosos: original y derivados, sea de la misma especie; y
- Imputación del resultado más grave a título de culpa.

El primer problema que se nos presenta con dicho artículo es determinar por qué nuestros legisladores ubicaron la preterintención dentro de la Parte General del Código. Esta ubicación nos po-

dría dar margen para pensar que dicha norma se aplica como principio general a todas las hipótesis previstas en la Parte Especial (8). No obstante creemos se ha incurrido en un grave error, por cuanto el espíritu de nuestros legisladores fue más bien crear figuras específicas preterintencionales, tal y como ocurre con el homicidio (art. 113 inc. 2); con el estupro agravado cuando sobreviene la muerte de la ofendida (art. 160); y cuando del delito de incendio resultare la muerte de una persona (art. 244 inc. 2); etc. En todos estos casos se agrava la pena con relación al delito originario (sea, el resultado realmente querido por el agente): lesiones, estupro, incendio; pero se atenúa con respecto al delito de homicidio simple (resultado de mayor gravedad que el querido).

Lo dicho anteriormente nos ha dado base para concluir, que la norma contenida en el art. 32 del C.P. se refiere a una circunstancia de atenuación, criterio que encuentra su soporte en las palabras del Doctor Guillermo Padilla Castro, quien al redactar la Exposición de Motivos del Anteproyecto del Código Penal en el año 1969 (pág. 31), dijo:

"Pero en cambio las formas preterintencionales pueden ser consideradas como circunstancias de atenuación, siguiendo el criterio que da amplitud al Juez para establecerlas o no ya que ello se deja a su criterio".

Este criterio encuentra una explicación lógica dentro del contexto general del Código Penal, cuando observamos que en éste se han definido en la Parte Especial, tipos específicos de delitos preterintencionales. Si la regla contenida por el art. 32 fuera una regla de aplicación general, nos preguntamos ¿por qué se reguló en forma expresa el homicidio preterintencional? (9). La interrogante ya ha quedado contestada con el esbozo de nuestro criterio, el cual queda ubicado dentro de los límites de la objetividad en lo que se refiere al resultado producido.

(6) Piénsese en el siguiente caso: "x" con la intención de dañar el vehículo de "z", lo toma de donde está estacionado, y lo conduce hacia un precipicio, ignorando que dentro de él iba un niño, quien a consecuencia de dicha acción pierde su vida. En este caso es indudable que el agente x no es responsable del homicidio simple (art. 111 C.P.) ni tampoco del preterintencional (art. 113 inc. 2); en consecuencia se le debe imputar el homicidio culposo (art. 117 id.), puesto que su acción dolosa original engendra la imprudencia necesaria para la configuración de la culpa.

(7) Véase, esta página.

(8) Entonces habría que admitir la posibilidad de un hurto agravado preterintencional. Por ejemplo: X pasa por una tienda y toma del mostrador un joyero, creyendo está vacío. Resulta que dicha caja contiene un anillo cuyo valor sobrepasa los cinco mil colones. ¿Habría que atribuirle al agente X un hurto simple (apoderamiento del joyero) y un hurto agravado (apoderamiento del anillo) a título de culpa? ¿Es lógica esta solución? Creo que no requiere contestación.

(9) El Tribunal Superior de Limón en sentencia No. 160 de las 11:00 hrs. del 9 de setiembre de 1977, acogió este criterio de la preterintencionalidad como circunstancia de atenuación.

Además en los delitos como el de lesiones se nos presentaría un obstáculo de carácter práctico, cual sería el encontrar un criterio técnico o jurídico que nos sirva a los jueces para determinar cuándo la intención del agente fue la de producir lesiones leves y no graves o gravísimas. Definitivamente la ausencia de este criterio, apoya más nuestra tesis.

III. EL HOMICIDIO PRETERINTENCIONAL:

Después de haber analizado los principales problemas que giran en torno a la preterintencionalidad, deseamos también dar nuestra opinión sobre un caso particular de delito preterintencional, sea el definido (o tipificado) por el artículo 113 inc. 2 del C.P. como homicidio especialmente atenuado: *"El que con la intención de lesionar causare la muerte de otro"* (10).

Como nos podemos dar cuenta, la redacción es simple e imprecisa, como ocurre con una gran mayoría de normas en el Código Penal. Dicha norma le deja al juez la función mágica de determinar cuándo la intención era de lesionar o cuándo la intención de matar. Para una mejor comprensión del tema estudiaremos por separado tres elementos fundamentales que configuran este delito:

1) **DOLO:** El dolo en este delito se manifiesta desde un doble punto de vista: primero como el deseo o intención de producir un daño en el cuerpo de la víctima (daño original: lesiones) y segundo la exclusión del dolo homicida (intención de quitar la vida a una persona), que dentro del aspecto subjetivo se manifiesta por la previsión que el agente pudo haber tenido del posible acaecimiento de un daño mayor: la muerte de la víctima (11).

2) **MEDIO EMPLEADO:** Con tan mala suerte nuestro artículo en estudio no incorpora este elemento objetivo, necesario para la configuración de este delito, sea el medio empleado. Por esta razón el art. 82 del Código Penal argentino ha definido con mayor precisión, dando en esta forma solución a posibles divisiones jurisprudenciales. Dispone este artículo que *"Se impondrá reclusión o prisión de 1 a 6 años al que con el propósito de causar un daño en el cuerpo o en la salud, produjere la muerte de alguna persona, cuando el medio empleado no debía razonablemente ocasionarla"* (el subrayado es mío).

Queda pues claro que el inciso 2 contiene un texto incompleto, que se presenta a grandes dudas en cuanto a la determinación precisa de la intención homicida (12), y para que ésto ocurra necesariamente debemos hacerlo en contacto directo con la idoneidad o racionalidad del medio empleado por el agente para producir el daño.

3) RESULTADO DE MAYOR GRAVEDAD:

MUERTE: El resultado más grave derivado de la acción dolosa del agente para la producción de un daño menor, es la muerte del sujeto pasivo. Hemos dicho además, que para que este resultado le pueda ser atribuido al agente, éste debe haberlo previsto como posible; en consecuencia, si la muerte fuese el resultado de un hecho concurrente imprevisible, estaríamos en presencia de una causa de inculpabilidad de caso fortuito (13), siendo atribuible al agente únicamente el resultado realmente querido, sea, el delito de lesiones.

Para concluir solamente nos resta decir, que se requiere una pronta reforma al art. 113 inc. 2, adicionándolo en la forma que lo comprende el art. 82 del C.P. argentino.

(10) Téngase en cuenta lo ya dicho en el punto 1, p. 2, supra.

(11) La exclusión del dolo homicida representa la aplicación de la tesis mixta, sea, la oscilación de la preterintención entre el dolo y la culpa, por cuanto la pena fijada en el art. 113 es intermedia entre la fijada para el delito de homicidio simple (art. 111 = 8 a 15 años) y la del homicidio culposo (art. 117 = 6 meses a 8 años).

(12) En consecuencia corresponde a la jurisprudencia llenar esta laguna, y así, el Tribunal Superior de Limón en sentencia No. 131 de las 16:45 hrs. del 27 de julio de 1977 acogió el criterio de la idoneidad del medio empleado. En este caso, siendo el arma utilizada idónea para matar, ha quedado excluida la preterintencionalidad, y en consecuencia se está en presencia de un homicidio simple.

(13) Téngase presente el ejemplo citado en la nota 3 de la pág. 1.



LA PRETERINTENCION EN EL CODIGO PENAL

Dr. Luis G. Herrera.

I. PROBLEMAS DOCTRINARIOS: Sucede que a veces de la acción u omisión se origina un resultado más grave que el querido por el agente, apareciendo entonces la figura jurídica del llamado delito preterintencional. El hecho es doloso pero la intención ha sido superada por el resultado (1). Esta figura está determinada por el resultado desde un punto de vista objetivo: el resultado más grave, y subjetivo desde el punto de vista de la fijación de la pena atenuada. El problema fundamental con la preterintención surge a raíz de su ubicación exacta dentro de los límites del dolo y la culpa (2).

Algún criterio ha visto en la preterintención un posible dolo eventual, de tal forma que el resultado más grave tiene que haber sido previsto por el agente como posible. Por tanto, si las consecuencias (el resultado más grave) fuesen imprevisibles, estaríamos en presencia de un caso fortuito, y entonces al agente solamente se le podría imputar el resultado de su acción originaria (3).

Un último criterio decide darle valor a la pre-

terintención de simple circunstancia de atenuación. En consecuencia, este criterio solo aceptaría la posibilidad del delito preterintencional, cuando los mismos estén expresamente definidos como tales en la Parte Especial (verb. el homicidio preterintencional, art. 113 inc. 2 del C.P.). En otras palabras, que el acaecimiento de un daño más grave, solamente podría abonarse a favor del agente como una circunstancia de atenuación, con el efecto reductivo de la pena a imponer, y siempre y cuando, dicho resultado no esté previsto en forma expresa como delito independiente (4).

1) NATURALEZA DEL DAÑO CAUSADO: Finalmente, un último problema que se nos presenta, es en relación con la naturaleza del daño más grave causado. Cuello Calón dice que se *"exige que la agravación de la lesión jurídica tenga lugar sobre los mismos bienes jurídicos o sobre bienes del mismo género por el acto inicial"* (5). El ejemplo más explícito sería el del homicidio preterin-

1) Cuello Calón, Derecho Penal, T.I., Bosch Casa Editorial, 1968, p. 454.

2) Una opinión clásica sustentada por Carrara, vio en la preterintención "una clase especial de delito mixto de dolo y culpa, dolo en cuanto al hecho querido menos grave, y culpa en cuanto al evento más grave producido" (op. cit. p. 455). Este criterio ha sido acogido por autores más modernos como Battaglini y Bettiol.

3) Hemos pensado en el siguiente hipotético ejemplo, en el cual el resultado es imprevisible para el agente: una persona x pega un golpe con una de sus manos en la cara del señor "z", cayendo éste sobre una plataforma de cemento en un segundo piso, la que se desploma a consecuencia de un fuerte temblor que se produce en el preciso momento de caer al suelo, y a consecuencia de la caída sufre lesiones gravísimas: pérdida de una pierna.

4) En el Derecho español no se define el delito preterintencional (en la parte General), ni se definen tipos específicos. No obstante en el art. 9 se establece como circunstancia atenuante (4a.), y luego en el art. 50 se establece una regla en virtud de la cual se fija la pena correspondiente al delito de menor gravedad en su grado máximo, cuando el delito ejecutado fuere distinto del que se había propuesto ejecutar. En consecuencia se ha dividido la jurisprudencia, y se han aceptado ambas tesis dentro del único principio de la preterintención como causa de atenuación (véase Cuello Calón, op. cit., ps. 456-7; Rodríguez Navarro, Doctrina Penal del Tribunal Supremo, T. IV, Aguilar, 1966, ps. 106 ss.).

5) Cuello Calón, op. cit., p. 455.

tencional: existe una intención inicial (dolo) de producir un daño a la integridad física (lesión), pero, a consecuencia de la misma acción sobreviene un resultado más grave (muerte). El daño en ambos casos se ubicó dentro de dos bienes de la misma naturaleza: integridad física y la vida.

Siempre dentro de este punto, resulta interesante determinar las consecuencias, cuando el daño recae no sobre la misma persona, sino sobre distinta u objeto diferente (6). De acuerdo con el criterio que más adelante exponremos, queda claro, en todos los casos cuando el daño mayor se produce en personas u objetos distintos, el resultado debe serle atribuido al agente a título de culpa, salvo en los casos fortuitos que opera la causa de inculabilidad prevista por el art. 33 del C.P., y en aquellos otros en que expresamente se prevé como delito agravado, por ejemplo la muerte de una persona como consecuencia de un incendio doloso (art. 244 inciso 2 C.P.) (7).

II. LA PRETERINTENCION EN NUESTRO CODIGO PENAL: En el art. 32 del C.P. leemos lo siguiente: *"Obra con preterintención quien realiza una conducta de la cual se deriva un resultado más grave y de la misma especie que el que quiso producir, siempre que este segundo resultado pueda serle atribuido a título de culpa"*. De este texto podemos extraer cuatro elementos integradores de la preterintención:

- Realización de una conducta típica a título de dolo;
- Derivación de un resultado más grave;
- Identidad de los resultados dañosos: original y derivados, sea de la misma especie; y
- Imputación del resultado más grave a título de culpa.

El primer problema que se nos presenta con dicho artículo es determinar por qué nuestros legisladores ubicaron la preterintención dentro de la Parte General del Código. Esta ubicación nos po-

dría dar margen para pensar que dicha norma se aplica como principio general a todas las hipótesis previstas en la Parte Especial (8). No obstante creemos se ha incurrido en un grave error, por cuanto el espíritu de nuestros legisladores fue más bien crear figuras específicas preterintencionales, tal y como ocurre con el homicidio (art. 113 inc. 2); con el estupro agravado cuando sobreviene la muerte de la ofendida (art. 160); y cuando del delito de incendio resultare la muerte de una persona (art. 244 inc. 2); etc. En todos estos casos se agrava la pena con relación al delito originario (sea, el resultado realmente querido por el agente): lesiones, estupro, incendio; pero se atenúa con respecto al delito de homicidio simple (resultado de mayor gravedad que el querido).

Lo dicho anteriormente nos ha dado base para concluir, que la norma contenida en el art. 32 del C.P. se refiere a una circunstancia de atenuación, criterio que encuentra su soporte en las palabras del Doctor Guillermo Padilla Castro, quien al redactar la Exposición de Motivos del Anteproyecto del Código Penal en el año 1969 (pág. 31), dijo:

"Pero en cambio las formas preterintencionales pueden ser consideradas como circunstancias de atenuación, siguiendo el criterio que da amplitud al Juez para establecerlas o no ya que ello se deja a su criterio".

Este criterio encuentra una explicación lógica dentro del contexto general del Código Penal, cuando observamos que en éste se han definido en la Parte Especial, tipos específicos de delitos preterintencionales. Si la regla contenida por el art. 32 fuera una regla de aplicación general, nos preguntamos ¿por qué se reguló en forma expresa el homicidio preterintencional? (9). La interrogante ya ha quedado contestada con el esbozo de nuestro criterio, el cual queda ubicado dentro de los límites de la objetividad en lo que se refiere al resultado producido.

(6) Piénsese en el siguiente caso: "x" con la intención de dañar el vehículo de "z", lo toma de donde está estacionado, y lo conduce hacia un precipicio, ignorando que dentro de él iba un niño, quien a consecuencia de dicha acción pierde su vida. En este caso es indudable que el agente x no es responsable del homicidio simple (art. 111 C.P.) ni tampoco del preterintencional (art. 113 inc. 2); en consecuencia se le debe imputar el homicidio culposo (art. 117 id.), puesto que su acción dolosa original engendra la imprudencia necesaria para la configuración de la culpa.

(7) Véase, esta página.

(8) Entonces habría que admitir la posibilidad de un hurto agravado preterintencional. Por ejemplo: X pasa por una tienda y toma del mostrador un joyero, creyendo está vacío. Resulta que dicha caja contiene un anillo cuyo valor sobrepasa los cinco mil colones. ¿Habría que atribuirle al agente X un hurto simple (apoderamiento del joyero) y un hurto agravado (apoderamiento del anillo) a título de culpa? ¿Es lógica esta solución? Creo que no requiere contestación.

(9) El Tribunal Superior de Limón en sentencia No. 160 de las 11:00 hrs. del 9 de setiembre de 1977, acogió este criterio de la preterintencionalidad como circunstancia de atenuación.

Además en los delitos como el de lesiones se nos presentaría un obstáculo de carácter práctico, cual sería el encontrar un criterio técnico o jurídico que nos sirva a los jueces para determinar cuándo la intención del agente fue la de producir lesiones leves y no graves o gravísimas. Definitivamente la ausencia de este criterio, apoya más nuestra tesis.

III. EL HOMICIDIO PRETERINTENCIONAL:

Después de haber analizado los principales problemas que giran en torno a la preterintencionalidad, deseamos también dar nuestra opinión sobre un caso particular de delito preterintencional, sea el definido (o tipificado) por el artículo 113 inc. 2 del C.P. como homicidio especialmente atenuado: *"El que con la intención de lesionar causare la muerte de otro"* (10).

Como nos podemos dar cuenta, la redacción es simple e imprecisa, como ocurre con una gran mayoría de normas en el Código Penal. Dicha norma le deja al juez la función mágica de determinar cuándo la intención era de lesionar o cuándo la intención de matar. Para una mejor comprensión del tema estudiaremos por separado tres elementos fundamentales que configuran este delito:

1) **DOLO:** El dolo en este delito se manifiesta desde un doble punto de vista: primero como el deseo o intención de producir un daño en el cuerpo de la víctima (daño original: lesiones) y segundo la exclusión del dolo homicida (intención de quitar la vida a una persona), que dentro del aspecto subjetivo se manifiesta por la previsión que el agente pudo haber tenido del posible acaecimiento de un daño mayor: la muerte de la víctima (11).

2) **MEDIO EMPLEADO:** Con tan mala suerte nuestro artículo en estudio no incorpora este elemento objetivo, necesario para la configuración de este delito, sea el medio empleado. Por esta razón el art. 82 del Código Penal argentino ha definido con mayor precisión, dando en esta forma solución a posibles divisiones jurisprudenciales. Dispone este artículo que *"Se impondrá reclusión o prisión de 1 a 6 años al que con el propósito de causar un daño en el cuerpo o en la salud, produjere la muerte de alguna persona, cuando el medio empleado no debía razonablemente ocasionarla"* (el subrayado es mío).

Queda pues claro que el inciso 2 contiene un texto incompleto, que se presenta a grandes dudas en cuanto a la determinación precisa de la intención homicida (12), y para que ésto ocurra necesariamente debemos hacerlo en contacto directo con la idoneidad o racionalidad del medio empleado por el agente para producir el daño.

3) RESULTADO DE MAYOR GRAVEDAD:

MUERTE: El resultado más grave derivado de la acción dolosa del agente para la producción de un daño menor, es la muerte del sujeto pasivo. Hemos dicho además, que para que este resultado le pueda ser atribuido al agente, éste debe haberlo previsto como posible; en consecuencia, si la muerte fuese el resultado de un hecho concurrente imprevisible, estaríamos en presencia de una causa de inculpabilidad de caso fortuito (13), siendo atribuible al agente únicamente el resultado realmente querido, sea, el delito de lesiones.

Para concluir solamente nos resta decir, que se requiere una pronta reforma al art. 113 inc. 2, adicionándolo en la forma que lo comprende el art. 82 del C.P. argentino.

(10) Téngase en cuenta lo ya dicho en el punto 1, p. 2, supra.

(11) La exclusión del dolo homicida representa la aplicación de la tesis mixta, sea, la oscilación de la preterintención entre el dolo y la culpa, por cuanto la pena fijada en el art. 113 es intermedia entre la fijada para el delito de homicidio simple (art. 111 = 8 a 15 años) y la del homicidio culposo (art. 117 = 6 meses a 8 años).

(12) En consecuencia corresponde a la jurisprudencia llenar esta laguna, y así, el Tribunal Superior de Limón en sentencia No. 131 de las 16:45 hrs. del 27 de julio de 1977 acogió el criterio de la idoneidad del medio empleado. En este caso, siendo el arma utilizada idónea para matar, ha quedado excluida la preterintencionalidad, y en consecuencia se está en presencia de un homicidio simple.

(13) Téngase presente el ejemplo citado en la nota 3 de la pág. 1.



DELITO DE ABANDONO DE PERSONAS*

Lic. Alfonso Rodríguez M. (coordinador)
Lic. Luis Fernando Solano C.
Lic. Gilbert Bonilla M.

INDICE

Breve historia general	32
Historia del delito en la legislación costarricense	32
Código General de 1841	32
Código Penal de 1924	33
Código Penal de 1941	33
Código Penal vigente	33
Naturaleza de la figura principal	33
Configuración del delito	36
Figuras menores	38
Conclusiones y recomendaciones	39
Bibliografía de consulta	40
Apéndice de jurisprudencia	41

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

BREVE HISTORIA GENERAL

"El abandono de niños no se castigó en Roma sino en tiempo de los emperadores y en época tardía. El Fuero Juzgo mandaba a los jueces acusar y penar siempre estos delitos. La pérdida de la potestad sobre el menor fue establecida por el Fuero Real y mantenida por las Partidas (Part. V, Tít. XX, Ley IV) para los culpables de estos hechos, imponiéndose la de muerte cuando fallecía el niño expuesto. En el C.P. (español) de 1822 ya se delineó esta figura de delito de modo análogo al del vigente Código como exposición o abandono de un menor de siete años (art. 690), pero conteniendo un gran número de disposiciones casuísticas y de agravantes específicas que no pasaron a los Códigos posteriores. A partir del de 1848 (art.

411) aparece este delito perfilado de igual manera que en los Códigos de 1870 y en el vigente. El texto de este último fue objeto de importante reforma por la ley de 11 de mayo de 1942, la cual ha sido refundida íntegramente en el nuevo Código Penal. . ." (1).

Parece cierto el hecho de que en los albores de nuestra legislación penal independiente se siguió el patrón de la ley penal española, pero ya en los dos últimos códigos, fundamentalmente, nos influenció la legislación y doctrina argentinas. Tanto el artículo 214 del Código Penal nuestro de 1941 como el 142 actual, básicamente correspondían y corresponden al 106 del Código Penal argentino.

HISTORIA DEL DELITO EN LA LEGISLACION COSTARRICENSE

Hemos escogido para este análisis histórico, lo dispuesto por los Códigos de 1841, 1924 y 1941.

Código General de 1841. Es claro que se establece un delito de peligro contra la salud o la vida de la víctima, pero además se incluyen en el capítulo correspondiente, una serie de artículos (del 570 al 579, Parte Segunda o Penal del Código) que nada tienen que ver puristamente hablando, con el tema de nuestro estudio. El capítulo denominado *"De los que exponen, ocultan o cambian niños o comprometen de otro modo su existencia natural o civil; y de los partos fingidos"*, da idea de la confusión doctrinal que allí se producía.

Siempre podemos extraer lo que llamaríamos ancestro de la figura central tal y como hoy la conocemos, en el artículo 570, el cual disponía:

"Los que voluntariamente expongan o abandonen un hijo suyo de legítimo matrimonio, y menor de siete años cumplidos, no siendo en casa de expósitos, hospicio u otro sitio equivalente, bajo la protección de la autoridad pública, sufrirán una reclusión de uno a tres años".

Si el abandono se practicaba "en una soledad o sitio retirado del tránsito de las gentes, donde con probabilidad no puede ser socorrido", se imponía al autor una "multa doble" o "reclusión de doble tiempo".

Si del abandono resultare herida o lesión del niño, los que lo hubieran expuesto o abandonado "serán castigados, además, como reos voluntarios de aquella lesión o herida" (art. 573).

En este último punto se aparta el Código de lo que modernamente es lo aceptado, puesto que puede verse que en caso de lesiones se remite a la parte correspondiente del Código, no siendo esto lo más adecuado ni aceptado universalmente.

En caso de muerte, se imponía pena de prisión de seis a diez años, pero siendo los autores del delito los padres o encargados de la lactancia del menor, o de su educación o cuidado, se imponían ocho años.

Merece citarse la circunstancia de que cuando el abandono (tal y como lo configuraba el art. 570 citado) se practicaba en daño de "un niño menor de siete años cumplidos, ilegítimo o de padres no conocidos, no siendo en casa de expósitos o en sitio oportuno bajo la protección de la autoridad pública", se imponía arresto de tres meses a un año. Y si el delito lo cometían "los padres naturales o los que se hayan encargado de la lactancia, educación o cuidado del niño, será doble la pena" (art. 572).

Hasta esos extremos se llevaba la situación de los hijos mal llamados "ilegítimos".

La omisión de prestar auxilio se castigaba así:

(1) Cuello Calón, E. *Derecho Penal*, T. II, 7a. Edición, Bosch Barcelona, 1950, págs. 707-708.

"Artículo 578. Todo el que pudiendo hacerlo sin perjuicio ni riesgo suyo, no prestar el socorro que esté en su arbitrio a cualquier persona que halle herida, maltratada, acometida por un agresor injusto, o constituida en otro conflicto que requiera los auxilios de la humanidad, será reprendido y sufrirá un arresto de uno a seis días o pagará una multa de dos a diez pesos. . .".

Específicamente se establecía como pena accesoria, la pérdida del derecho de suceder abintestato para los padres o parientes autores del delito en daño de sus hijos o deudos (art. 579).

No se establecía la figura "honoris causa" que ya se incorpora en los futuros códigos, al parecer a perpetuidad.

Código Penal de 1924. Regulaba este delito en sus artículos 275, 276, 277 y 278. En el llamado Código de Astúa, se estructuraban las penas alrededor de las variantes del delito, en la siguiente forma:

- a) El abandono en lugar poblado se castigaba con prisión en su grado primero;
- a-1 Si resultare de la acción un grave daño en la salud o en el cuerpo del abandonado, la pena era prisión de segundo grado;
- a-2 Si se produjere la muerte, prisión de cuarto a sexto grado;
- b) Si el abandono fuera en lugar solitario, fuera de las poblaciones, o por los padres en daño de sus hijos, o estos en daño de aquéllos, o por el cónyuge, las penas se aumentaban en un grado.
- c) Se establecía una atenuación a las penas señaladas cuando se ejecutare el abandono en lugar poblado del hijo, por parte de la mujer soltera y de buena fama cuando lo hiciere para ocultar su deshonra y siempre que se ejecutare dentro de los tres días siguientes al nacimiento, que el menor no hubiera sido bautizado públicamente aún, y que no hubiera sido mostrado a terceras personas, salvo al médico u obstétrica que hubieran participado profesionalmente.
- d) Se establecía el denominado delito de Entrega Punible de un Menor cuando el que teniendo a su cargo la crianza, educación o cuidado, lo entregare a un establecimiento público o a otra persona, sin la anuencia de la que se lo hubiere confiado o de la autoridad en su defecto.

Es evidente la inclusión de esta figura delictiva

como abandono, lo cual se corrige en los Códigos siguientes.

La base en parte para determinar el abandono, era establecer en diez años la edad del menor sujeto pasivo del delito, lo cual, como se analizará luego, no es técnicamente bueno.

Código Penal de 1941. Regulaba el delito únicamente en dos artículos, el 214 y 215, siendo el de menor número en toda nuestra historia.

Establecía el delito para el que dejare abandonado o desamparado en lugar poblado, a un menor de doce años, o incapaz por impedimento o enfermedad, a quien debiera cuidar o mantener, señalando pena de prisión de 6 meses a 2 años (art. 214).

Se agravaba el delito cuando resultare grave daño en la salud o en el cuerpo del abandonado y cuando sobreviviere la muerte.

Las penas se aumentaban cuando el abandono se realizara en lugar solitario, fuera de las poblaciones, o por los padres contra sus hijos, éstos contra aquéllos, o por el cónyuge o por el hermano (art. 215).

Se atenuaba la figura (art. 215), cuando mediaba causa de honor por una mujer de buena fama en daño de su hijo, pero en lugar poblado, o cuando lo realizara con el mismo fin, el padre o hermano de la mujer, estableciendo los mismos requisitos señalados en el Código de 1924, con la inclusión del requisito de no haberse inscrito el nacimiento del menor en el Registro Civil, como alternativa del de no haber bautizado públicamente al menor.

Código Penal vigente de 1970. El Código actual regula todas las actuaciones punibles en tres artículos: 142 (Abandono de Incapaces y Casos de Agravación); 143 (Abandono por Causa de Honor); y 144 (Omisión de Auxilio).

Para un mejor entendimiento, transcribiremos el articulado y haremos el análisis uno por uno, incluyendo la doctrina dominante al respecto.

La figura contenida en el artículo 142 es la que podemos denominar figura principal del abandono, mientras que las otras dos son figuras menores o derivaciones de la principal.

Naturaleza de la figura principal.

"Artículo 142.— El que pusiere en grave peligro la salud o la vida de alguien, al colocarlo en estado de desamparo físico, sea abandonando a su suerte a una persona incapaz de valerse a sí misma,

y a la que deba mantener o cuidar o a la que el mismo autor haya incapacitado, será reprimido con prisión de seis meses a tres años.

La pena será de prisión de tres a seis años, si a consecuencia del abandono resultare un grave daño en el cuerpo o en la salud de la víctima. Si ocurriere la muerte, la pena será de seis a diez años de prisión".

Respecto de sus numerales precedentes, podemos apuntar como primera nota sobresaliente, que se prescinde de si el abandono se realiza en lugar poblado o despoblado.

Es notorio también el avance logrado al suprimirse la edad del abandonado, ensanchándose la figura al tener que determinarse en el caso concreto si la persona era "incapaz de valerse a sí misma" con independencia o prescindiéndose de la edad de esa persona, lo cual parece influencia, como en la mayoría de las figuras penales nuestras, del Código Penal Tipo para Latinoamérica y en forma mediata pero no menos inteligible, de la legislación y doctrina argentinas.

Hasta el momento (1970) resultaba discutible si la edad máxima correcta del sujeto pasivo era siete años como establecía y establece aún el Código Penal Español (Texto refundido de 1963) (2) que es tradición de la que se copió en nuestro Código de 1841; diez años como establecía el Código de 1924; o doce como disponía el de 1941.

Es obvio que al eliminarse la edad, y ampliarse la comisión del delito en perjuicio de una persona "incapaz de valerse a sí misma", se logra un mejoramiento técnico-jurídico, cobijándose a cualquier persona ya sea por razón de su edad, por su conformación físico-orgánica o por ser inválida o incapaz en general.

"La expresión *"incapaz de valerse"* es general, y ha substituido en la ley la muy limitada que contenía el texto anterior, referido solamente a un menor de diez años o a otra persona incapaz por causa de enfermedad. Aun cuando al término enfermedad se le acordara un sentido muy amplio en la doctrina, es lo cierto que con ello se introduce en la figura una limitación poco razonable. . ." (3).

Ahora bien: El abandono de personas es un delito de peligro, en contraposición al delito de daño, porque, como dice Soler, *"se concreta y perfecciona con la mera posibilidad de la lesión"* (4) del bien jurídico tutelado.

El bien jurídico tutelado, mejor expresado, los bienes jurídicos tutelados son la salud y la vida de las personas, y se configura plenamente el delito con la mera posibilidad, —aunque cierta—, de su quebranto.

Lo que encontramos absurdo, es que no siendo un delito que protege la vida en forma exclusiva, se encuentre dentro del Libro Segundo del Código, Título I, denominado "Delitos contra la Vida", ya que en la actualidad se abandonó sin causa valedera la tradicional denominación al Título I, como "Delitos contra las Personas", que nos lleva a concluir en la necesidad de regresar por nuestros pasos a fin de no encontrar más esta anomalía, no grave, pero anomalía al fin y al cabo.

La Comisión redactora del Código señala que *"como única novedad de este capítulo aparece la sanción del hecho de abandonar a una persona a quien el sujeto activo del delito haya incapacitado con su acción, frecuente en los casos de tránsito. . ."* (5).

De lo que va expuesto, notamos que no es cierto que lo anterior constituya la única novedad, aun cuando sí aceptemos que se trata de una variación muy importante respecto a códigos precedentes, y nos presenta un concurso ideal de delitos con el que prevé y sanciona el artículo 328 del Código como Abandono del Lugar del Accidente, entrando en aplicación por parte del Juez el artículo 75 ibídem, que consagra el principio "poena major absorbet minorem" (6).

Vale siempre tener en cuenta lo que refiere la Comisión Redactora del Código por mano de su Presidente, el Dr. Guillermo Padilla: "...Al respecto dice el Proyecto del Código argentino algo que reproduce la exposición de motivos del guatemalteco: "Esta figura (nuestro art. 328) es diferente, según dijimos, de la del abandono, pues toma en cuenta no ya la existencia de un peligro de vida

(2) Quintana Ripollés, A. *Código Penal*, Texto refundido de 1963, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1963, pág. 194.

(3) Soler, S. *Derecho Penal Argentino*, T. III, Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1970, págs. 176-177.

(4) Soler, S. op. cit., T. II, pág. 158.

(5) Exposición de Motivos del Código Penal, escrito por el Presidente de la Comisión Redactora, Dr. Guillermo Padilla Castro, *Código Penal*, Edición preparada por el Lic. Atilio Vincenzi, 1972, pág. 45.

(6) Soler, S. op. cit., pág. 193.

para las personas, sino la necesidad de verificar los hechos. Es tan grande el número de accidentes motivados sobre todo por el moderno empleo de transportes automotores, que se hace indispensable esta excepción a la regla tradicional de la inmunidad de la autoeximición, entre otros motivos, porque el propio vehículo puede ser empleado como medio muy eficaz para alcanzar la impunidad. . .” (7).

O lo que es igual, una misma conducta está prevista y sancionada doblemente, al merecer tutela por parte de la ley, también dos intereses o bienes jurídicos, en este caso, la salud o la vida de las personas (art. 142) y la Administración de Justicia (art. 328).

Pero no podemos quedarnos aquí. Debemos preguntarnos ¿por qué motivo, en casos de accidentes, los Tribunales costarricenses no aplican el artículo 142 cuando el conductor (sujeto activo) deja abandonada a la persona accidentada (sujeto pasivo), limitándose a aplicar la sanción establecida por el artículo 328?

¿Será que consideran nuestros Tribunales, que estamos en presencia de concurso aparente de normas, y que por el principio de que la norma especial priva sobre la general, debe procederse así según el artículo 23 del Código Penal?

No parece aventurado estimar prima facie, que en este punto existe bastante ignorancia en nuestro medio.

En España, por ejemplo, no se presenta el problema porque si bien existe el delito de abandono del lugar del accidente (Ley Sobre Delitos Cometidos en el Uso de Vehículos de Motor Mecánico, mayo 1950), esa conducta no se toma en cuenta en el abandono en el artículo 488 del Código Penal, máxime que solamente se instituye como sujeto pasivo a un menor de siete años.

El Código Penal de México no establece como sujeto activo a quien haya incapacitado al sujeto pasivo, pero su artículo 341, comprendido dentro del capítulo correspondiente, establece:

“El automovilista, motorista conductor de un vehículo cualquiera, ciclista o jinete que deje en estado de abandono, sin prestarle o facilitarle asistencia, a persona a quien atropelló por imprudencia o accidente, será castigado con la pena de uno a dos meses de prisión” (8).

Agregamos que el artículo 328 que como se-

ñala la Exposición de Motivos, es una “excepción a la regla tradicional de la impunidad de la autoeximición”, ha dado lugar a un Recurso de Inconstitucionalidad planteado por los licenciados don Edgar Cordero y don Marco Aurelio Odio.

Los promoventes del recurso, en un aparte del mismo, señalan:

“De lo transcrito queremos poner de manifiesto que tanto Sebastián Soler como Manzini consideran fuera del Derecho Penal la posibilidad de condenar a la persona que se autodenuncia. Nosotros agregamos que exigir tal cosa, como lo estatuye el referido artículo 328 del Código Penal, es no solamente inhumano sino también que va contra la garantía constitucional de que nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo y, por consecuencia, contrario al precepto del artículo 36 de la Constitución Política. . .”. Y finalizan: “. . . Al resolver ustedes este recurso deben tener en mente que el mismo no trata de proteger a las personas; que no se trata de un delito que está encasillado dentro del título primero del Libro Segundo. Sino que se trata de un delito contra la administración de la Justicia (el subrayado es de los promoventes) y de ahí que lo que se sancione no es el dejar abandonada una persona herida o en estado de necesidad por la situación en que queda como consecuencia de un accidente, sino, lisa y llanamente, lo que se sanciona en esta figura, es el tratar de evadir la acción de la Justicia. . .”.

Como puede observarse, el fundamento del recurso parece bastante sólido, aún cuando debamos esperar el pronunciamiento de la Corte Plena al respecto.

Sin embargo, lo importante de que se suscitara tal cuestión es traernos a la mente la inquietud de su eliminación, porque no es del todo conveniente que exista la duplicidad de sanción, quedando entonces, claro está, la establecida por el artículo 142.

Posiblemente el litigante no piensa nunca en la posibilidad de que a su cliente se le pueda seguir proceso por las Lesiones Culposas y (en el evento de que haya sido así), por el Abandono (de Personas y del Lugar del Accidente), presentándose así un múltiple concurso: Material respecto al Delito Culposos de Lesiones y Abandono de Personas (por aplicarse la pena más grave según la regla del Concurso Ideal de delitos entre Abandono del Lugar y el de Personas).

(7) *Exposición de Motivos*. . . , pág. 52.

(8) *Código Penal mexicano*, Editorial Porrúa S.A., México D.F., 1968.

Sobre la situación tan confusa de Costa Rica, creo que nos da luz Fontán Balestra, quien dice:

"Esta figura, introducida por la reforma, es nueva en el Derecho argentino. El elemento que la caracteriza está dado por el hecho de que el sujeto pasivo debe ser una persona que el mismo autor ha incapacitado. Se hace nacer el deber de asistencia de la situación que el propio autor ha creado. Es una aplicación de la doctrina de la acción precedente en los delitos de omisión. Este caso se diferencia del anterior en la exigencia señalada con respecto al sujeto activo. El caso más frecuente será el del que causa un accidente y abandona al lesionado, alejándose sin socorrerlo. Esta modalidad del abandono de personas fue tomada del artículo 141 del Proyecto de 1960. En la nota se señala que el hecho es distinto del que suele llamarse fuga, cuya esencia consiste en dificultar la investigación, que es un delito contra la administración de justicia. En efecto, en este último delito el accidentado puede haber muerto como consecuencia del accidente, y en tal caso la fuga no podrá ser la causa de un peligro para la vida o la salud" (9).

Y nosotros nos quedamos con las dos figuras, lo que no sucedió en Argentina.

CONFIGURACION DEL DELITO

El delito se comete cuando: 1) El autor coloca a alguien en estado de desamparo físico; o 2) Abandona a su suerte a una persona incapaz de valerse a sí misma, poniendo en grave peligro la vida o la salud del ofendido.

La primera forma denota una acción del sujeto activo con el fin de "colocar" en estado de desamparo físico al ofendido, como sería trasladarlo a un medio en el que precisamente correrá el peligro para su salud o la vida.

La segunda forma, implica un proceder simplemente omisivo del autor, cuando priva al sujeto pasivo de la asistencia debida sin procurar que otra persona lo haga en su reemplazo, abandonándolo a su suerte.

"El abandono generalmente tendrá lugar mediante hechos positivos, v. gr. sacando al niño de la casa y dejándolo en otro lugar; también puede te-

ner lugar por omisión, como cuando se consiente en su fuga, pues también en este caso el niño queda abandonado a sí mismo. . ." (10).

Son dos situaciones distintas y de importancia para determinar, según el caso, quién puede ser sujeto activo del delito.

También nos dice Fontán Balestra:

"...A diferencia de las conductas previstas en el anterior artículo 106, en esta figura, el desamparo se causa mediante abandono. La acción consiste en colocar a otro en situación de desamparo. Lo que se requiere es que el autor, por cualquier medio, haya sido quien puso a otro en situación de desamparo, de la que resulte peligro para la vida o la salud. Colocar quiere decir tanto como poner en. Esta mayor exigencia de la actividad del autor es la que fundamenta la mayor amplitud de esta figura, que alcanza a quienes ninguna obligación tienen para con la víctima, y extiende la tutela penal a cualquier persona, con prescindencia de su capacidad. Se coloca a alguien en situación de desamparo cuando se le priva de la posibilidad de una ayuda o asistencia necesaria. . ." (11).

Desde luego, debe entenderse que en todo caso, ese abandono en uno u otro sentido, debe ser un abandono material y no moral, que ponga en peligro la salud-integridad física, o la vida de la persona, sin que tenga relevancia jurídica para los efectos de esta figura, el abandono moral o simple descuido de deberes familiares, por más que aquí surjan consecuencias con repercusión social o económica o apenas con trascendencia puramente familiar. La figura del artículo 142 que estudiamos, difiere en mucho con la contemplada y sancionada por el artículo 185 (Incumplimiento del Deber Alimentario) en la que se hace énfasis en la no atención por parte del obligado de la subsistencia material que debe a sus alimentarios, siendo además éste un delito de acción privada, mientras que el de nuestro estudio lo es de acción pública. Sin embargo, es básico el hecho de que el delito de Incumplimiento del Deber Alimentario no desaparece con el hecho de que "otras personas hayan proveído medios de subsistencia" a los alimentarios tal y como dispone el artículo citado. En otras palabras, aquí la ley sanciona el incumplimiento de un deber legal, sí, pero primariamente un deber moral del obligado.

(9) Fontán Balestra, C. *Tratado de Derecho Penal*, T. IV, Editorial Abarredo - Perrot, Buenos Aires, 1969, pág. 355.

(10) Cuello Calón, E. op. cit., pág. 710.

(11) Fontán Balestra, C. op. cit., pág. 352.

Ha influido en algunas legislaciones el colocar el delito entre los que ofenden el orden de la familia (Código Penal mexicano y en parte el Código Penal español), la violación del deber de no abandonar al incapaz, que sirve esencialmente para determinar el sujeto activo. "Sin embargo, el legislador italiano de 1930, con el apoyo de la doctrina, ha deshechado este punto de vista ya que el fin principal de la incriminación es la preservación de la seguridad o incolumidad de la persona física puesta en peligro mediante el hecho material del abandono por parte de aquellos que lo realizan no debiéndolo realizar. La objetividad jurídica prevaleciente del delito, vale decir, la ofensa a la seguridad física de la persona, diferencia esta infracción de los delitos contra la asistencia familiar y de los delitos contra el estado civil que pueden cometerse mediante exposición o abandono, pues los primeros, los contra la asistencia familiar, tienen su objetividad jurídica en el simple deber de asistencia, y los segundos, en el estado civil de las personas" (12). En el mismo sentido se pronuncia Soler (13).

En la segunda forma del delito, constituida por abandonar a su suerte al sujeto pasivo, la doctrina señala que debe existir una obligación nacida previamente de "mantener o cuidar" o nacida coetáneamente por haber el autor incapacitado al sujeto pasivo.

Lo anterior es bastante claro en el Código Penal argentino (art. 106) de donde se copió el nuestro, pero no se sabe por qué razones se introdujo de más una coma en nuestro artículo 142, que al menos sintácticamente hablando podría crear duda de si efectivamente en Costa Rica cualquiera puede cometer el delito "colocando en situación de desamparo" al sujeto pasivo, y solamente lo cometen aquellas personas que deban "mantener o cuidar" al abandonado o por haberla incapacitado el mismo autor.

El deber de cuidar o mantener es en todo caso preexistente a la acción del abandono, y puede ser resultado de una situación de hecho puramente, de la ley o de convención.

"Sujeto de este delito puede ser el padre, la madre, el tutor o cualquier otra persona encargada de la guarda del menor. No es menester que se trate de encargo conferido por la ley, basta un

encargo de hecho realizado por persona competente para hacerlo, y aún de breve duración, por ejemplo, para conducir el niño a la escuela, para llevarlo a casa de un pariente. Sin semejante relación, aún fugaz, de encargo, no puede existir este delito. El extraño que roba un niño dejándole después abandonado en un despoblado no incurre en este delito, sino en el del artículo 484; pero el extraño que por encargo del padre del niño le acompaña momentáneamente a casa de su abuelo y en el camino lo deja abandonado, comete este delito. Así, pues, son sujetos activos de este delito no solo las personas encargadas por la ley de su guarda y custodia, sino también las que tengan tal encargo de hecho, aún de modo fugaz y transitorio" (14).

Dijimos que estábamos en presencia de un delito de peligro contra la integridad físico-orgánica o la vida de las personas.

Sebastián Soler señala que para que se excluya el delito, "es preciso que el sujeto que realiza el abandono pueda tener una esperanza justificada de que el auxilio ocurrirá, pero no basta la simple posibilidad de que ocurra. . ." (15).

Es cierto, y bien lo señala el distinguido autor, pero concretamente aplicable en Argentina, porque nuestro Código introdujo la frase "grave peligro" para calificar el hecho atribuible a su autor, y no ya simplemente "peligro" como lo consigna nuestro ascendiente argentino y señala la doctrina generalizada.

O lo que es igual, el "grave" en el texto del artículo 142 significa declarar que para que se tipifique el delito, no basta cualquier peligro creado por la acción del sujeto activo, sino que ese peligro ha sido cualificado con la denotación "grave" y así, tenemos que no en balde es tan escasa la jurisprudencia sobre el mismo, al punto que podría señalarse esta figura como un fósil, totalmente desusada, si vale el término.

Sin embargo, si pura y simplemente se comete el delito con la creación del peligro, la figura se agrava si, como consecuencia del mismo, se producen un grave daño en la salud o en el cuerpo de la víctima, o su muerte (art. 142 párrafo final), aún cuando como se comprende, el resultado de daño no es consustancial al delito.

Encontramos una inconsecuencia (ya no solo

(12) Omeba, *Enciclopedia Jurídica*, T. I, Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1968, págs. 41-42.

(13) Soler, S. op. cit., T. III, pág. 173.

(14) Cuello Calón, E. op. cit., pág. 708.

(15) Soler, S. op. cit., T. III, pág. 173.

atribuible a nuestro Código) en la agravación de la pena sólo si resultare "grave daño en la salud o en el cuerpo de la víctima" o si resultare muerte.

Grave daño en la salud o en el cuerpo del ofendido, nos debe remitir necesariamente a las lesiones graves o gravísimas que se relacionan en el capítulo correspondiente del Código Penal, y solamente que de acuerdo con estas disposiciones específicas (arts. 123 y 124) haya un daño grave resultante del delito de abandono, la pena se agrava.

La inconsecuencia existe para el caso en que como resultado del abandono, se produjeran lesiones que calificáramos de leves en el sujeto pasivo. No podría agravarse la pena del párrafo primero del artículo 142 porque de acuerdo con el párrafo final la agravación opera si resultare un grave daño, y las lesiones leves por su naturaleza no lo constituyen, de donde desembocaríamos en castigar como abandono puro y simple aún aquel en que hubiere un resultado de daño, lo que puristamente hablando no es correcto.

Tal error solamente puede salvarse si graduáramos las penas según que el resultado del abandono configure lo que podríamos llamar lesiones leves, graves, gravísimas, y aún la muerte de la víctima, de suerte que no quede impune (por falta de agravación) prácticamente un resultado de lesiones leves con motivo del delito de abandono.

FIGURAS MENORES

1) Abandono por Causa de Honor.

"Artículo 143.— La madre que abandonare un recién nacido de no más de tres días, para ocultar su deshonor, será reprimida con prisión de un mes a un año. Si a consecuencia del abandono sobreviniere grave daño o la muerte, la pena será de prisión de uno a cuatro años".

Se contrae la penalidad a la madre únicamente, a diferencia de lo que ocurría en el Código de 1941 en el que se extendía el privilegio o atenuación de esta figura, a su padre y hermano.

Si ciertamente se apunta en lo anterior una restricción, puede verse también que se eliminaron los requisitos con que anteriormente se rodeaba la figura privilegiada como eran que el menor no hubiere sido mostrado a extraños, ni bautizado públicamente o inscrito en el Registro Civil, así como ocultación de la preñez de la madre excepto

a obstétrica o médico que hubieran intervenido en el parto.

Pero también es notoria la eliminación de un requisito que había exigido siempre nuestra legislación como era la "buena fama" de la autora (el Código de 1924 exigía que fuera "mujer soltera y de buena fama"), sin explicación aparentemente razonable.

Se explica muy bien la eliminación de la soltería como requisito para que la autora se beneficiara de la pena atenuada cuando mediaba causa de honor, dado que hasta una mujer casada podría acogerse a la misma en el caso de que hubiere sido violada, o engendrado por causa espuria.

Pero el requisito de buena fama nos parece básico en esta figura, y su ausencia actualmente demerita su imagen.

Recordamos que por Ley No. 2464 de 9 de noviembre de 1959, se modificó la figura del Infanticidio en el Código anterior, a fin de agravar la pena aplicable al caso, así como para acortar el lapso dentro del cual podía la madre dar muerte a su hijo para ocultar su deshonor, que en ese entonces era de tres días y que se redujo a veinticuatro horas, lo que viene a colación al volver nuestro actual Código al término de tres días no solo para el Infanticidio (art. 113 inciso 3) sino que lo incluye en el abandono honoris causa.

El plazo de veinticuatro horas establecido por aquella reforma es adecuado, puesto que la deshonor que siente la autora de estos delitos se debe retrotraer hasta el momento inicial de la concepción, permaneciendo esa inquietud o aprehensión durante todo el embarazo, por lo que extender la posibilidad de una reacción a ese sentimiento a tres días después de haber dado a luz se presta para que ya no estemos en presencia de una espontánea acción, sino resultado de un cálculo frío delictuoso alentado por terceras personas que no tienen causa de honor en el asunto.

Al efecto, propondremos la reforma correspondiente en nuestras conclusiones.

2) Omisión de Auxilio.

"Artículo 144.— Será reprimido con veinte a cien días multa el que encontrando perdido o desamparado a un menor de diez años o a una persona herida o inválida o amenazada de un peligro cualquiera, omitiere prestarle el auxilio necesario, según las circunstancias, cuando pudiese hacerlo sin riesgo personal".

Aquí se contiene, al decir de Soler, la expresa imposición de un alto deber de solidaridad social

(16) por lo que puede considerarse sujeto activo e incurso en la penalidad prevista, cualquier persona y no solo la que se encuentre ligada a la víctima por una obligación preexistente, como se señaló para la segunda forma delictiva de la figura principal.

Aquí se descubre, en forma más nítida, una actitud omisiva del autor, en el tanto en que pudiendo prestar auxilio sin riesgo personal, según las circunstancias, se abstiene de ello, y resulta intrascendente que como resultado de su abstención sobrevenga un daño grave o la muerte.

Al deber de solidaridad que se incluye en la norma, debe dársele una extensión mayor, creyendo que puede incluirse una pena de prisión para el caso de que el resultado de la omisión de auxilio fuera grave para la salud o el cuerpo de la víctima, o que, lo que debe considerarse penalmente de mayor magnitud, resultare su muerte.

Es entendible que el sujeto activo, mejor dicho, el autor, no ha creado el peligro concreto en el que se encuentra la víctima, pero si puede prestar el auxilio sin riesgo personal, debe amenazarse con penas más graves la omisión injustificada.

Encontramos, asimismo, otro error en este artículo, que copiado del argentino (108), lo fue en forma incompleta, en el sentido de que en Argentina, cuando el autor no puede intervenir en auxilio de la víctima por existir un riesgo fundado para su propia salud o existencia, se le impone la obligación de dar aviso inmediato a la autoridad, para que sea ésta la que intervenga en ayuda de la persona que lo necesita.

Debemos criticar, como es obvio, el que se incluya aquí la fórmula ya superada del Código de 1941 (que a su vez procedía de la antigua fórmula argentina), referente a la edad, condición de herida o inválida en la persona de la víctima, cuando pudo haberse seguido la que establece el artículo 142 como "incapaz de valerse a sí misma" o amenazada de un peligro cualquiera que es particularmente constitutiva en el presente caso.

Finalmente debe señalarse que todas las figuras del abandono, por ser delitos de peligro, no admiten la tentativa, y así lo ha enseñado la doctrina generalizada, configurándose el delito por el hecho del abandono con peligro para la víctima, o por negar auxilio a la misma sin fundamento alguno para ello.

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

Según ha podido traslucirse del desarrollo anterior, no nos ha satisfecho mayormente nuestra legislación respecto a este delito, por cuestiones posiblemente no de fondo, pero que sumadas no dejan de tener importancia en el análisis o bastantear general de la figura.

Así que como colofón a lo que ya se anunció en el aparte correspondiente, proponemos introducir las siguientes modificaciones en el Código Penal:

Primera. Eliminar del artículo 142 la calificación de "grave" para el peligro que contempla el delito, no solo por no tener antecedente en la legislación argentina de donde procede el texto general, sino porque aumenta la posibilidad de que queden impunes ciertas conductas que podrían tenerse como incursas en el delito, pero cuya calificación necesaria de "grave" en este momento lo impide.

Segunda. Asimismo, en el segundo párrafo del artículo, debe establecerse una gradación de penas según que los resultados provenientes del abandono sean lesiones leves, graves o gravísimas y la muerte de la víctima, eliminando la laguna que creímos encontrar.

Tercera. Respecto a la figura del abandono por causa de honor (art. 143), según se dijo, por lo menos ha quedado demeritada al eliminarse la "buena fama" de la mujer, así como el plazo dentro del que debe realizarse el abandono para merecer la atenuación, quedando ese artículo de la siguiente manera:

"Artículo 143.— La madre de buena fama que abandonare a su hijo dentro de las veinticuatro horas siguientes al parto, para ocultar su deshonor, será reprimida con prisión de un mes a un año. Si como consecuencia del abandono sobreviniere grave daño en la salud o en el cuerpo de la víctima, o se produjere su muerte, la pena será de uno a cuatro años de prisión".

Cuarta. En el artículo 144 se hace indispensable a fin de hacerlo consecuente con el deber de solidaridad que consagra, agregarle una frase final para cuando no se pueda intervenir en auxilio de la víctima por el riesgo personal que ello implique.

Pero además, parece de buen gusto y para

(16) *Ibíd.*, pág. 179.

poner a tono el artículo con la técnica del 142, eliminar la referencia a la edad o situación personal de la víctima, por lo que se propone una nueva redacción en estos términos:

"Artículo 144.— Será reprimido con veinte a cien días multa el que encontrando perdida o desamparada a una persona incapaz de valerse por sí misma o amenazada en ese momento de un peligro cualquiera, omitiere prestarle el auxilio necesario, según las circunstancias, cuando pudiese hacerlo sin riesgo personal, o en caso contrario, no diere aviso inmediato a la autoridad".

Quinta. No menos importante nos parece la modificación que ya comentamos al inicio de este trabajo, mediante la que se eliminaría la denomina-

ción actual del Título I del Libro Segundo del Código Penal, regresando a nuestra tradición de denominarlo "DELITOS CONTRA LAS PERSONAS", o si se encontrara alguna incongruencia en ello (dado que hay otros delitos contra las personas fuera del Título I), entonces llamarlo "DELITOS CONTRA LA VIDA Y LA INTEGRIDAD CORPORAL" (como en el Código Penal mexicano), siendo lo importante de la crítica a la situación presente, el que existen dentro del Título I delitos cuyo bien jurídico protegido es la vida, pero hay otros en los que se protege la integridad física (Lesiones, Riña y Agresión, o el mismo Abandono de Personas).

Sexta. Proponemos la eliminación del artículo 328 del Código Penal, referente al abandono del lugar del accidente, por las razones indicadas.

BIBLIOGRAFIA

CUELLO CALON, E.

Derecho Penal, T. II, 7a. Edición, Bosch, Barcelona, 1950.

PUIG PEÑA, F.

Derecho Penal, Editorial Revista de Derecho Privado, T. IV, Madrid.

QUINTANO RIPOLLES, A.

Código Penal, Texto refundido de 1963, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1963.

SOLER, SEBASTIAN

Derecho Penal argentino, Tipográfica Editorial Argentina, Buenos Aires, 1970.

FONTAN BALESTRA, C.

Tratado de Derecho Penal, Editorial Aberredo Perrot, Buenos Aires, 1969.

OMEBA

Enciclopedia Jurídica, Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1968.

RODRIGUEZ NAVARRO, M.

Doctrina Penal del Tribunal Supremo, Aguilar S. D. de Ediciones, Madrid, 1960.

CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO Y TERRITORIOS FEDERALES. Editorial Porrúa S.A., México D.F., 1968.

CODIGO PENAL DE COSTA RICA. Edición preparada por el Lic. Atilio Vincenzi, 1972.

A P E N D I C E

JURISPRUDENCIA

La jurisprudencia nacional ha sido escasa en esta materia por no decir absoluta, no habiendo encontrado esta comisión nada al respecto, examinados que fueron Biblioteca, Digesto y algunos índices de Tribunales; únicamente se logró dar con una sentencia del Juzgado Penal de Limón, cuyo titular a la fecha lo era el doctor Luis Paulino Mora Mora, pero respecto de la legislación penal recién derogada. Analiza el autor el numeral 214 del Código Penal de 1941, y manifiesta:

"Acceptando que el menor fuere "abandonado" dejado en el lugar en donde fue encontrado, cosa que no es así conforme se analizará, el delito acusado no se habría cometido pues la víctima no corrió ningún peligro grave en daño de su persona, ya que los habitantes de las casas cercanas al igual que lo hicieron en repetidas oportunidades pudieron darle la protección que necesitaba... No puede tenerse como abandono el dejar por un período más o menos largo a un menor en el lugar que le sirve de habitación, por deber de trasladarse quien le suministra sus cuidados a otro lugar en donde no puede ser llevado dicho menor; el abandono conlleva el desprendimiento, la intención de dejar y en el presente caso, el abandono momentáneo, por así llamarlo, no conlleva esa intención, sino que como ya se dijo, las circunstancias obligaban a la madre a actuar en la forma que lo hizo" (S. Juzgado Penal Limón, 8 hrs. del 23 de marzo de 1970, Archivo Rem. 1449, A. 100, págs. 94 a 97).

Ante esta circunstancia de escasez de jurisprudencia, se ha debido echar mano a la extranjera, en especial a la argentina y española, legislaciones que en buena parte han inspirado el Derecho Penal costarricense.

El Código Penal Argentino dispone:

"Artículo 106. El que pusiera en peligro la vida o la salud de otro, sea colocándolo en situación de desamparo, sea abandonando a su suerte a una persona incapaz de valerse y a la que deba mantener o cuidar o a la que el mismo autor haya incapacitado, será reprimido con prisión de seis meses a tres años. La pena será de reclusión o prisión de tres a seis años, si a consecuencia del abandono resultare un grave daño en el cuerpo o en la salud de la víctima. Si ocurriere la muerte, la pena será de tres a diez años de reclusión o prisión".

"Artículo 108. Será reprimido con multa de diez mil a cien mil pesos el que encontrando perdido o desamparado a un menor de diez años o a una persona herida, o inválida, o amenazada de un peligro cualquiera, omitiera prestarle el auxilio necesario, cuando pudiese hacerlo sin riesgo personal o no diere aviso inmediato a la autoridad".

Se transcribe a continuación, alguna jurisprudencia argentina:

"Constituye el delito de abandono de personas previsto por la última parte del artículo 106 del Código Penal y castigado por el 107 del mismo, el hecho de que una madre coloque al hijo recién nacido en un sitio inadecuado, privándolo de los cuidados reclamados y ocasionando con ello su fallecimiento" (C. Crim. y Correc. Capital, Oct. 2-936) CCC 4-1.

"El núcleo del tipo en el delito del artículo 106 del Código Penal se halla en el verbo abandonar, es decir la acción de colocar al sujeto pasivo en situación de desamparo, privado de la vigilancia y asistencia que necesita" (S. C. Tucumán, octubre 5-944) La Ley, 37-180. JA 944-IV-627.

"La ausencia de unas horas del hogar, donde quedó una niña con neumonía, y la falta de cuidados necesarios por ignorancia, no configuran abandono doloso" (S. C. Tucumán, abril 28-945). La Ley 40-90. JA 945-IV-170.

"Para que exista el delito de abandono de personas basta el comportamiento posiblemente peligroso para determinadas personas, como es el de dejar solo a un menor o a otro incapaz por causa de enfermedad, desentendiéndose de él con ánimo de sustraerse para siempre a los deberes de asistencia y custodia, dejándolo sin socorro alguno y con intenciones de no volver" (S. C. Tucumán, setiembre 18-945). La Ley 42-481. JA 945-IV-492.

"No existe delito si el menor fue dejado en un lugar frecuentado donde su presencia no podía pasar inadvertida por un lapso que pudiera importar peligro" (C. Crim. y Correc. Capital julio 2-946) CCC 5-9.

"El peligro para la vida, la salud, la persona del menor, es el que confiere sentido penal al deli-

to de abandono de personas" (*C. Crim. y Correc. Capital julio 2-946*) CCC 5-6.

"Encuadra en el artículo 106 del Código Penal la privación de todo auxilio médico a la parturienta internada en un sanatorio, no obstante los reiterados pedidos de asistencia, a punto tal que la llegada del facultativo de guardia coincidió con la aparición de la cabeza de la criatura" (*C. N. Crim. y Correc. marzo 10-959*) JA 959 V-13-GF 225-263.

Tomado de Digesto Jurídico Editorial La Ley, Argentina.

"La exposición es distinta del abandono, y solo hay este último cuando la persona ha sido dejada sola fuera de la vigilancia que le es necesaria y de la posibilidad de ser socorrida. El concepto del delito del artículo 106 C.P., es el abandono material, es darse vuelta sin pensar más en el abandonado, desinteresarse y confiarlo al destino" (*S. D. Tucumán, 5-10-44; LL 37-180, JA 1944-IV-627*).

Diferencia con infanticidio.

"El supuesto de abandono, con muerte del hijo menor de tres días, no inscrito en el Registro Civil, para salvar el honor de la madre, tiene una estructura análoga a la del infanticidio del artículo 81, inciso 2, C.P., por la identidad del motivo honoris causa, que impulsa a cometer uno y otro; ello sin embargo, no debe inducir a confundir ambas figuras delictuosas distintas, porque la diferencia radica en cómo se produce la muerte del recién nacido, y especialmente en la intención con que se comete" (*CC. Concepción del Uruguay, 6-1-61, JA, 1962-III-19*).

"Si luego del parto el recién nacido fue envuelto en un saco y puesto dentro de un balde y varias horas más tarde arrojado a un pozo donde pereció ahogado, debe concluirse que la muerte no ocurrió como consecuencia del abandono, sino por el hecho directo y voluntario de la sumersión, que absorbe por consunción todos aquellos actos preparatorios de la muerte" (*S. C. Tucumán, 18-9-45 LL 42-481 JA 1945-IV-492*).

"Incorre en el delito de abandono de persona quien hallando a un herido lo arrastra hasta un terreno baldío, y no avisa a la autoridad, ni pide una ambulancia para trasladarlo a un hospital, no pudiendo en cambio calificarse de encubrimiento, porque el acto no tiende a desaparecer la prueba de un delito" (*Art. 108 C.P. CC CAP., 14-9-47, DJ 14-9-57*).

Tomadas de "El Código Penal y su Interpretación Jurisprudencial", Tomo II, págs. 617 a 619, de Carlos J. Rubianés, argentino.

"Responde por homicidio culposo el imprudente que abandona a su víctima, cuando ésta muera a consecuencia del abandono, pero en este caso se aplica el principio de consunción en favor del delito de daño, de modo que su conducta ha de calificarse como abandono de persona agravada por el resultado muerte" (*art. 106 C.P.*) (*CC 3a. Santiago del Estero, 9-6-71, JA (sc), 12-723*).

"La comisión por omisión del delito de abandono de personas —artículo 106, C.P.—, se perfeccionó desde el momento en que los procesados, sabedores del peligro que corría la criatura, no cumplieron inmediatamente con el deber de auxiliarla, impuesto por un principio de solidaridad humana, que no puede enervarse por su forma primitiva de vida, y si bien no fueron copartícipes en la iniciación del hecho, coadyuvaron a su consumación con su imperdonable pasividad" (*ST Entre Ríos, 19-10-66, RLL, XXIX-1, No. 1*).

"Configura el delito de abandono de persona el accionar de la mujer que habiendo dado a luz en forma sorpresiva, y caído a un "pozo" el recién nacido, calló tal circunstancia, y con su silencio logró privarlo durante un lapso de más de una hora de los cuidados que éste requería, dificultando, en lo posible, el logro de su recuperación" (*CC 3 Córdoba, 23-3-71, JA (sc), 11-737*).

Las tres últimas citas del mismo autor y obra citada, aparecen entre otras, en las páginas 178 y 179 del Tomo IV.

Las siguientes citas de jurisprudencia, se refieren a la legislación española, y son tomadas de La Doctrina Penal del Tribunal Supremo, Tomo III, páginas 4129 a 4133, de Manuel Rodríguez Navarro, respecto del artículo 488, que a la postre dice:

"El abandono de un niño menor de siete años por parte de la persona encargada de su guarda será castigado con las penas de arresto mayor y multa de mil a cinco mil pesetas. Si el hecho fuere ejecutado por los padres, tutor o guardador de hecho, las penas serán prisión menor y la multa sobredicha. La mujer que para ocultar su deshonor abandonar al hijo recién nacido será castigada con arresto mayor. La misma pena se impondrá a los abuelos maternos que para ocultar la deshonor de la madre realizaren el abandono. En todos los casos de este ar-

título, y sin perjuicio de castigar el hecho como corresponde, si constituyere otro delito más grave, cuando las circunstancias por el abandono se hubiere puesto en peligro la vida del niño, será castigado el culpable con las penas anteriores en su grado máximo, y si sobreviniere la muerte se impondrán las penas inmediatas superiores".

"La penalidad de este artículo no es aplicable sino cuando se ocasiona la muerte o se puso en peligro la vida del niño abandonado" (S. 30-11-891; G 19-2-892; t. 7, pág. 454).

"La muerte del hijo recién nacido integró el delito de infanticidio definido en los artículos. . . por concurrir la inequívoca intención homicida, según resulta del hecho probado, que estableció que el niño falleció por dos motivos cuales son: no prestarle los debidos cuidados, y tratar de hacerlo desaparecer. . ." (S. 14-1-946; R 55).

"El acto realizado por el culpable de haber colocado frente a un almacén con las debidas precauciones y para ocultar la deshonra de su hija un niño que ésta dio a luz quedándose vigilando hasta que la criatura fue recogida, no constituye el delito de este artículo, que requiere interrupción en los cuidados que exige un recién nacido, poniéndole con ello en peligro, y solo integra tal hecho la falta del artículo 603, número 10, hoy 589" (S. 30-3-904 G. 25-6-904; t. 72 p. 328).

"Hay abandono de un niño siempre que se le desampare, dejándolo solo y en la imposibilidad, aunque sea momentánea, de tener asistencia y cuidados que necesita" (S. 24-11-876; G 4-2877; t. 15; pág. 536).

"Probado que el recién nacido murió no por violencia que en sus órganos se ejerciera, ni por tener suelto el cordón umbilical, sino por el abandono en que se encontró y que cae de lleno en las condiciones que expresa el artículo 488, y no cabe, por tanto confundirse con el infanticidio. . ." (S. 4-10-877; G 17-11-877; t. 17 pág. 148).

"Existe el delito de este artículo cuando a consecuencia del abandono de un niño se interrumpen los cuidados, vigilancia o asistencia, que son tan necesarias en la infancia, por lo que integra este delito, el hecho de dejar a una criatura recién nacida mal abrigada y al aire libre en noche desahogada, dando lugar con ello a su muerte" (S. 6-2-897 G 19-3-897 t. 58 pág. 137).

"El privar de alimento a una hija recién nacida, entre los seis y diez días, dejándola morir, es un delito de parricidio y no de abandono de niños, porque este artículo no excluye otra calificación cuando, como en el presente caso, constituye el hecho de otro delito más grave" (S. 12-2-892; G 5-4-892 t. 48 pág. 173).



FAMILIA DE HECHO

Licda. Elizabeth Odio Benito

CONTENIDO

PRESENTACION	47
I. CONSIDERACIONES PRELIMINARES	48
A. Familia. Su concepto.	
B. Familia de Hecho.	
II. LA CONVIVENCIA. DISTINTOS ASPECTOS.	49
A. Breve repaso histórico del tratamiento socio-jurídico de la convivencia.	49
B. Elementos que conforman la convivencia.	50
C. Efectos derivados del no reconocimiento jurídico de la convivencia.	51
D. Esquema del ordenamiento costarricense e innovaciones en ordenamientos latinoamericanos.	54
III. SITUACION DE LA MUJER PRODUCIDA POR LA AUSENCIA DE REGULACION DE LA CONVIVENCIA.	55
IV. LOS DATOS SOCIO-JURIDICOS EN COSTA RICA.	57
V. LA FAMILIA DE HECHO ANALIZADA COMO DERECHO DE LOS PARTICULARES. DERECHO Y MORAL.	58
VI. SOLUCIONES PROPUESTAS DENTRO DEL ORDENAMIENTO JURIDICO ESTATAL COSTARRICENSE.	60

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

En su apreciable mayoría, los ordenamientos jurídicos positivos de la América Latina regulan la institución social de la familia, a partir de la existencia de un matrimonio formal.

La convivencia de una pareja no formalizada mediante el rito civil o eclesiástico del matrimonio, no produce efecto de ningún tipo para los convivientes, ni personal ni patrimonial.

En nuestros países, —y lo propio demuestra la historia de los otros continentes—, las uniones libres obedecen a costumbres ancestrales, razones culturales, geográficas o económicas. No obstante ello, otro tipo de influencias determinan la no regulación jurídica de esa inocultable manifestación de la vida social que es la convivencia.

Esta situación provoca en la pareja que convive, un marginamiento jurídico que conduce a graves injusticias. Particularmente para la mujer, su condición de concubina le acarrea menosprecio social y carencia total de derechos que la amparen frente al abandono o la muerte de su compañero.

En mi trabajo he intentado realizar un análisis de las consecuencias de esa no regulación de la convivencia, en lo personal, lo patrimonial y la procreación.

Utilizo como marco de referencia inmediata la legislación costarricense y las condiciones que sobre esta materia imperan en nuestra colectividad, en lo social y lo jurídico (tanto la ley positiva como su interpretación jurisprudencial).

Las soluciones que propongo podrían ser válidas para cualquier ordenamiento que se encuentre en las mismas circunstancias que el nuestro.

El trabajo no es tanto de carácter bibliográfico como el testimonio de mis inquietudes personales sobre el tema.

I. CONSIDERACIONES PRELIMINARES

A. Familia. Su concepto

B. Familia de hecho

El Derecho de Familia suele ser definido en doctrina, simple y mayoritariamente, como el conjunto de normas jurídicas que regulan las relaciones familiares. Para decirlo de otra manera, el objeto o núcleo fundamental de esta rama del ordenamiento jurídico estatal lo constituyen "la familia", sus elementos, relaciones y situaciones jurídicas.

En nuestro ordenamiento, a "la familia" se refieren, sin calificativos ni distinguos de ningún género, los artículos constitucionales respectivos y las normas iniciales del Código de Familia (1). Lo propio encontramos en los distintos ordenamientos positivos latinoamericanos y europeos.

No obstante ello, casi de inmediato reparamos en que el Derecho de Familia, las normas positivas que lo integran y los autores que lo estudian, aclaran y distinguen que por "familia" hemos de entender la institución que se origina en ese "acto jurídico no negocial" denominado "matrimonio" (2).

Pero dado que siempre ha existido como inculcable manifestación de la vida social el grupo familiar que no tiene como "base esencial" el matrimonio, la doctrina y los ordenamientos se ven obligados a elaborar conceptos tales como "familia de hecho", "concubinato", "filiación legítima" (matrimonial), "filiación ilegítima" (extramatrimonial), "matrimonio de hecho", "unión libre", para designar distintos aspectos o efectos del mismo fenómeno.

A. Al haber elegido como objeto de nuestro estudio el fenómeno socio-jurídico denominado "familia de hecho", conviene que empecemos por delimitar qué es "la familia", previamente a todo distinguo o calificación.

Obtener un concepto unitario de "familia", comprensivo de todos sus elementos y funciones,

es tarea difícil. De lo que es la familia en cuanto a agregado o grupo humano, se ocupan las distintas ciencias sociales y cada una de ellas nos da su propia descripción del fenómeno. Pero aun vista sub specie iuris, la familia es considerada —en vaga definición de reminiscencias sociológicas—, por autores y textos positivos, como "célula elemental de la sociedad" o "elemento natural y fundamento de la sociedad". Siendo en esencia un hecho social podríamos aceptar que la familia se presenta como un "agregado de formación natural y necesaria" (3).

Para los autores que intentan un concepto comprensivo de lo social y lo jurídico de la familia, ésta es "la institución social, permanente y natural, compuesta por un grupo de personas ligadas por vínculos jurídicos emergentes de la relación intersexual y de la filiación" (4). Al propio tiempo, este concepto es ilustrativo de la posición de los autores para quienes, jurídicamente, no existe otra familia que la denominada por ellos como "legítima".

Para efectos de este trabajo y dentro de sus específicos límites, propongo que consideremos como familia una institución social integrada por distintos elementos cuya posición y función se subordinan a un interés único.

B. Debemos entender, entonces, que familia como hecho socio-jurídico es una sola. Ahora bien, admitido que para la mayoría inmensa de los ordenamientos positivos, se considera "familia" al grupo humano que tiene como base al matrimonio, no tendremos más camino que referirnos a la "familia de derecho" (con matrimonio) y a la "familia de hecho" (sin matrimonio, o dicho de otra forma, derivada de un concubinato).

De todas maneras, anticipo mi opinión de que la familia como hecho o especie fáctica es siempre

(1) Constitución Política de Costa Rica, 1949, art. 51. Código de Familia de Costa Rica, art. 1 y art. 2 ab initio.

(2) Verbi gratia, Constitución Política cit., art. 52. Código de Familia cit., arts. 2 y 11.

(3) CICU, Antonio "El Derecho de Familia"; traduc. de Santiago Sentís Melendo; Edlar, Buenos Aires, 1947, pág. 109.

(4) DIAZ DE GUJARRO Y LOPEZ DEL CARRIL, citados por BELLUSCIO (Augusto Cesar) "Manual de Derecho de Familia". Tomo I, Edic. Depalma, Buenos Aires, 1974, pág. 3.

relevante para el ordenamiento, bien sea que surja de una unión formalizada ante funcionario competente, o de una unión concertada sin ritos civiles o eclesiásticos.

En el desarrollo de este trabajo volveremos a

ocuparnos del tema, refiriéndonos con mayor detenimiento a por qué estimamos un ordenamiento jurídico en sí mismo al ente social con organización propia que se suele denominar "familia de hecho" (5).

II. LA CONVIVENCIA. DISTINTOS ASPECTOS

- A. Breve repaso histórico del tratamiento socio-jurídico de la convivencia.
- B. Elementos que conforman la convivencia.
- C. Efectos derivados del no reconocimiento jurídico de la convivencia.
- D. Esquema del ordenamiento costarricense; ordenamientos latinoamericanos e innovaciones.

A. Desde el propio instante en que el ser humano buscó la compañía de sus semejantes, aprendió a convivir, sea, a "vivir con" los otros. La convivencia es, pues, la primera y más elemental manifestación de la sociabilidad del hombre.

No es ésta la sede adecuada para extendernos en las teorías acerca del origen de la familia que tanto han ocupado a ilustres autores de distintas disciplinas. Nos basta con poner de relieve el hecho cierto de que casi no nos es dable, por mucho que profundicemos en la prehistoria, encontrar al hombre viviendo solo, totalmente aislado.

A partir de ese pretérito momento en que nace la convivencia, distintas formas de asociación y agrupación fueron conformando las estructuras mentales y por ende, culturales, del hombre, y en este proceso, a la costumbre siguió la norma.

Familia matriarcal, patriarcal, sindiásmica; poligamia, poliandria, monogamia, son conceptos, teorías y doctrinas que nos resultan conocidos. Sabemos que, de alguna manera, el hombre occidental eligió la familia monogámica y que a ello bien pueden haberlo conducido impostergables necesidades económicas.

Para un grupo importante de autores, una remota y temprana costumbre prohibió el incesto y

esta prohibición nos llega como la regla primera y elemental del Derecho de Familia (6). Y dentro de la cadena cultural, prohibido el incesto, aparece el matrimonio como forma que consagra la unión monogámica. (7).

Ahora bien, el repaso histórico de las costumbres, culturas y ordenamientos jurídicos que antecedieron a la aparición del cristianismo, nos muestra inequívocamente que la monogamia no siempre y no necesariamente, pasaba por el rito del matrimonio.

El concubinato es, sin duda, de linaje anterior al matrimonio y no desapareció con éste. Por lo demás, no es insólito que coexistan matrimonio y concubinato en la vida de un ser humano, hombre o mujer, antes como ahora (8).

De manera muy sintética, y a modo de antecedentes históricos, repasemos los siguientes datos:

El espíritu pragmático de los romanos que caracteriza sus acertadas construcciones jurídicas se manifiesta en sus regulaciones de las distintas formas de uniones.

Esto es, Roma no cierra los ojos a la realidad del hecho social y utilizando el instrumento jurídico en su correcta función, ofrece soluciones adecuadas y adaptadas a los intereses de sus gobernados.

(5) *Infra*, Capítulo V.

(6) Cfr. GUIER, Jorge E. "Incesto, Matrimonio y Derecho", *Revista de Ciencias Jurídicas*, U. de C.R., Fac. de Derecho, No. 22, set. de 1973.

(7) "La corriente principal de nuestra especie manifiesta la tendencia a constituir parejas exclusivas en su forma más extrema, es decir, en las relaciones monógamas a largo plazo". MORRIS, Desmond "El Mono Desnudo", 1a. Edición, Plaza y Janes S.A., Barcelona, 1970, pág. 71.

(8) Libros Sagrados como la Biblia y el Corán; culturas como la griega, la persa, la babilónica y la china, conocieron, aceptaron y hasta regularon las uniones concubinarias.

La aparición del cristianismo, la misoginia de San Pablo, la influencia del dogma sobre las estructuras políticas y la organización económica, van a determinar, —unas causas o todas juntas—, que a partir del Bajo Imperio, se combata, en los distintos países europeos, el concubinato, por la vía —inoperante siempre—, de proscribir civil y religiosamente a los concubinos y, lo que es aún más injusto, a su prole (9).

La posición de la Iglesia Católica, de decisiva influencia en la legislación española y por ende, en los ordenamientos coloniales e independentistas de algunos de nuestros países latinoamericanos, se puede resumir así:

"Al ennoblecer el matrimonio haciendo de él un sacramento, realidad de orden sobrenatural que santifica y obra en el alma una transformación real, aunque no perceptible, ha abierto un abismo infranqueable entre el matrimonio y el concubinato" (10).

Con el Código Napoleón de 1804, la política de guardar silencio frente a una tan evidente manifestación de la vida social, se consagró definitivamente. Al propio Emperador se le atribuyen estas expresiones frente al Consejo de Estado: "*Los concubinos se pasan sin la ley, la ley se desentien- de de ellos. . . La sociedad no tiene interés en que sean reconocidos los bastardos. . .*".

Los ordenamientos positivos del siglo XIX, liberales y burgueses, vuelven la espalda al problema del concubinato y con su fingida ignorancia pretenden abolirlo.

La crítica acerba del marxismo a la sociedad capitalista y su moral burguesa, llega, por supuesto, a la familia. Y en 1884, Federico Engels publica la primera edición de su "*Origen de la Familia, de la Propiedad y del Estado*".

Las nuevas condiciones socio-económicas de los estados europeos de fines del siglo XIX y el cataclismo mundial de la guerra de 1914, obligan a

las primeras revisiones jurídicas de los efectos de la convivencia (11). Pero aún hoy, en el tercio final del siglo XX, la política legislativa de la mayoría de los países occidentales sigue siendo poco coherente en materia tan fundamental como lo son las relaciones familiares derivadas de la unión libre. Costa Rica, desafortunadamente, no es la excepción.

B. Antes de ocuparnos sobre los efectos derivados del no reconocimiento jurídico de la convivencia como forma paralela al matrimonio, determinemos los elementos que la conforman.

Estimo que habrá consenso si convenimos en señalar que esa convivencia marital, unión libre o concubinato de una pareja de que hemos estado hablando, se tipifica por lo siguiente:

- i) la voluntad o consentimiento de convivir, libremente expresado;
- ii) libertad de estado, sea, la ausencia de un vínculo matrimonial con otra persona;
- iii) capacidad de actuar y legitimación de la pareja;
- iv) permanencia, estabilidad y singularidad de la unión;
- v) ausencia de solemnidades constitutivas de un matrimonio;
- vi) publicidad (12).

Del matrimonio —definido como "acto jurídico no negocial" que surge a la realidad del mundo jurídico por voluntad de las partes—, la convivencia se distingue únicamente por la ausencia de solemnidades civiles o religiosas. Todos los demás elementos se dan en ambas figuras y básicamente, el elemento voluntad (de convivencia y cohabitación) es idéntico.

Empero, para una cantidad mayoritaria de legislaciones, tal hecho es absolutamente irrelevante.

- (9) Acorde con esta línea de pensamiento y de acción, en el Renacimiento, el Concilio de Trento de 1563 dictó penas severísimas contra quienes vivían en unión libre; entre ellas, la excomunión.
- (10) LECLERQ, Jacques. "*La Familia*"; Ed. Herder, Barcelona, 1964, pág. 85.
- (11) En Francia, por ejemplo numerosas leyes dictadas por la circunstancia de la guerra reconocieron derechos (pensio- nes, auxilios, prohibición de desahucios) a concubinas y esposas por igual.
- (12) Las relaciones humanas, variadas y complejas como son, no admiten una cerrada tipología. De ahí que resultan también muy frecuentes, por ejemplo, uniones maritales sin estabilidad ni singularidad; o bien, uniones entre personas vinculadas por matrimonio a un tercero. De las primeras —con ser importantes—, no nos ocuparemos pues exceden el marco de nuestro estudio y porque el que es tal vez su aspecto más importante —la procreación—, por su vínculo inmediato con derechos humanos elementales, encuentra posible remedio en normas jurídicas incluidas desde hace tiempo en prácticamente todos los sistemas positivos. De las segundas, sea, de las uniones de personas ligadas por matrimonio a un tercero, hacemos una distinción que estimamos fundamental: la existencia o no de una separación de hecho entre el conviviente y su cónyuge matrimonial. Si la separación de hecho existe, asimila- mos tal situación a la de los convivientes libres para efectos de nuestra exposición. Si matrimonio y convivencia coexisten, debe entenderse que no pueden ser aplicables los razonamientos y las soluciones posibles que aquí se ofrecen. En las uniones libres donde falten la voluntad, la capacidad o la legitimación, se harán las adecuaciones del caso, según el tipo de convivencia de que se trate.

Y así, formalizada la unión por medio de la comparecencia ante el funcionario competente, surgen efectos jurídicos personales y patrimoniales que enmarcarán el futuro comportamiento de los cónyuges.

No formalizada la unión, la figura jurídica primaria que determina la convivencia con todos sus elementos carece hasta de relevancia jurídica. Por ende, también de eficacia.

De las consecuencias de esta situación, propongo que nos ocupemos de inmediato.

C. Efectos derivados del no reconocimiento jurídico de la convivencia.

1. Efectos Personales.

Celebrado un matrimonio los cónyuges se deben mutuamente respeto, fidelidad y auxilio. Deben convivir en un mismo sitio. Comparten la responsabilidad y el gobierno de la familia, así como la patria potestad sobre los hijos (13).

Estas situaciones jurídicas de poder-deber vienen a ser entonces los efectos que las normas pertinentes concretan en el comportamiento de los sujetos que se convierten en cónyuges. La violación del deber acarrea la correlativa sanción (14).

En la convivencia, todas las expuestas situaciones jurídicas son únicamente situaciones de hecho. La pareja se respetará, se guardará fidelidad y se auxiliará mutuamente obedeciendo sólo a sus personales sentimientos de afecto y lealtad.

Pero en verdad, en este terreno no preocupa tanto la ausencia de efectos jurídicos, pues lo cierto es que tratándose de lo que los romanos llamaban "affectio maritalis", éste existe o no existe. La norma jamás podrá imponer el respeto, la fidelidad, y la lealtad que sólo son producto de un sentimiento personal. Y ello en cualquier tipo de unión.

2. La Procreación.

La existencia o no de un matrimonio determina los dos tipos de filiación que hoy recogen la casi

totalidad de los ordenamientos o sea la filiación legítima (o matrimonial) y la filiación ilegítima (o extramatrimonial).

En el supuesto de la filiación legítima, el niño nace cubierto por la presunción de paternidad (15). Tiene, en tal virtud, derecho a llevar el apellido de sus padres, ser alimentado por ellos y sucederlos ab intestato.

La filiación ilegítima se rige por otros supuestos. Claro que ante el nacimiento, hecho real y concreto, de un nuevo ser humano, el ordenamiento abandona la indiferencia que le merece la convivencia de sus padres y entra a calificar su existencia y su capacidad (la del niño). Pero como no califica la convivencia ni como hecho ni menos como acto jurídico, el nuevo ser no nace protegido por ninguna presunción legal; lo que tiene ante sí son tres posibilidades:

- a. el reconocimiento voluntario que hagan sus padres de sus respectivas maternidad y paternidad (16);
- b. en ausencia del acto voluntario, la acción de declaración de paternidad y maternidad, sea, el reconocimiento judicial (17);
- c. ser un expósito (18).

La Constitución Política que nos rige, inspirada por el postulado básico de la igualdad entre todos los seres humanos, prohíbe categóricamente "toda calificación personal sobre la naturaleza de la filiación", y el Código de Familia repite el precepto constitucional (19). Pero es evidente que ante la existencia legal de dos tipos de filiación (legítima-matrimonial e ilegítima extramatrimonial), el principio que comentamos no pasa de ser una hermosa aspiración.

Tan arraigado está en la mente de legisladores y tratadistas de la materia, el que hay una familia legítima merecedora de toda protección y otra ilegítima que el ordenamiento debe desconocer (cuando no calificar de delito el concubinato), que ante las modernas corrientes sobre derechos huma-

(13) Así, los arts. 11 y 34 del C. Fam.

(14) Divorcio, separación judicial, suspensión de patria potestad, etc.

(15) El art. 69 del C. Fam. dispone: "Se presumen habidos en el matrimonio los hijos nacidos después de ciento ochenta días contados desde su celebración o desde la reunión de los cónyuges separados judicialmente, y también los nacidos dentro de los trescientos días siguientes a la disolución del matrimonio o a la separación de los cónyuges judicialmente decretada. . ." (primer párrafo).

(16) Reconocimiento voluntario: arts. 84 y 85 del C. Fam.

(17) Declaración de paternidad y maternidad: art. 91 C. Fam.

Para ambas hipótesis, los efectos previstos por el ordenamiento son los mismos: "el hijo entra jurídicamente a formar parte de las familias consanguíneas de sus progenitores, para todo efecto" (Art. 97 del C. Fam.).

(18) Esta, reconocemos, es una posibilidad remota tratándose de una pareja estable.

(19) Art. 54 de la Const. Pol. y 3 del C. Fam.

nos transigen sólo en cuanto a reconocer la existencia de hijos producto de convivencia, pero los siguen discriminando, sin lugar a dudas, al calificarles su filiación.

En nuestro criterio, debe suprimirse este tipo de calificaciones discriminatorias que entrañan reminiscencias de penas medievales que trascendían a todo el grupo familiar.

Para abolir estas diferencias, no es preciso abolir el matrimonio como alguno podría pensar. Bastaría con eliminar las normas que establecen la doble filiación y, en su lugar, establecer un adecuado procedimiento de inscripción de los hijos en los Registros del Estado Civil.

En este sentido ayudaría mucho, indudablemente, el reconocimiento de efectos legales de la convivencia, pues podría establecerse un solo procedimiento de inscripción para los hijos de uniones matrimoniales y de uniones no matrimoniales reconocidas por el ordenamiento.

Para los hijos producto de otro tipo de uniones, se establecería un procedimiento propio (20).

En punto a la procreación, los esfuerzos para mejorar las normas positivas han de encaminarse en este sentido, puesto que, según vimos, aun discriminando en la forma expuesta, las legislaciones modernas contienen instrumentos jurídicos para establecer la filiación y los derechos a ella inherentes.

Posesión de estado.

Una situación de hecho en materia familiar, que sí es relevante para el ordenamiento que establece judicialmente la filiación de los hijos, es la denominada "posesión de estado".

La legislación positiva de nuestro país, así como la de otros muchos, deriva una serie de importantes efectos de la existencia de tal situación.

Referida al hijo extramatrimonial, estar en "posesión de estado" significa, según sabemos, que el presunto padre lo haya tratado como tal. Ese tratamiento de hijo deriva de indicios que el Juez apreciará discrecionalmente (21).

Resulta importante observar que el ordenamiento jurídico atribuye efectos a una situación de hecho integrada por elementos o su conjunto, tales como el trato y la fama, independientemente de la voluntad de los sujetos que la han constituido. Sea, que el ordenamiento califica de relevante la situación creada por la relación de hecho padre-hijo y en beneficio de éste, tutela sus intereses y pone a su disposición los efectos que presumen la existencia de la filiación (22).

En esta sede, la convivencia de una pareja se constituye en indicio o en hecho relevante jurídicamente a los efectos de declarar judicialmente la paternidad.

Del examen de los textos positivos que rigen la materia y la doctrina unánime que al respecto se ha elaborado, podemos afirmar el carácter causal de la cohabitación para presumir una paternidad, sea ésta la legítima o la de hecho (23).

3. Efectos patrimoniales.

- a. La convivencia de una pareja formalizada en matrimonio determina consecuencias patrimoniales importantes para el interés familiar (24).

Las soluciones positivas ofrecen una amplia gama de opciones que van desde la comunidad

(20) En este mismo sentido, el Código de Familia cubano de 1975 elimina radicalmente las diferencias en materia de filiación y las normas pertinentes hacen realidad el principio que consagra su art. 65, de que "todos los hijos son iguales y por ello disfrutan de iguales derechos y tienen los mismos deberes con respecto a sus padres, cualquiera que sea el estado civil de éstos".

(21) El C. Fam. distingue entre la posesión notoria de estado del hijo de matrimonio y la del hijo extramatrimonial, recogiendo una elaboración jurisprudencial. Así, disponen por su orden los arts. 80 y 93. Art. 80: *La posesión notoria de estado del hijo consiste en que sus padres lo han tratado como tal, dándole sus apellidos, proveyendo sus alimentos y presentándolo con ese carácter a terceros; y éstos y el vecindario de su residencia, en general, lo hayan reputado como hijo de aquéllos.* Art. 93: *La posesión notoria de estado de hijo extramatrimonial consiste en que sus presuntos padres lo han tratado como hijo, o dado sus apellidos, o proveído sus alimentos, o presentado como hijo a terceros y éstos y el vecindario de su residencia, en general, lo hayan reputado como hijo de aquéllos, circunstancias todas que serán apreciadas discrecionalmente por el juez.*

(22) A manera de ejemplo, lo resuelto por nuestro Tribunal de Casación, en sentencia No. 26 de 1966: "...se reitera la jurisprudencia de que la posesión notoria de estado que da al juzgador el convencimiento de que un individuo es hijo de otro, ha de ser revelada por una serie de actos externos, que en el ánimo del padre existía la creencia de ser el progenitor y de que en la sociedad en que éste vivía siempre se le ha considerado en tal condición. En estos términos tal filiación debe derivar de indicios...".

(23) En este sentido, RIVERO, Francisco, "La Presunción de la Paternidad Legítima", Ed. Tecnos, Madrid, 1971, pág. 257.

(24) "Se designa con la denominación de régimen patrimonial del matrimonio o simplemente régimen matrimonial, al conjunto de reglas que delimitan los intereses pecuniarios que se derivan del matrimonio, ya en las relaciones con los cónyuges entre sí, ya en sus relaciones con terceros". CASTAN TOBEÑAS, José, "Derecho Civil Español, común y foral" 8a. Ed. Reus, Madrid, 1969, pág. 205.

total, hasta la total libertad de disposición de los bienes adquiridos durante la vigencia del matrimonio.

El ordenamiento costarricense permite a los cónyuges elegir el régimen patrimonial que estimen más adecuado por medio de capitulaciones matrimoniales. Estas pueden celebrarse antes o después del matrimonio y comprenden los bienes presentes y futuros (25).

En su defecto, las normas establecen la situación de libertad de disposición de los bienes adquiridos antes o durante la vigencia del matrimonio, por cualquier título, y de sus frutos.

La separación judicial de los cónyuges o la disolución del matrimonio imponen la comunidad de bienes y su distribución por iguales partes (26).

Algunos bienes son calificados por el texto positivo como no comunes y no se consideran parte de la masa de bienes a distribuir (27).

De la enumeración casuística conviene destacar la exclusión que se hace de los bienes adquiridos durante la separación de hecho de los cónyuges. Esta disposición recogió el principio sentado al respecto por la jurisprudencia.

Durante la vigencia del Código Civil en esta materia, nuestros jueces determinaron desde fechas tan remotas como 1905, que para pretender el derecho a la comunidad en los bienes, era imprescindible el esfuerzo común derivado de la convivencia (28).

Observemos que con toda precisión nuestro máximo Tribunal resolvió con base en un criterio valorativo, que distingue netamente en la norma la forma del contenido. Sea, no bastaba la mera existencia formal del matrimonio —simple entelequia—, para derivar derechos patrimoniales. Se requería la sustancia aportada por la real y verdadera convivencia, para presumir el esfuerzo común y de ahí, otorgar el derecho.

Al resolver en el sentido que comentamos, nuestros jueces tutelaron los intereses en juego de manera acertada y justa, yendo hacia el verdadero sentido de la norma y la correcta función del Derecho, desprendiéndose del mal entendido positivismo en el que muchas injusticias se han amparado, como luego veremos.

b. Acorde con su decisión de ignorar la existencia de la convivencia no formalizada en matrimonio, el legislador de 1973 de la familia costarricense no reguló ningún efecto patrimonial aplicable a ese tipo de familia.

Y en lo que se refiere a la solución ofrecida el problema por la jurisprudencia, el resultado no es menos desalentador.

Nuestros Tribunales se han pronunciado, precisos y concordantes, en el sentido de que "la mujer no tiene derecho alguno sobre los bienes adquiridos por el concubino durante esa relación" (29).

Por ser medular para efectos del análisis que

(25) C. Fam. arts. 37, 38 y 39.

(26) Arts. 40 y 41 del C. Fam.

(27) Art. 41: "Al disolverse o declararse nulo el matrimonio, al declararse la separación judicial y al celebrarse, después de las nupcias, capitulaciones matrimoniales, cada cónyuge adquiere el derecho a participar en la mitad del valor neto de los bienes gananciales constatados en el patrimonio del otro. Perderá ese derecho el cónyuge declarado culpable en juicio de divorcio o de separación judicial. Podrá procederse a la liquidación anticipada de los bienes gananciales cuando el Tribunal, previa solicitud de uno de los cónyuges compruebe, de modo indubitante, que los intereses de éste corren el riesgo de ser comprometidos por la mala gestión de su consorte, o por actos que amenacen burlarlos.

Únicamente no son gananciales los siguientes bienes, sobre los cuales no existe el derecho de participación:

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

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

(28) La Corte de Casación lo ha dicho así: "La cooperación y el mutuo auxilio de los cónyuges en la adquisición de dichos bienes siempre se ha de suponer en el matrimonio regular, pero no cuando falta ese esfuerzo común porque los esposos de hecho o de derecho, han estado separados, como lo ha advertido la jurisprudencia de esta Corte en invariables y repetidos fallos: 1:50 p.m. de 23 de noviembre de 1905, 3:05 p.m. de 5 de noviembre de 1931, No. 54 de 16 hrs. del 2 de junio de 1954, No. 94 de 16:30 hrs. del 23 de octubre de 1963".

(Casación No. 110 de 1965).

El texto vigente entonces era el art. 77 del Código Civil que no hacía la exclusión que vino a determinar la jurisprudencia.

(29) La resolución de los jueces es la siguiente:

"La mujer no tiene derecho alguno sobre los bienes adquiridos por el concubino durante esa relación, ni puede cobrar al mismo los gastos que demanden el embarazo y alumbramiento de un hijo, así como tampoco tiene derecho a recibir alimentos de aquél".

(Sala 2a. Civil, Sentencia No. 82 de 1974).

hacemos, transcribimos la posición de la Casación costarricense, recogida en estos conceptos:

"Sería desconocer las disposiciones legales referentes al matrimonio como base esencial de la familia y fundamento de la sociedad, el amparar sin una ley expresa lo que disponga, pretendidos derechos o situaciones jurídicas que evidentemente se vinculan a relaciones de concubinato y que se reclaman porque surgieron de esas relaciones que no existirían sin la barraganería" (30).

Quiere decir entonces que el hecho de que exista una convivencia y de que durante ésta, y con el esfuerzo común, se haya formado un patrimonio, es absolutamente irrelevante para el ordenamiento.

Esto es, no constituye una situación condicionante de ningún efecto jurídico, por pequeño o precario que sea.

Ante el problema originado por un cónyuge que pretende derechos en el patrimonio obtenido por el otro durante una separación de hecho, nuestros jueces encontraron la solución correcta en una justa apreciación de los intereses en juego. Fijaron el valor de la convivencia para extraer de ahí el esfuerzo común como base para reclamar el derecho. Y lo hicieron así, según vimos, desde mucho tiempo antes de haber norma expresa en tal sentido.

Pero cuando se exige una idéntica valoración frente al esfuerzo común de unos concubinos, los jueces escogen otro orden de valores.

Ello da como resultado el que la convivencia sea relevante si existe la fórmula matrimonial, pero que sea del todo irrelevante —exactamente para los mismos efectos—, si no existe matrimonio.

Si leemos atentamente el texto de la Casación transcrito supra nos encontramos con que para nuestro máximo Tribunal, amparar derechos o situaciones jurídicas derivadas de una convivencia significa, a fortiori, "desconocer las disposiciones legales referentes al matrimonio como base esencial de la familia y fundamento de la sociedad". Sea, no se admite que hay en la sociedad familias originadas en el matrimonio y familias surgidas de una convivencia sin fórmula, y que ambas situaciones producen efectos y representan problemas que no deben ignorarse puesto que existen y exigen solución.

Amparados en la posición positivista mal en-

tendida a que antes me referí, los jueces introducen una dicotomía que reputamos inaceptable: si reconocemos efectos patrimoniales o de cualquier índole a la convivencia, desconocemos el matrimonio como base esencial de la familia. Lo inaceptable viene de que podemos olvidar que la familia también surge sin que exista matrimonio.

Indiscutiblemente que si la posición que se asume frente al problema es la que refleja el fallo que comentamos, la solución será siempre la negativa a reconocer efectos a la convivencia de hecho. Pero si, como en el caso de la procreación, admitimos la existencia de intereses relevantes y de necesidades creadas por la convivencia de los sujetos, hemos de admitir la urgencia de que el ordenamiento positivo ofrezca solución a los problemas.

D. De manera esquemática entonces, encontramos que el panorama del ordenamiento positivo costarricense puede sintetizarse así:

1. La convivencia de una pareja no produce efectos jurídicos personales ni patrimoniales de ningún género para sus miembros, salvo que se formalice mediante el matrimonio;
2. Los hijos producto de una unión de hecho, transitoria o permanente, disponen de instrumentos jurídicos para establecer su filiación.

Nos hemos referido continuamente al ordenamiento costarricense por ser éste el objeto de nuestro diario quehacer y materia prioritaria de nuestra cotidiana preocupación.

Pero nuestro ordenamiento no es la excepción que confirma reglas. Lo cierto es que en América Latina, leyes, jurisprudencia y autores, pertenecen mayoritariamente a esta misma posición. Los argumentos utilizados para fundamentarla parten de la base de que se trata —la de los concubinos— de una situación inmoral, contraria al orden público y las buenas costumbres.

Lo propio encontramos reflejado en el derecho español, y el derecho francés que bajo la influencia del derecho canónico, no sólo negaron efectos jurídicos al concubinato, sino que adoptaron medidas tendientes a combatirlo.

Con todo, las peculiares condiciones culturales, económicas, políticas y hasta geográficas de nuestra América, han impuesto la necesidad de

legislar sobre esa manifestación de la vida social muy usual en nuestros países, que es el concubinato, la unión libre o la familia de hecho.

De esta suerte, Bolivia, Cuba, Guatemala, Honduras, México y Panamá, han legislado ya sobre la materia (31).

Ello ha motivado acres comentarios de quienes se mantienen en la posición que hemos venido anotando (32).

A nuestro juicio, quienes así razonan permanecen bajo la influencia de prejuicios religiosos hondamente arraigados (el matrimonio es un sacramento y la unión libre un pecado mortal) y de estructuras culturales propias de otros pueblos, de otras épocas, pero dentro de las cuales el machismo latinoamericano no es ajeno del todo.

De nuestra parte, creemos que hablar de familia de hecho y de familia de derecho es hacer clasificaciones artificiales de la agrupación familiar, que es una. Lo cierto e irrefutable es que tanto con matrimonio o sin él, la convivencia de una pareja funda una comunidad de bienes y de intereses, entre los cuales, muy destacado, el interés común de los hijos, si los hay.

Cerrar los ojos a esta realidad social no conduce más que a producir ordenamientos positivos incompletos que no ofrecen solución a problemas vitales de sus sujetos y que, por ende, permiten la existencia de injusticias que calificamos de atroces (y pedimos se nos disculpe si se reputa de excesiva la calificación), en ésta como en cualquier época.

III. SITUACION DE LA MUJER PRODUCIDA POR LA AUSENCIA DE REGULACION DE LA CONVIVENCIA.

A fin de orientarnos hacia la fundamentación jurídica de nuestro análisis y la solución que proponemos para el ordenamiento positivo costarricense, permítasenos insistir en los efectos reales que produce la ausencia de efectos jurídicos de la convivencia sobre la mujer, en lo personal y en lo patrimonial.

La mujer que convive con un hombre en virtud del matrimonio, dispone de los efectos personales y patrimoniales que el ordenamiento positivo asigna a su status de esposa.

Según vimos, podrá exigir de su cónyuge fidelidad, respeto, cooperación, auxilio, cohabitación;

tendrá un derecho a la mitad de los bienes gananciales; podrá obtener judicialmente una pensión alimenticia para ella; y entrar en la sucesión abintestato de su cónyuge. Sus hijos nacen cubiertos por una presunción legal que les ampara su filiación. Además, socialmente goza de la estimación colectiva que se destina a la mujer casada y religiosamente está protegida por un sacramento.

La mujer que convive con un hombre sin formalizar su unión por el matrimonio, carece de todo reconocimiento jurídico. No le es atribuido ningún efecto personal ni patrimonial. Nada puede exigir de su compañero ni afectiva ni económica-

(31) **BOLIVIA:** En la Constitución del 24 de noviembre de 1945, art. 131, 2do. párrafo, se reconocía el matrimonio de hecho en las uniones concubinarias, dadas las condiciones que el propio texto indicaba. En el Código de Familia de 1972, arts. 158 y 159, se atribuyen a las uniones de hecho efectos similares al matrimonio, tanto en las relaciones personales como patrimoniales de los convivientes.

CUBA: La Constitución de 5 de julio de 1940, art. 43, párrafo 6. Disponía la facultad de los tribunales de equiparar la unión de hecho con el matrimonio civil, "por razón de equidad". El Código de Familia de 1975, arts. 18 y 19, regula sobre la formalización o el reconocimiento judicial de la unión de hecho, equiparándolo al matrimonio formalizado.

GUATEMALA: También aduciendo razones de equidad, la Constitución de 11 de marzo de 1945 estableció la equiparación entre el matrimonio civil y la unión de hecho. El art. 89 de la Constitución de 1956 se limita a disponer que "la ley determina lo relativo a las uniones de hecho". Como consecuencia de la primera de las citadas disposiciones constitucionales, se dictó en 1947 el Estatuto de las Uniones de Hecho.

HONDURAS: La Constitución de 1957, art. 101, reconoce el matrimonio de hecho.

MEXICO: El Código Civil federal de 1928 reconoce extensos efectos al concubinato.

PANAMA: La Constitución —art. 56—, equiparaba las uniones de hecho con el matrimonio formalizado. El precepto constitucional se reglamentó por ley del 6 de diciembre de 1956 sobre la unión de hecho.

(32) "Por ello, por no comprender los verdaderos valores de la institución, en América Latina se legisla rompiendo cánones (por ejemplo, reconociéndole un valor jurídico al concubinato)... Es aberrante que el matrimonio legítimo y el concubinato sean igualados... Si la norma jurídica, en lugar de declarar o reconocer normal lo anormal, en lugar de elevar a la categoría, aún cuando con vergüenza, de matrimonio a lo que no lo es...".

LLORENS, Luis, "Evolución del Derecho de Familia en cuanto a filiación y relaciones personales y patrimoniales entre cónyuges", Revista Notorial No. 828, 1976, Buenos Aires, págs. 1734 y 1735.

mente. Carece de todo derecho en el patrimonio que formen con el esfuerzo común; no tiene derecho a alimentos ni a sucesión ab intestato. Sus hijos no son amparados por ninguna presunción de paternidad y se les califica de "extramatrimoniales". Socialmente sufre la capitis diminutio que se asigna a la concubina y frente a la religión (nuestro pueblo es formal pero esencialmente católico), está en pecado mortal.

Al enumerar los elementos que tipifican a la convivencia, mencionamos que la distingue del matrimonio únicamente la ausencia de las solemnidades que son propias de éste. A simple vista, resulta difícil comprender que un grupo complejo de elementos, constitutivos de un hecho social de la mayor importancia —como es la familia— sea irrelevante para el ordenamiento. Y ello, además, sin que los argumentos que se dan para justificarlo, causen la menor convicción.

Otro dato que nos revela que la posición de los ordenamientos positivos y los juristas frente al fenómeno de la convivencia y la familia de hecho responde más a prejuicios ideológicos o religiosos que a verdaderos conceptos jurídicos, lo constituye el diferente trato que se da a situaciones similares dentro de las relaciones familiares de hecho.

Un ejemplo ilustrativo de esto es la relevancia que se otorga a la posesión de estado de hijo, frente a la falta de relevancia de la posesión de estado que constituye la convivencia. Porque no se diga que la unión de hecho pública, singular, estable, continua, de una pareja, no conlleva el trato, la fama, y en muchas ocasiones hasta el nombre, de una auténtica posesión de estado. Sin embargo, ningún efecto jurídico, ni personal ni patrimonial, le resulta atribuido.

Y la valoración negativa de esta injusticia se acentúa en este caso y le corresponde a la mujer asumirla íntegramente.

La posesión de estado de hijo permite establecer la relación paterno-filial. La posesión de estado de los concubinos no surte ningún efecto.

Creemos no incurrir en excesos al señalar la posición absolutamente desfavorable de la mujer en la convivencia, frente al ordenamiento, frente a la colectividad y frente a su compañero.

En general, la posición de la mujer en el matrimonio es de franca subordinación. Muchos factores de toda índole han producido ese resultado. Las consideraciones económicas tal vez no sean las únicas, pero sí son de importancia primordial en la actitud de la mujer al aceptar su papel tradicional de esposa comprensiva y sufrida.

Pero aunque ella no lo sepa o no haya hecho nada por obtenerlo, lo cierto es que el ordenamiento jurídico estatal la considera, como esposa, sujeto portador de intereses del sistema, y se los tutela.

La situación de la concubina es indiscutiblemente peor. A la posición subordinada que de por sí tiene la mujer, se le agregan la carencia de normas que le otorguen derechos derivados de la convivencia, de una parte, y por la otra, el menosprecio social, el cual en forma solapada o abierta, se cuela hasta en los fallos de los jueces.

Cuando nuestros Tribunales han dicho, por ejemplo, que la mujer no tiene derecho alguno sobre los bienes adquiridos por el concubino durante la relación, ni derecho a cobrarle los gastos del embarazo y alumbramiento del hijo común, ni derecho a percibir pensión; o que las relaciones de concubinato exceden la esfera del buen orden y la honestidad y que no están amparadas por las buenas costumbres, están propiciando la injusticia más evidente (33).

En nuestra América, las razones del concubinato son de variada índole. Lo económico, lo jurídico, lo social, lo antropológico y aún lo geográfico, explican y originan la convivencia. Sin ponernos peyorativos, el matrimonio-institución-sacramento de los patricios, excede y ha excedido siempre como fórmula y rito las necesidades, posibilidades y realidades de las masas latinoamericanas. Mujer y hombre se unen para

(33) Los siguientes son conceptos de nuestra Corte de Casación:
"el concubinato es contrario a las buenas costumbres y de él no pueden derivarse obligaciones civilmente válidas" (9:10 hrs. del 10 de junio de 1939). (En el juicio que originó este fallo la concubina demandó con fundamento en el entonces capítulo de arrendamiento de servicios del Código Civil y en la disposición que señala a los cuasi-conatos como fuente de obligaciones civiles. El caso era el de una mujer abandonada por su compañero luego de 28 años de unión durante los cuales formaron un patrimonio que éste se llevó íntegramente con él).
En el mismo sentido, la Casación de las 10:15 a.m. de 14 de enero de 1936 ("el concubinato... es un hecho contrario a la moral y a las buenas costumbres...").
En otro caso en el que la concubina demandó el cobro de servicios prestados contra la sucesión de su compañero, representada por la esposa de éste, dijo Casación (hubo dos votos salvados): "que no puede establecerse que los servicios prestados estuvieron en la esfera del buen orden y la honestidad y la justicia no puede declarar la existencia de una obligación cuya causa principal no está amparada en las buenas costumbres...".
(2:35 p.m. de 13 de marzo de 1929).

formar una familia, para crear un patrimonio, para procrear unos hijos. Se unen porque el ser humano instintivamente busca la convivencia. Porque tener una familia le da seguridad. Por ancestrales, son simples las razones que explican la convivencia.

Pero esquemas culturales imponen el rito y equivocando la correcta función del Derecho, los legisladores y jueces fingen la existencia de un solo grupo familiar: la familia "legítima".

Los efectos jurídicos existen en función de los problemas que solucionan. Muchos seres humanos jamás se enteran de la existencia del orden jurídico hasta que no quebrantan alguno de sus imperativos.

Por lo general, los sujetos recurren al ordenamiento coercitivo cuando la situación se ha deteriorado y requiere solución.

Dentro de este orden de ideas, una familia puede funcionar perfectamente con sus propias reglas de conducta, sin precisar el Derecho estatal.

Pero al presentarse el problema, se necesitará de la norma jurídica. Una pareja puede convivir libremente, adquirir bienes y crear hijos con pres-

cindencia de lo jurídico-estatal, pero cuando uno de sus miembros muere, o hace abandono del otro o de sus deberes para con el grupo familiar, surge imperativa la necesidad de la regulación.

Y es entonces cuando la inferioridad de la mujer se hace patente, porque tal como están nuestros ordenamientos positivos, el concubino —elemento dominante— puede impunemente abandonar a la mujer, a los hijos y, además, quedarse con el patrimonio producto del esfuerzo común ("la mujer no tiene derecho alguno sobre los bienes adquiridos por el concubino durante esa relación"). La verdad es que no se requiere apelar a lo sensiblero para calificar de inadmisibles tal situación (34).

Creemos firmemente que el Derecho debe extender su eficacia a manifestaciones de la vida social como las que con grandes limitaciones aquí hemos señalado.

Se trata de no desconocer, con actitud de avestruz, instituciones sociales que actúan, inter-actúan y funcionan, no atendiendo las formas del "deber ser" sino la forma del "ser".

IV. LOS DATOS SOCIO-JURIDICOS EN COSTA RICA.

De manera asaz sintética, podemos apuntar que en Costa Rica, de conformidad con datos preliminares del censo de 1973, había un total de 394.000 mujeres en edades entre los 15 y los 44 años. De ellas, 173.000 eran casadas y 32.000 vivían en unión libre. Cuando se publicaron los resultados definitivos del censo, se anotó que en el país 87.532 personas convivían en uniones libres. Esto es, en Costa Rica existen aproximadamente 43.000 familias cuya "base esencial" no es el matrimonio.

Del mismo censo se obtenía el dato de que de

los niños que nacen anualmente, aproximadamente el 25 por ciento es "extramatrimonial", y en regiones como las costas del Atlántico y el Pacífico, el porcentaje se eleva al 50 por ciento y aún más.

Frente a estos hechos, inescapables, de lo que es la realidad social de nuestro país, ya vimos cuál ha sido y es la actitud del cuerpo de normas destinado específicamente a regular la familia (primero el Código Civil y ahora el Código de Familia), así como el tratamiento que al problema dan los tribunales.

Empero, algunos sectores del ordenamiento

(34) Hay quienes lo han expuesto así:

"Todos los profesionales en Derecho podemos dar fe del hecho siguiente: Bajo promesa de matrimonio o sin ella seduce el hombre a la mujer, quien al conjuro y/o de los halagos de mejores días o de las imposiciones de la necesidad económica, trabaja a la par del hombre y aún más que él. Desde muy temprano está en pie moliendo y preparando el desayuno que él encuentra listo cuando se levante para su faena, ella lava, plancha, cuida de los animales domésticos y lleva el almuerzo al conuco, donde acompaña y ayuda al hombre con el machete, hasta que regresan ambos, él a descansar en el chinchorro o a la estera, ella a preparar la cena y a cumplir otros quehaceres menudos que la ocupan hasta muy entrada la noche. A fuerza de privaciones y miserias, luchando con ahínco y sin reparo, esos dos asociados del trabajo logran hacer algunas adquisiciones que les prometen un relativo bienestar en la vejez. Pero ocurre que para esta fecha la mujer que crió hijos, puercos, y que trabaja catorce horas inclusive los días de fiesta, mientras que el hombre apenas lo hacía ocho horas los días de labor, a la hora del justo reparto, el socio más abnegado, que aportó mayores aptitudes y economías a la obra común, el que en justicia tiene más derecho a aquellos miserables ahorros, por cualquier pretexto, que para el caso no faltará, es lanzado de aquél su rancho, que embarró con sus propias manos, permitiendo apenas su noble compañero que arrastre una manada de hijos, con preferencia de las hembritas, en tanto que el listo mancebo se queda con los varoncitos, que ya trabajan, además del rudimentario menaje de la choza".

(MONTIEL, M. "De la comunidad de bienes en la unión no matrimonial", cit. por MORA BRENES, Luis A., *La Familia de Hecho*", Tesis de grado, Facultad de Derecho, U. de C.R., 1976, págs. 34 y 35).

estatal comenzaron desde hace ya tiempo a regular con cierta timidez aspectos de la convivencia, creando determinados efectos de orden patrimonial en prestaciones de seguridad social.

A. CAJA COSTARRICENSE DE SEGURO SOCIAL

1. Reglamento de Invalidez, Vejez y Muerte. Concede a la viuda o compañera del asegurado una pensión (35).

2. Reglamento del Seguro de Enfermedad y Maternidad.

La compañera tiene derecho a atención médica (36).

B. LEY DE PENSIONES E INDEMNIZACIONES DE GUERRA (37).

Esta actitud del legislador que admite efectos a la convivencia en materia de prestaciones sociales, necesariamente ha de extenderse o aplicarse también en la creación de disposiciones que regulen los aspectos patrimoniales (bienes comunes y derechos sucesorios), y el derecho de pensión alimenticia, normando la convivencia como hecho causal de una familia.

V. LA FAMILIA DE HECHO ANALIZADA COMO DERECHO DE LOS PARTICULARES. DERECHO Y MORAL.

La actitud asumida frente a la existencia de la familia de hecho tanto por el ordenamiento positivo costarricense como por sus jueces, —actitud que encontramos repetida en la mayoría de los ordenamientos y en un número importante de autores—, se fundamenta en lo siguiente:

a. un positivismo que me he atrevido a calificar como de mal entendido y para el cual no existe más que un ordenamiento jurídico (el estatal); y

b. una antigua confusión entre Derecho y Moral.

A. La doctrina italiana más reciente ha explicado la existencia de lo que se puede designar como "derecho de los particulares", expresión propuesta, como es sabido, por Cesarini Sforza (38).

Como "derecho de los particulares" se designa entonces a ordenamientos originarios constituidos

por los sujetos al margen de toda vinculación con un ordenamiento superior y, por tanto, con el ordenamiento estatal.

Para Santi Romano, "que tales ordenamientos sean posibles, no hay duda, no obstante las negaciones de quienes continúan todavía aferrados al dogma de la estabilidad del derecho" (39).

Pero para constituirlos no es suficiente la simple voluntad privada, manifestada por actos que más o menos correspondan a negocios jurídicos regulados por el derecho estatal, sino que es necesario que tales actos se concreten en organizaciones sociales, o sea, en instituciones. "No hay un verdadero y propio derecho de los particulares si no se encuadra y se sitúa en una organización o institución especial" (40).

Debemos precisar, siempre dentro de las explicaciones dadas por Santi Romano que, en nuestro criterio, la fundamental función "ordenante" o "estabilizante" del derecho no se alcanza suficien-

(35) Art. 47 del Reglamento. La compañera tiene derecho a la pensión en una situación compuesta por dos elementos: a) que no haya una viuda; y b) que hubiera convivido con el asegurado dos o cinco años; según que haya o no hijos comunes.

(36) Art. 58 del Reglamento.

(37) Ley No. 1922 de 5 de agosto de 1955, (dictada a raíz de hechos bélicos acaecidos en Costa Rica en 1955), art. 4. Concede derecho a pensión vitalicia a la "compañera o concubina" de un combatiente muerto en acción de guerra.

(38) En su magnífica obra "*Il Diritto Dei Privati*", Sforza define preliminarmente al derecho de los particulares diciendo que "es aquél que el sujeto necesita crear para regular determinados hechos de interés colectivo en ausencia o insuficiencia de la ley estatal" (op. cit. Giuffrè editore, Milano, 1963, pág. 3).

(39) ROMANO, Santi, "*Fragments de un Dictionario Jurídico*", Traduc. de Santiago Sentis Melendo y Marino Ayerra Redín, EJE, Buenos Aires, 1964, pág. 54.

(40) *Ibidem*.

temente dentro de la teoría normativa. En cambio, la teoría institucionística sí nos permite conseguir dicho resultado.

Dentro de la teoría a la que nos adherimos, institución significa "una organización que fija los diversos elementos de un ente, la posición y la función de ellos, así como también la unidad que de todo ello resulta, subordinándolos al ente del cual vienen a formar parte" (41).

En síntesis, cualquier entidad o cuerpo social que tenga un asiento estable y permanente y constituya un cuerpo por sí, con una vida propia, es una institución (42).

Toda institución, así concebida, tiene una función jurídica que no se agota en lo puramente normativo.

La familia, entonces, es una institución. Un cuerpo con vida propia, cuyos diversos elementos —con su posición y función cada uno de ellos—, se subordinan al ente.

Al dividir en dos categorías a la familia (la que se funda en el matrimonio y la que no lo tiene como base), el Derecho positivo estatal crea una familia regulada por el Derecho Privado e ignora a la familia que se integra al derecho de los particulares. Pero ambas, insistimos, son ordenamientos jurídicos.

Una correcta comprensión de los anteriores conceptos ayudaría enormemente a precisar en su exacto alcance la función del Derecho de estabilizar, fijar algunos momentos y movimientos de la vida social, sea, su función conservadora.

El jurista —creemos nosotros—, está en la obligación ineludible de comprender que tal función conservadora no puede ni debe impedir que el Derecho tenga siempre la posibilidad de renovarse y dar lugar a modificaciones "incluso radicales y profundas, de su estructura y funcionamiento. Si así no fuese, no sería vital. . . las tendencias personales y políticas de los juristas no deben inducir a una

falsa concepción de la objetiva función y misión del derecho" (43).

B. En lo que atañe a las argumentaciones que en materia de familia acuden a la antigua confusión de Derecho y Moral, quisiéramos fijar nuestra posición del siguiente modo, y siempre dentro del marco de la teoría institucional o institucionística del Derecho:

Cuando se afirma —como lo hace la Casación costarricense en sus fallos supra citados—, que el Derecho, objetivo o subjetivo, no debe plantearse o ejercitarse contra la moral, se dice algo verdadero "pero que no autoriza la consecuencia de que no se pueda considerar derecho lo que no responde a la moral. . . Que el derecho sea moral, es una exigencia (no hablemos de exigencia práctica, sino por el momento solamente de exigencia conceptual) no del derecho sino de la moral, y el derecho, por así decirlo, inmoral o injusto, no es menos derecho que el derecho moral" (44).

Entonces, para decidir si la "familia de hecho" derivada de la convivencia, puede considerarse o no como ordenamiento jurídico, hemos de prescindir —necesariamente— de que otros ordenamientos, como el del Estado o el de la Iglesia, la califiquen de inmoral o de ilícita por contraria a las buenas costumbres. Porque tal planteamiento de índole moral puede tener importancia en sede filosófica, pero no en sede de teoría general del derecho.

La familia de hecho hemos de verla desde lo intrínseco de su estructura y entonces afirmaremos su condición de ente jurídico, puesto que si tomamos el punto de vista de que no existe en las leyes estatales o, aún peor, de que éstas la reputan de ilícita, nos colocamos allende la frontera de lo jurídico.

Derecho y Moral son ordenamientos que tienen cada cual su propia esencia y no cabe la identi-

(41) ROMANO, Santi, op. cit., pág. 161.

(42) Ibídem, pág. 161.

(43) ROMANO, Santi, op. cit., págs. 166 y 167.

(44) Ibídem, págs. 181 y 182.

ficación del fenómeno jurídico con el fenómeno ético.

Y finalmente, nos permitiríamos acotar que si bien personalmente creemos en la existencia de la

"moral social", la relevancia jurídica de la moral no es intrínseca a ella, sino que proviene del ordenamiento que a ella remite y en cuanto lo hace (45).

VI. SOLUCIONES PROPUESTAS DENTRO DEL ORDENAMIENTO JURIDICO ESTATAL COSTARRICENSE.

Las anteriores consideraciones nos permiten concluir en que es deleznable la posición de ordenamientos estatales y juristas de ignorar la existencia de la familia originada en la unión libre de quienes la fundan. Y ello no sólo por cuanto tal familia es una manifestación de la vida social que ocurre, que se da en todo tiempo y lugar, sino también, y muy específicamente, porque es una institución que configura un ordenamiento jurídico en sí misma.

De ahí que no resulte ninguna afrenta ni para el Derecho estatal ni para la Moral, que aquél entre a regular determinados aspectos de la convivencia, o sea, que la califique de relevante jurídicamente y le asigne efectos jurídicos.

Concretamente proponemos —sin ninguna pretensión de ser originales—, que el Derecho positivo confiera efectos a la situación de los concubinos.

Ellos, creemos, podría hacerse por dos procedimientos:

1. equiparando la unión de hecho al matrimonio formalizado, por medio del reconocimiento judicial de la posesión de estado de los concubinos;
2. asignando efectos específicos a la convivencia en materia patrimonial, alimentaria y sucesoria.

El primero de los indicados procedimientos —el reconocimiento judicial de la convivencia que la equipara a matrimonio formalizado—, es la solución que ofrecen los ordenamientos positivos latinoamericanos citados supra.

Jurídicamente, convierte en situación de derecho lo que es situación de hecho, con lo que los convivientes pasan a ser cónyuges, obviamente con todos los derechos derivados del status de tal. El reconocimiento judicial podría hacerse por peti-

ción de una o ambas partes y el ordenamiento positivo fijaría los requisitos pertinentes (singularidad, estabilidad, publicidad, capacidad, etc.).

Esta solución, con ser adecuada, podría no resultar plenamente satisfactoria. Circunstancias de diversa índole, derivadas de una eventual situación conflictiva entre los convivientes, impedirían el reconocimiento judicial que se pretende.

Por tal motivo, nos inclinamos por la segunda opción, esto es, que independientemente de que se admita en las normas positivas equiparar judicialmente concubinato con matrimonio, el ordenamiento estatal prevea efectos específicos derivados de la convivencia.

Esos efectos han de darse, fundamentalmente, en materia patrimonial.

Por todos los razonamientos que a lo largo de este trabajo hemos ido exponiendo, proponemos que se reconozcan a ambos convivientes, derechos en el patrimonio formado con el esfuerzo común. Del propio modo que la cooperación y el mutuo auxilio de los cónyuges en la adquisición de los bienes se supone en el matrimonio regular, en la unión de hecho ha de suponerse el esfuerzo común derivado de la convivencia. El derecho de cada uno de los concubinos en este patrimonio común, será, como el de los cónyuges, a la mitad del haber patrimonial.

El derecho a percibir una pensión alimenticia debe ser también un efecto que el ordenamiento positivo asigne a la convivencia, en favor de aquél que la requiera, y en proporción a las necesidades y posibilidades de cada quien.

Por último, estimamos que el derecho al haber patrimonial debe incluir derechos sucesorios del sobreviviente en dicho patrimonio común.

El ordenamiento jurídico estatal, lo sabemos,

(45) "Lo que se denomina justicia o derecho, no es a menudo, como decía el abate Galiani, más que un equilibrio de utilidades, determinado más por fuerzas sociales que por valoraciones morales". ROMANO, Santi, op. cit., pág. 187.

difícilmente podrá ofrecer soluciones adecuadas a todos los conflictos derivados de la convivencia humana. Empero, ratificamos que, ineludiblemente, debe renovarse para ser vital. Y sólo así podrá cumplir su correcta función.

* * * * *

BIBLIOGRAFIA PRINCIPAL

- | | |
|---------------------------|---|
| BELLUSCIO, Augusto César. | <i>Manual de Derecho de Familia</i> , Depalma, Buenos Aires, 1974. |
| CASTAN TOBEÑAS, José. | <i>Derecho Civil Español</i> , Común, y Foral, Reus, Madrid, 1969. |
| CICU, Antonio. | <i>El Derecho de Familia</i> , Ediar, Buenos Aires, 1947. |
| FALZEA, Angelo. | <i>Enciclopedia del Diritto</i> , Milano, 1975. |
| | <i>Eficacia Jurídica</i> , San José, 1973. |
| GUIER, Jorge Enrique, | <i>Revista de Ciencias Jurídicas</i> , No. 22, Universidad de Costa Rica, 1973. |
| LECLERQ, Jacques. | <i>La Familia</i> , Herder, Barcelona, 1964. |
| LLORENS, Luis. | <i>Revista Notarial</i> , No. 823, Buenos Aires, 1975. |
| MORA BRENES, Luis A., | <i>La Familia de Hecho</i> , Tesis de Grado, Universidad de Costa Rica, 1976. |
| MORRIS, Desmond, | <i>El Mono Desnudo</i> , Plaza y Janes S.A., Barcelona, 1970. |
| PEREZ, Víctor y otros. | <i>La Problemática Jurídica de la Familia Costarricense</i> , Instituto de Derecho Privado, San José, 1976. |
| RIVERO, Francisco. | <i>La Presunción de Paternidad Legítima</i> , Tecnos, Madrid, 1971. |
| ROMANO, Santi. | <i>Fragments de un Dictionario Jurídico</i> , Ejea, Buenos Aires, 1964. |
| SFORZA, Cesarini. | <i>Il Diritto Dei Privati</i> , Giuffrè, Milano, 1963. |

* * * * *

CODIGOS, LEYES Y SENTENCIAS

- | | |
|---|---|
| CODIGO CIVIL DE COSTA RICA | SENTENCIAS DE LA SALA DE CASACION DE COSTA RICA |
| CODIGO CIVIL DE GUATEMALA | REGLAMENTO DE ENFERMEDAD Y MATERNIDAD Y |
| CODIGO DE FAMILIA DE BOLIVIA | REGLAMENTO DE INVALIDEZ, VEJEZ Y MUERTE, ambos de la Caja Costarricense de Seguro Social de Costa Rica. |
| CODIGO DE FAMILIA DE COSTA RICA | |
| CODIGO DE FAMILIA DE CUBA | |
| CONSTITUCION POLITICA DE COSTA RICA, 1949 | |
| COLECCION DE LEYES Y DECRETOS DE COSTA RICA | |

"EL TRASPLANTE DE ORGANOS EN SERES HUMANOS. SU REGIMEN JURIDICO".

Licda. Ligia Roxana Sánchez Boza.

"El injerto es algo así como la suma de dos vidas en una sola, o dicho de otro modo, equivale a extraer de la muerte elementos de vida".

Gmo. Colín Sánchez, UNAM.

La importancia que han adquirido las prácticas quirúrgicas de los trasplantes de órganos; traen como consecuencia la necesidad de que el Derecho les preste atención y regule sus efectos.

Estudios desde el punto de vista médico, ético y filosófico, hay en abundancia; pero el que se refiere a lo jurídico presenta un panorama poco profundizado.

En la doctrina general del Derecho se encuentran los Derechos de la Personalidad, que comprenden todo aquello que se refiera a la persona en sí misma. Estos derechos son la base de las relaciones jurídicas que nacen cuando se realiza un trasplante de órganos.

DERECHOS DE LA PERSONALIDAD

En manos del teólogo-jurista Padre Molina, con su obra "*DE IUSTITIA ET IURE*", 1773; se inicia el desarrollo de los Derechos de la Personalidad. Pero, es un enfoque negativo, porque la existencia de los mismos es negada por el Padre Molina, y considera que el hombre no tiene ningún derecho en relación a su propia vida y su propio cuerpo: es simplemente un guardador y administrador del cuerpo diferente a sus bienes y dinero, de los cuales es dueño.

El panorama cambia con Baltazar Gómez de Amezcúa, quien proclama "un derecho sobre sí mismo".

En su "*Tractatus de potesta in se ipsum*", considera que "en principio, todo le está permitido al hombre, respecto él mismo, excepto lo que expresamente conste prohibido por el Derecho". Esa facultad comprende ser dueño de todo lo referente a la vida, menos matarse; dominio de uso sobre el cuerpo y en general dominio de disponer de sí mismo, con las excepciones marcadas por la ley divina, canónica y civil.

Con el transcurso del tiempo estos derechos fueron tutelados a nivel penal y constitucional, quedando su protección civil para el futuro. Motivo de esto último fue que los códigos civiles eu-

ropeos y latinoamericanos tomaron como base el Código Napoleón de 1804; que no contemplaba estos derechos.

Costa Rica los incluyó por Ley 5476 de 21 de diciembre de 1973, que contempla la protección de:

- 1.— la integridad física;
- 2.— derecho a disponer del propio cadáver para después de la muerte.
- 3.— derecho a la imagen
- 4.— derecho al nombre.

Los Derechos de la Personalidad son aquellos que tienen como especial contenido regular las diversas proyecciones psíquicas o físicas, de la persona misma. Se pueden clasificar en corporales e incorporeales.

Los Derechos de la Personalidad incorporeales son el derecho al nombre, a la imagen, al honor, derecho moral del autor, a la esfera privada, etc.

Los corporales son los que se refieren a la persona misma y son la base de las relaciones que surgen en los trasplantes de órganos.

DERECHOS DE LA PERSONALIDAD CORPORALES

Derecho a la vida.

Es el derecho base para gozar de cualquier otro. Tiene contenido la facultad y el deber de conservar la vida. Le corresponde tutela especial en el Derecho Penal —aborto, homicidio, suicidio—; y en la Constitución Política hay disposición expresa sobre su inviolabilidad.

El artículo 1 de la Ley General de Salud, dispone que la salud de la población es un bien tutelado por el Estado. Esto porque necesariamente para gozar de la vida se requiere tener salud. Así, el Estado impone deber a todo ciudadano de cuidar su salud y la de su familia, evitando acciones u omisiones, que tiendan a perjudicarla, además de seguir todas las órdenes que en la realización de ese fin, dicten las autoridades competentes.

Derecho a la integridad física.

Es el derecho del hombre de conservar su cuerpo completo. Presenta dos aspectos:

- a) El hombre por un lado tiene derecho a exigir que su integridad física sea respetada. Se la protege ante posibles lesiones o mutilaciones, sea en el cuerpo o en alguno de sus órganos.

Cuando se debe hacer una intervención quirúrgica es necesario que el paciente manifieste expresamente su consentimiento consciente de los riesgos a que se va exponer. En este momento el respeto a la integridad física se traduce en el respeto a la voluntad de la persona.

- b) El hombre tiene derecho a disponer de su cuerpo. Este derecho lleva en sí la facultad de consentir el uso de su cuerpo, tal como el caso de los contratos de trabajo.

Es un derecho limitado por la ley, las buenas costumbres y el orden público. Se considera que el ejercicio de ese derecho no debe acarrear una disminución permanente en sus posibilidades físicas; en vista de que el cuerpo es el soporte físico, que estructura y sostiene la personalidad.

Una persona puede consentir que se le lesione para cooperar con la salud de otro, pero no lo podría hacer cuando ello le ocasione una disminución permanente de sus posibilidades físicas.

Derecho a la disposición del cadáver.

El cadáver son los restos mortales de un sujeto jurídicamente existente; es lo que fue la persona física. O aquellos restos que pertenecieron en vida a un sujeto de Derecho.

Un cadáver es un organismo inanimado, pero organizado todavía. Se está "medio muerto", pero aún se conserva algo de vida, como lo demuestra la urgencia con que extraen sus partes y tejidos, a fin de que puedan seguir viviendo sobre otros organismos.

El derecho a la disposición del cadáver se debe entender, como un derecho inherente a la vida de la persona de su titular —que no lo acompaña después de muerto— como sería el caso del nombre y el honor; porque después de muerto ha dejado de ser persona.

Destino del cadáver:

Puede tener varios caminos a seguir:

- 1.— El dueño del cadáver haya dispuesto sobre el camino a seguir sus restos, sea que

sean enterrados con ceremonia de su religión. O que sean destinados a fines científicos.

- 2.— Los herederos, a falta de disposición del dueño, tengan derecho a decidir sobre su destino.

Sin embargo, nunca podrán disponer fines a la ley, buenas costumbres o el orden público. Tal

como vender partes del cuerpo, o utilizarlo para abonos agrícolas, y aún dejarlo sin inhumar.

El derecho al propio cadáver es un residuo del Derecho de la Personalidad a la libre disposición del cuerpo; por lo que los herederos no lo pueden considerar un simple bien hereditario; además que como partícipe de los derechos de la personalidad se encuentra fuera del comercio.

ASPECTOS LEGALES EN EL TRASPLANTE DE ORGANOS

Los sujetos de la relación jurídica. ¿Quiénes pueden ser esos sujetos?

Los sujetos de relación jurídica que surgen en un trasplante de órganos son el donante y el receptor. El primero puede estar vivo o haber dejado de existir biológica y legalmente. El receptor es siempre una persona que se encuentra en un estado decadente de salud y que se ve necesitado de alguna parte sana de otra persona.

Requisitos del donante. Capacidad jurídica.

Una vez que una persona ha renunciado a su derecho de mantener su integridad física y servir como donante, debe cumplir con una serie de condiciones que la ley determina.

El donante debe poseer capacidad jurídica plena para manifestar su voluntad de enajenar un órgano de su cuerpo; para ello es necesario que su manifestación de voluntad sea libre, meditada y verdaderamente consciente. Su consentimiento debe darlo balanceando los pro y contras de su decisión, conversando con expertos en la materia, consultando con la gente común: familia y amigos y con todas aquellas personas que puedan facilitar su decisión.

Se deduce de lo anterior que los menores, incapaces mentales y aún los presos no pueden considerarse donantes idóneos para efectos de trasplante de órganos.

Los donantes fallecidos deben haber manifestado en vida, su voluntad de que su cadáver sirviera a fines terapéuticos, de estudio o científicos. La obtención de órganos y tejidos para efectos de trasplante que provienen de cadáveres presenta varias ventajas:

- a.— Que de conformidad con la definición de cadáver una vez aplicados los métodos científicos para comprobar la muerte, no hay duda de si la persona ha muerto.
- b.— La posible lesión que sufriría un donante

vivo, queda eliminada, si el órgano se toma de un cadáver;

- c.— A partir de cadáveres se pueden hacer trasplantes de órganos vitales como: corazón, hígado, intestinos, páncreas.

Cuando falta el consentimiento del dueño del cadáver, su disposición queda supeditada a la voluntad de los familiares que suelen dar su aprobación por alguna de estas razones:

- a.— La existencia de antecedentes familiares de enfermedades cardíacas o renales, o el reciente fallecimiento de algún familiar por alguna de esas afecciones.
- b.— El expreso deseo del difunto de donar un órgano o el hecho de que este género de donación estuviera de acuerdo con su carácter, ideas o en general con su modo de ser;
- c.— Que la autorización obedezca a un traumatismo causado a la familia por la muerte del donante en forma inesperada; la donación se justifica si va salvar otra vida;
- d.— Como manifestación moral o de conciencia moral.

REQUISITOS DEL RECEPTOR: Capacidad mental.

No se requiere que sean mayores de edad, pero en la práctica se prefiere receptores con capacidad plena. El sano juicio que manifiesten dará como resultado una inteligencia completa del estado de salud que tienen; porque deben estar dispuestos no solo a la intervención quirúrgica, sino a cooperar con su deseo y fuerza de voluntad, en los días posteriores a su operación que les podrán exigir grandes sacrificios por posibles sufrimientos de dolor o malestar general que sobrevenga.

En la elección del receptor entran en juego:

- a.— La edad;
- b.— La ausencia de enfermedades generales o consuntivas;

- c.— El espíritu de cooperación de enfermo y de sus familiares; y
 - d.— Las posibilidades de rehabilitación. Considerado como un punto difícil de evaluar.
- Para proceder en nuestra legislación a realizar un trasplante se requiere que:
- a.— Los métodos terapéuticos usuales hayan sido agotados y no exista otra solución para devolver la salud al paciente.
 - b.— Al receptor se le debe informar suficientemente por los médicos que tengan a su cargo el trasplante, de los riesgos y consecuencias de la operación.
 - c.— También se debe informar al receptor o su representante que una vez realizado el acto quirúrgico del trasplante su consentimiento se tornará definitivo e inobjetable;
 - d.— Cuando el receptor sea incapaz mental o menor de edad, la información se debe dar a sus representantes; y
 - e.— La aceptación del receptor deberá constar por escrito. Si no supiere firmar la persona que debe consentir se deberá dejar constancia de ello, y el médico a cargo del equipo que va a realizar el trasplante deberá firmarla junto con dos testigos.

Extensión del derecho del donante y del receptor respecto a la vida.

Ambos participantes en la operación del trasplante de un órgano —donante y receptor— ponen en juego el tiempo que va a durar su vida. El primero porque permite —en vida— que le sea extraído un órgano, que por disposición de la naturaleza debfa funcionar en conjunto con su par. El receptor porque aún cuando su dolencia sea muy grave, se arriesga a sufrir complicaciones durante la intervención quirúrgica que corte en forma definitiva su vida o que entre los efectos postoperatorios hagan su vida más dolorosa.

El receptor en general no tiene mucho que perder, puede seguir viviendo algunos años, tal vez meses; sufriendo la carencia del órgano sano, o puede asentir someterse a un trasplante o viviendo con dolencias por efectos postoperatorios.

Pero si el receptor no tiene mucho que perder, el donante sí. Sólo una base social y humana sustenta el hecho de que una persona sana se lesione o muestre para permitir a otro que viva; porque en el momento que lo intervienen quirúrgicamente se expone a perder su vida o quedar con lesiones de considerable gravedad.

De modo que el donante tendrá derecho a dis-

poner de su vida, siempre que se demuestre que la operación del trasplante es manifiestamente útil, y que su sacrificio no quedará en el aire.

FORMA DE LA RELACION JURIDICA.

El vínculo jurídico que une a donante y receptor puede ser un contrato de venta o de donación. El primero ocasiona repulsa en la mayoría de las legislaciones, por el carácter social y humano que reviste un trasplante: su fin es salvar vidas.

Considerada la donación como el contrato apto en estas relaciones, se pregunta en doctrina cuáles condiciones debe contener respecto del receptor. Entre ellas se cita que sea normal que el receptor se hiciera cargo de los gastos de la operación y del tratamiento postoperatorio en caso de complicaciones, aún más comprometerse con los herederos del donante para sufragar perjuicios que resultaren de complicaciones tardías o de la muerte.

En realidad, los gastos pueden ser sufragados por el receptor, pero ya comprometerse a pagar aquellos que surjan en el futuro por complicaciones, y aún hacerse cargo de ellos con respecto a los herederos debe considerarse demasiado gravoso y nugatorio del beneficio que recibiría el receptor.

FORMALIDADES DEL CONSENTIMIENTO.

El donante si aún está vivo puede dar su permiso ante los directores de establecimientos hospitalarios. Debe hacerlo por escrito y si no supiere firmar debe darlo ante el mismo director quien tendrá que levantar una acta y firmarla con dos testigos. Si reúne las condiciones apuntadas anteriormente, no se presentaría ningún problema. Pero, cuando se encuentra el donante entre la vida y la muerte —y estando mantenido con medios artificiales—, el hecho de haber dado su consentimiento previamente o portarlo en una tarjeta, es de suma importancia.

En realidad, la autorización del donante, además, de darse por escrito, debería otorgarse ante dos testigos, y aún mejor, se debería redactar un formulario donde exprese su consentimiento consciente de sus deseos y con su firma autenticada por un abogado. Y, para eludir problemas futuros sobre la responsabilidad del médico, hacer una observación tanto verbal como escrita, y en forma insistente sobre su posibilidad de cambiar de opinión en cualquier momento.

Todo retiro de órganos y materiales anatómicos, así como su utilización sólo podrán ser efectuados por personal especializado para tal fin; y en

los centros hospitalarios que determine el Poder Ejecutivo, Los requisitos que deben reunir estos establecimientos es tener instalaciones y equipos necesarios y la asistencia de los profesionales especializados, que se considerarán responsables de las operaciones.

RIESGOS DE LA RENUNCIA AL DERECHO A LA INTEGRIDAD FISICA.

Consecuencias de la renuncia:

Tanto el Código Civil en su artículo 27 y la Ley de Trasplantes permiten que una persona renuncie al derecho a la integridad física. Cada operación a que se somete el donante, representa para él un cierto riesgo físico, porque surge el peligro de perder su salud cuando se encuentra normalmente sano. Podría darse las siguientes posibilidades:

- 1.— Riesgo inmediato;
- 2.— Invalidez parcial permanente;
- 3.— Amenaza para su vida, en el caso de que el donante muera en la sala de operaciones o a consecuencia de una complicación postoperatoria; y
- 4.— Que padezca en el futuro en su órgano par restante.

El donante, entonces, no sólo pierde el factor de seguridad y reserva que proporciona el segundo órgano par sino que sufre también todas las consecuencias de una importante operación abdominal. Puede quedarle un sentimiento de mutilación o pérdida al despertar y encontrar que en lugar de su otro órgano par, le ha quedado una cicatriz. Es necesario que exista un razonable equilibrio entre los riesgos y la probabilidad de éxito de la operación. El beneficio que reciba el receptor debe superar el sacrificio orgánico del donante.

Problemas y posibilidades de sobrevivir del receptor.

Su importancia tiene relación en comprobar si el sacrificio del donante encuentra equilibrio con el beneficio del receptor.

Entre los primeros problemas que encuentra el receptor es la localización del donante idóneo. En el caso nuestro se aumenta el problema por la exigencia de la ley de que el donante y receptor deben ser parientes.

Además, en la decisión del médico irá incluido el pensamiento sobre a quién debe conceder el beneficio de recibir un nuevo órgano. Entran en juego consideraciones de edad, costo de la opera-

ción; a quien correspondería cubrirlo: al receptor, su familia o al Estado.

La condición psicológica del receptor debe ser tomada en cuenta en el punto tocante a riesgos. Así, si existe un enfermo pro insuficiencia renal, ha de tomarse en cuenta, cuál es su estado psíquico en relación a su familia y a él mismo. Si el trasplante sustituirá el tratamiento en sí, o si en su lugar, desembocará en las tensiones, frustración o angustia que al final le provocarán serios trastornos. Por esto la selección de pacientes debe ser con base en los factores emocionales y caracterológicos, que deberán ser balanceados en el momento de la decisión.

DETERMINACION DEL MOMENTO DE LA MUERTE.

Cuando se van a realizar trasplantes con órganos vitales la comprobación de la muerte de una persona, puede presentar problemas, porque como lo mencionamos antes, la muerte no se da en un mismo momento en forma total.

La definición determinante de muerte es la que considera que la cesación irreversible de los sistemas nervioso, circulatorio y respiratorio es la muerte.

Sin embargo, actualmente con los medios artificiales para mantener con vida a personas que han sufrido graves accidentes, se presenta el problema de que estas personas han muerto cerebralmente, que es la cesación completa e irreversible de la función cerebral, y que poco a poco irá llevando la muerte a todo el organismo.

Generalmente las personas que mueren por lesiones irreversibles del cerebro, continúan viviendo pero con esos aparatos artificiales, y, se muestran como donantes idóneos para trasplantes de órganos vitales.

De modo que la muerte puede ser por la primera definición o por la de muerte cerebral, siempre y cuando desconectados los medios artificiales todas sus funciones vegetativas cesen. Es bueno anotar que una individuo descerebrada ya no volverá a ser persona.

La determinación deberá ser determinada por dos médicos, como mínimo, y deberán ser diferentes de los facultativos que realizarán la extracción del órgano y el trasplante.

La necesidad de anotar cuáles debían ser los puntos que debían tomarse en cuenta en cuanto a los riesgos y consecuencias, que sufrirían donante y receptor, por causa de la operación del trasplan-

te, ha sido explicada. Otro punto de interés es la posibilidad de ampliar las posibilidades de donantes en vida. También que se funden algunos bancos de órganos en Centroamérica, con el fin de hacer efectiva nuestra legislación sobre trasplantes.

LA ACEPTACION DE LA LETRA DE CAMBIO

Dr. Gastón Certad.

CONTENIDO:

1. Importancia de la aceptación. Sus dos aspectos	70
2. La aceptación ordinaria. Concepto	70
3. La aceptación y la relación fundamental: El deudor no está obligado, salvo pacto en contrario, a aceptar la letra de cambio librada por su acreedor	70
4. La presentación para la aceptación. Sus características. La segunda presentación	72
5. Forma de la aceptación	73
6. Contenido de la aceptación	75
7. La facultad de revocar la aceptación antes de la restitución del título	77
Conclusiones	78
Bibliografía	81
Códigos, leyes, decretos y tratados	82

1. IMPORTANCIA DE LA ACEPTACION. SUS DOS ASPECTOS:

"Puesto que la letra de cambio es una orden de pago, una asignación (assegno), como dicen los italianos, que dirige el girador al girado para que cubra al legítimo tenedor del título una suma de dinero; puesto que el girador no contrae por lo mismo ninguna obligación directa, garantizando sólo el cumplimiento del hecho de un tercero, quien por otra parte no interviene en la letra asumiendo obligación alguna, precisa que la letra, ya existente como tal en virtud de la declaración originaria del que la emitió, se presente al girado para que diga si la acepta" (1).

Con la aceptación, la estructura cambiaria, el esquema esencial de las relaciones allí insertas, encuentra su complemento lógico-jurídico, en cuanto el tercero, a quien el librador ha dirigido la orden de pagar, promete, de manera formal en el título, cumplir y, por consiguiente, no sólo aumenta el número de los coobligados sino que centraliza en sí mismo la figura del deudor principal.

La aceptación puede ser considerada bajo dos aspectos: aceptación ordinaria, que es obra del librado, y aceptación extraordinaria, que proviene del interventor.

Dada la naturaleza y los fines perseguidos por este estudio, nos avocaremos aquí a estudiar únicamente la primera de esas dos formas de aceptación.

2. LA ACEPTACION ORDINARIA. CONCEPTO.

La aceptación ordinaria es aquella "declaración cambiaria mediante la cual el librado, acogiendo la orden que le ha dado el librador, se convierte en obligado principal y directo del pago del título (2).

Antes de la aceptación, el librado no es sino un tercero respecto al cual el librador ha prometido la prestación, y que por lo tanto, a la luz de los principios generales, no está compelido a obligarse frente al tenedor. El librado podría ser responsable frente al librador en vía civil o mercantil, ya por que hubiere recibido de éste la "provisión de efec-

tos" o por otros pactos con él concluidos; pero hasta que no haya aceptado, no es obligado cambiario pues falta en el título su declaración escrita de la cual únicamente, según los modernos sistemas legislativos inspirados en el Reglamento Uniforme de Ginebra, puede nacer su obligación cartular (3).

De más no está decir que la aceptación, al igual que las restantes declaraciones cambiarias, es una declaración de voluntad negocial unilateral no recepticia.

Una parte de la doctrina, erróneamente, ha llegado a afirmar que el librado, antes de firmar la aceptación, "es extraño a la letra de cambio" (4). Pero recuérdese que su nombre debe ser indicado por el librador en el título y que, además, a él se le hace la presentación del mismo para la aceptación y el pago. Más exactamente el librado no aceptante debe ser considerado como un tercero porque permanece fuera de los vínculos personales cambiarios, pero su figura está sin lugar a dudas incluida, inmersa, en el esquema de la función operante del título (5).

Otra nota de carácter general a propósito del aceptante es que éste "*se obliga a pagar la letra de cambio a su vencimiento*" (artículo 753, sección primera) y por lo tanto, asume la obligación principal directa (como más tarde lo admite expresamente el citado artículo 753 en su párrafo segundo). Así las cosas, sólo desde un cierto aspecto puede considerarse la aceptación como un "instituto de garantía" (6), en el sentido de que, el librado no aún obligado cambiario, se convierte en tal precisamente con la aceptación, asumiendo con su firma la obligación cambiaria por el librador.

3. LA ACEPTACION Y LA RELACION FUNDAMENTAL: EL DEUDOR NO ESTA OBLIGADO, SALVO PACTO EN CONTRARIO, A ACEPTAR LA LETRA DE CAMBIO LIBRADA POR SU ACREEDOR:

¿Estará obligado el deudor a aceptar la letra de cambio y a permanecer de esta manera cambiariamente obligado? Es este un punto en el que

(1) DE J. TENA, Felipe, op. cit., p. 489.

(2) DE SEMO, Giorgio, op. ult. cit., p. 367.

(3) RODRIGUEZ R., Joaquín, op. cit., p. 315.

(4) BONELLI, op. cit., p. 136.

(5) En este mismo sentido ANGELONI, V., op. cit., p. 239.

(6) Así decididamente Vidari, "*Corso di Diritto Commerciale*", VII, 5 Ed. Milano, 1905, No. 6649; LESCOT, op. cit., No. 106 ss.; PERCEROU et BOUTERON, op. cit., No. 98.

existen grandes divergencias entre los autores, y también en la jurisprudencia italiana. Según una autorizada opinión, el librado estaría en todo caso obligado a aceptar la letra, aún si no ha sido autorizada; en otras palabras, esta corriente admite la emisión de la letra no autorizada en consideración al hecho de que, siendo el librado el deudor, no tendría para él ninguna importancia la diferencia existente entre los obligados provenientes del título cambiario y aquellos que provienen del derecho común (7). Otra opinión se refiere a algunos usos comerciales los cuales permitirían que el acreedor pueda librar una letra de cambio a la vista sobre su deudor aún sin autorización (8). La opinión más rigurosa, por último, basándose en el principio de que no es lícito que el acreedor agrave la situación del deudor, como sucedería si éste fuere encerrado por aquél entre los férreos barrotes del rigor cambiario, sostiene que sólo en el caso en que el librado haya preventivamente autorizado al librador a emitir la letra, él asume la promesa de ejecutar el futuro pago, por medio de la letra misma (9). Nuestra opinión es favorable a esta última corriente: no hay duda de que el aceptante asume una responsabilidad mucho más severa que aquella que le derivaría del derecho común, no sólo por la eficacia ejecutiva inherente a la letra de cambio, sino también por el carácter abstracto y autónomo de la obligación cambiaria, de donde el aceptante no puede oponer al tercero portador de buena fe las excepciones personales que le competirían frente al librador, su acreedor.

De la tesis sostenida deriva la consecuencia de que, si el deudor ha rechazado la aceptación de una letra de cambio no autorizada, no sólo no está obligado a resarcir ningún daño ni perjuicio al acreedor, sino, por el contrario, podrá accionar a tal título en su contra. Sin embargo la autorización podría resultar de un pacto especial, expreso o tácito, y en tal hipótesis el librado que rechazara la aceptación estaría obligado al resarcimiento frente al librador, sin asumir, claro está, la cualidad de

obligado cambiario, la cual está necesariamente subordinada a su firma de aceptación (10).

Tratemos de ser aún más claros y explícitos y veamos cómo funciona este instituto de la aceptación: en la orden que en la letra de cambio el librador dirige al librado, está contenida la promesa del primero de hacer pagar al segundo. Pero la obligación que alguien asume frente a otro, prometiendo el hecho de un tercero, no puede constituir un vínculo a cargo del tercero, ni atribuir ningún derecho en su contra; da únicamente derecho frente al prometiende, si el tercero se niega a cumplir la obligación (artículo 1027 Código Civil). El prometido debe por lo tanto exigir el cumplimiento al tercero: si el tercero cumple, el prometiente resulta liberado; si el tercero no cumple la obligación de cumplimiento o la de indemnización recae sobre el prometiende.

En la letra de cambio, prometiende es el librador, prometido el tenedor y tercero el librado: debe entonces el tenedor, o quien haga sus veces, presentarse ante el librado a solicitar el cumplimiento; si éste cumple, la obligación es satisfecha y el librador resulta liberado; si se niega, el tenedor, o quien haga sus veces, tiene derecho de dirigirse al librador exigiéndole el cumplimiento.

El librado, aún si fuere deudor del librador, aún si estuviere previamente obligado ante el librador a aceptar y pagar la letra de cambio y lo haya autorizado a emitirla sobre él por aquella suma y por aquél determinado plazo, no se convierte por ello en obligado cambiario frente al tenedor, ni frente al librador mismo. El puede llegar a serlo, si quiere, aceptando, o sea, poniendo en la letra su firma; pero si no quiere, y se niega a aceptar, no incurre por ello en ninguna sanción cambiaria.

La aceptación es, por lo tanto, una obligación cambiaria cuya existencia no es sin embargo necesaria para la existencia de una letra de cambio válida; y en verdad, el artículo 727 exige, en el inciso c, como requisito de la letra "el nombre de la persona que ha de pagar (librado)", pero no su firma!

(7) BIGIAMI, Walter, "Cambiali tratte su debitore senza autorizzazione", en *Diritto e Pratica Commerciale*, I, 1942, p. 13; "Tratta senz'autorizzazione: epilogo", en *Banca, Borsa e Titoli di Credito*, I 1942, p. 36; ARENA, Andrea, "Sull'autorizzazione a trarre mediante cambiali", en *Rivista di Diritto Commerciale* II, 1940, p. 322; y "La Cessione della c.d., provvista cambiaria", Milano, 1935; en la *Jurisprudenza Italiana*: Apelación de Milano de 7-1-1936; Apelación de Brescia del 7-5-1937; Sentencia del Tribunal de Lecce, del 3-5-1949.

(8) NAVARRINI, U. - PROVINCIALI, R., op. cit., No. 147; en la *Jurisprudenza Italiana*: Apelación de Génova del 22-1-1937; Apelación de Caltanissetta del 20-12-1937.

(9) DE SEMO, Giorgio, op. cit., p. 369; ANGELONI, Vittorio, op. cit., No. 126; BRACCO, "In tema di Autorizzazione a trarre cambiali", en *Rivista di Diritto Commerciale*, II, 1940, p. 501; y "Ancora sulla Emissione di Tratta non autorizzata", en la *Rivista cit.*, 1942, II, p. 193.

(10) DE SEMO, Giorgio, op. cit., p. 371; BONELLI, op. cit., No. 135, 145; NAVARRINI - PROVINCIALI, op. cit., 147; ANGELONI, V., op. cit., p. 239; DE J. TENA, Felipe, op. cit., p. 489.

La letra de cambio existe una vez firmada por el librador, y produce irrevocablemente todos sus efectos apenas llega a manos del tenedor; la aceptación que sucesivamente haga el librado no añade nada a la perfección y a la eficacia de la relación; agrega únicamente otro obligado que, si bien asume respecto al librador la posición de obligado principal —librador que es y siempre permanece obligado subsidiario (en vía de regreso)—, no es un obligado necesario.

La emisión de una letra de cambio puede ser previamente autorizada por el librado, o por el librador y librado, y puede constituir objeto de un pacto especial contenido en el contrato del que ha nacido el crédito del librador frente al librado (como en el caso en que el comprador se obliga a pagar el precio, o los abonos al precio, a presentación de letras de cambio libradas sobre él por el vendedor); pero una previa autorización no es requerida como condición necesaria, ni para la eficacia cambiaria, ni para la licitud de la emisión.

Respecto al librado, el hecho de que el librador haya emitido en su contra una letra de cambio sin la previa autorización es en sí y por sí irrelevante, porque él siempre tiene la libertad de rechazar la aceptación sin incurrir en ninguna consecuencia.

"En caso que el librado haya previamente autorizado al librador a emitir la letra en su contra, tal autorización... puede tener el valor de una promesa de efectuar, mediante la letra, un futuro pago, promesa que produce efectos obligatorios desde el momento en que es aceptada por el destinatario..." (11). Y entonces la falta de aceptación puede constituir un incumplimiento de aquella promesa anterior y convertir al librado en responsable para el resarcimiento de los daños y perjuicios.

"La autorización para emitir una letra de cambio por una determinada suma puede constituir también un reconocimiento de deuda, productor del efecto de dispensar a aquél a favor de quien fue hecha, de la carga de probar la relación fundamental..." (12).

4. LA PRESENTACION PARA LA ACEPTACION. SUS CARACTERISTICAS. LA SEGUNDA PRESENTACION:

Se trata éste de un acto facultativo; principio lógico y oportuno ya que el tenedor bien puede satisfacerse con la sola firma del librador o de un endosante, o prever un rechazo que, desacreditando el título, obstaculizaría su descuento, o preferir entre tener en sus propias manos el documento, para no tener que expedirlo en una plaza lejana, con los correlativos riesgos. Es este el motivo por el cual la ley, en su artículo 746, establece la regla general de que "mientras la letra de cambio no haya vencido, el tenedor o un simple portador podrá (el subrayado es nuestro) presentarla para su aceptación por parte del librado..."

El sujeto activo, legitimado a la presentación, está indicado en una forma bastante restringida —en comparación con la usada por otros ordenamientos jurídicos—: ante todo el tenedor, y por último el simple portador, por el cual debemos castizamente entender, el endosatario actual. Mucho más amplia es la fórmula usada por el Reglamento Ginebrino que, en su artículo 21 dice: "...*par le porteur ou meme par un simple détenteur*". Igual disposición contiene la legislación italiana sobre la materia, artículo 26: "...*dal portatore o da un semplice detentore*..." Por portador debemos aquí entender sea el tenedor, sea el endosatario actual; y así, el simple detentador sería aquel que, no resultando legitimado formalmente como acreedor cambiario, se encuentre en una relación meramente material con el título (como por ejemplo cualquier encargado del portador; o un endosatario en blanco que no se haya legitimado poniendo su propia firma sobre la letra; etc.). Más exacta nos parece la terminología de los legisladores ginebrinos e italianos, ya que de la letra de nuestro Código salta la duda de si el simple detentador está legitimado o menos para la presentación. Si aplicáramos el rigor semántico (13), éste quedaría excluido; pero con vista a lo dicho líneas atrás (14) adherimos a una interpretación amplia

(11) ANGELONI, V., op. cit., p. 241.

(12) ANGELONI, V., op. cit., p. 242.

(13) El Diccionario de la Lengua Española cit., define al detentador como aquél "que retiene la posesión de lo que es suyo, sin título ni buena fe que pueda cohonestarlo" y al portador como el "tenedor de efectos públicos o valores comerciales, que no son nominativos, sino trasmisibles por endoso, por estar emitidos a favor de quienquiera que sea poseedor de ellos".

(14) Ver supra No. 1.

del término "portador", en modo tal de incluir en él al simple detentador. Pero la regla de que la presentación es facultativa sufre, en determinados casos, una doble derogación en cuanto ella puede ser impuesta por la ley o por la voluntad privada, o ser prohibida por esta última.

La presentación es impuesta por la ley tratándose de letras a plazo cierto desde la vista, que deben ser presentadas para su aceptación en el término de un año a partir de su fecha. Aquí puede sin embargo interferir la voluntad del librador o la de los endosantes, pudiendo el primero acortar o prolongar tal plazo, y los segundos sólo acortarlo. Pero esta voluntad puede presentarse en cualquier tipo de letra, en cuanto el librador puede establecer que ella sea presentada para la aceptación, fijando o no un plazo; tal facultad la tienen también los endosantes, salvo que el librador haya expresamente declarado la cambial no sujeta a aceptación (artículo 747, párrafos 1 y 4).

La presentación puede ser prohibida por el librador excepto en el caso de letra domiciliada —aquella pagadera en localidad distinta a la del domicilio del librado— (15) o de aquella librada a plazo cierto desde la vista. El librador puede también disponer que la presentación para la aceptación no se realice sino antes de una determinada fecha (artículo 747, párrafos 2 y 3). Esta regla y la relativa excepción se justifican por el hecho de que algunas veces el librador tiene interés en no perjudicar el título con un posible rechazo de la aceptación, o se propone aplazar la "provisión de fondos" al librado poco antes del vencimiento, o la presentación le resulta conveniente para que el librado sea informado y puesto en grado de suministrar la provisión de fondos al tercero, o nombrar un tercero (artículo 752) para el pago, o, en las letras a plazo cierto desde la vista, en que se inicie con la presentación el transcurso del término mencionado.

Generalmente están excluidos de la presentación para la aceptación, las letras a la vista, porque ellas vencen con la presentación misma (artículo 759, párrafo primero).

En cuanto al tiempo, por regla general, la presentación puede hacerse cualesquiera de los días anteriores a aquel del vencimiento (artículo 746); para las letras a plazo cierto desde la vista, como

ya sabemos, un año a partir de su fecha (artículo 748). Pero el librador tiene la facultad o no de fijar un término (artículo 747, párrafo 1), es decir, puede establecer que la letra sea presentada en un día determinado, o antes o después de éste. Análoga facultad tienen los endosantes (artículo 747, último párrafo). Y el término fijado por el librador vale en su favor y en el de todos los endosantes que no hayan fijado un término diverso (16); el término fijado por un endosante, por el contrario, vale sólo en su favor (artículo 793, último párrafo).

En cuanto al lugar de la presentación, ella debe hacerse en el domicilio del librado (artículo 746). Cuando tal indicación no esté contenida en el título, la suplirán las presunciones del párrafo tercero del artículo 728, o sea, el lugar indicado junto al nombre del librado, que al efecto se considera domicilio de éste.

Legitimado pasivo a la presentación es el librado o su representante (en caso de ausencia o de incapacidad) o sus herederos.

Exhibida la letra, sin obligación de entrega al librado (artículo 749, párrafo 2), éste tiene derecho de pedir una segunda presentación al día siguiente de la primera (artículo 749, párrafo 1). Es esta una disposición muy útil, tanto para el librado como para el tenedor: para el librado, porque de tal manera se encuentra ante la posibilidad de convalidar su propia posición frente al librador y, además, de cerciorarse, con un rápido medio de comunicación, de la legitimidad de la firma de aquél; para el tenedor, en cuanto el librado puede el día sucesivo conceder la aceptación que de otra forma hubiera rechazado.

5. FORMA DE LA ACEPTACION:

La aceptación, por los efectos que de ella derivan sobre el entero nexo cambiario en el que introduce al librado como obligado principal directo, debe revestir la forma que la ley prescribe para que el librado tenga plena conciencia de la rigurosa responsabilidad que él se apresta a asumir; de modo que su figura no pueda confundirse con la de otros codeudores que generan incertidumbres, eventualmente irremediables, sobre la esencia de su obligación. Por lo tanto, como exige toda declaración que goce de valor cambiario, es necesario ante to-

(15) Ver supra No. 40.

(16) Conforme, DE SEMO, G., op. cit., p. 374; ANGELONI, V., op. cit., p. 248.

do que la aceptación esté escrita en la letra de cambio (artículo 750, párrafo primero). En segundo lugar, es necesario que la voluntad de aceptar esté expresada con la palabra "acepto" o cualquier otra equivalente, como "aceptado", "visto", "pagaré", "apruebo", etc., y con la firma del librado (17).

En atención a lo expuesto, de una aceptación escrita y firmada por el librado en una hoja separada puede nacer una obligación que tenga por objeto el pago de la suma cambiaria; pero se trata de una simple obligación civil, que tiene como fundamento la relación existente entre librador y librado, o la que puede existir entre tenedor y librado, y no de una obligación cambiaria. Lo mismo podríamos decir de una aceptación dada verbalmente (18).

En lo que atañe a la colocación, la firma de aceptación puede ponerse ya en la cara anterior, ya en la posterior del título, porque la ley, a este respecto, sólo exige que la aceptación sea escrita "en el título" (artículo 750, párrafo 1 cit.). Generalmente, ella se escribe en el anverso del título; tanto así que la ley, tomando en cuenta esta costumbre, declara que la simple firma del librado (puesta en el anverso de la letra) "es equivalente a la aceptación" (artículo 750, párrafo 1); y ello vale aún para la letra a plazo cierto desde su vista, en cuyo caso debemos admitir que la simple firma vale como aceptación y como "visto" a los efectos de activar el plazo inicial de vencimiento. De modo que, en este tipo de letras, el librado que no intente aceptarla, sino solo vistarla a fin de hacer correr el término para el pago, debe unívocamente declararlo con la fórmula "visto pero no aceptado" o "visto al solo efecto del transcurso del término" u otras similares, en cuanto que la sola expresión "visto" valdría también como aceptación (19). Si por el contrario la firma del librado aparece en el reverso del título, si el nexa cambiario lo permite, puede considerarse como firma de endosante o coendosante.

De cuanto hemos dicho también se deduce que, ordinariamente, no es necesario que la aceptación sea fechada. Sólo en las letras pagables a plazo cierto desde la vista, y en aquellas en las cuales el librador o un endosante hayan, mediante cláusula

especial, establecido un término para la presentación, la aceptación deberá llevar la fecha del día en que se dio (artículo 750, párrafo 2).

En el primer caso, la necesidad de la fecha de la aceptación depende, obviamente, de la necesidad de determinar la fecha de vencimiento. En el segundo caso depende de la necesidad de evitar un acuerdo entre tenedor y librado (en el caso, se entiende, en que prácticamente el librado no tenga nada que perder), dirigido a salvar al primero de la caducidad en que hubiere ya incurrido por no haber presentado la letra para su aceptación en el término debido.

En estos dos casos, entonces, la aceptación debe ser fechada, "salvo que el tenedor exija que se ponga la fecha en que fue presentada. A falta de fecha, el portador, para conservar sus derechos a recurrir contra los endosantes y contra el librador, hará constar la omisión mediante un protesto, levantado en tiempo hábil" (artículo 750, sección 2). De esta disposición se deduce que la falta de fecha recae sobre el portador, porque, en el caso de letras pagables a plazo cierto desde la vista, si el aceptante, al vencimiento, no paga, el portador se encuentra en la imposibilidad de demostrar que él realizó la presentación en tiempo útil, al no poderse comprobar cuál es el día del vencimiento si no resulta el día en que se realizó el "visto"; y en el caso de letras para cuya presentación estaba fijado un plazo, se encuentra en la imposibilidad de haberlo observado. Por lo tanto, si al vencimiento el aceptante no paga, el portador no puede recurrir contra el librador y contra los endosantes, porque no puede dar la prueba de las condiciones que, para el ejercicio de tal acción, requieren los artículos 766, 776 y 793. Para evitar tal consecuencia está la regla del comentado párrafo segundo del 750, mediante la cual el portador conserva tales derechos, bien exigiendo del aceptante que no quiera poner la fecha de la aceptación que indique en la letra la fecha de la presentación, bien levantando protesto, en tiempo útil, de tal omisión. Pero tal disposición va unida, respecto a la letra a plazo cierto desde la vista, con la del artículo 760 párrafo 2, según el cual "a falta de protesto, toda aceptación que no lleve fecha se considerará dada, respecto del aceptante (el subrayado es nuestro), el

(17) Sobre la firma del librado vale cuanto se ha dicho respecto a la firma del librador; ver *supra* No. 44.

(18) ANGELONI, V., op. cit., p. 250.

(19) DE SEMO, Giorgio, op. cit., p. 376; ANGELONI, V., op. cit., p. 250.

último día del plazo señalado para la presentación de la misma para su aceptación" (en relación al artículo 748). Y entonces, de la coordinación de las dos citadas disposiciones, tenemos que: frente al librador y a los endosantes (obligados en regreso), la falta de la fecha de la aceptación sólo puede ser suplida con el protesto (artículo 750, párrafo 2); mientras que frente al aceptante, es decir, a los efectos del vencimiento, opera siempre, a falta de protesto, la citada presunción del artículo 760, párrafo 2; presunción que, para la mejor doctrina (20), tiene la categoría de "iuris tantum", en el sentido de que puede ser vencida por la prueba contraria de que la presentación se realizó después del término indicado, en modo de impedir la caducidad de la acción de regreso.

6. CONTENIDO DE LA ACEPTACION:

El contenido de la aceptación está, en líneas generales, previamente fijado por la ley (artículo 751), la cual contempla al mismo tiempo las consecuencias que se derivan de la trasgresión de sus preceptos.

La aceptación es por su naturaleza una manifestación de voluntad emitida en consideración a otra precedente manifestación de voluntad ajena, dirigida a provocarla: es característicamente una respuesta afirmativo-adhesiva. Por ello, el contenido de la aceptación del librado debe corresponder al contenido de la orden que el librador le ha dirigido: si el librador acepta poniendo en su aceptación una condición, o introduciendo una declaración dirigida en cualquier forma a modificar el tenor de la cambial, o sea dirigida a asumir una obligación diversa de aquella asumida a su cargo por el librador, la suya no es una aceptación arreglada a derecho. De ahí que la ley exija que la aceptación deba ser "pura y simple", o sea, incondicional (artículo 751, párrafo 1). Es esta una exigencia ya estudiada a propósito de la declaración del librador (21) y que aquí se repite en aras del rigor cambiario y a tutela de la segura "liquidez" y de la pronta exigibilidad del crédito cartular. Debemos notar que el aceptante, por el hecho de la aceptación, se convierte en deudor principal y directo; y mal se encontraría esta condición suya si subordináramos la eficacia o la resolución de la

correlativa obligación, al verificarse de un advenimiento futuro e incierto, positivo o negativo.

Mientras la prohibición de condiciones es absoluta, el librado tiene la facultad de "limitar" la aceptación a una parte de la cantidad (artículo 751, párrafo 1). Esta concesión puede resultar útil al mismo librado que, por sus relaciones personales con el librador o por escasa disponibilidad de medios, no quiera vincularse cambiariamente por el entero importe del título; de otra parte, puede también favorecer al portador, al mismo librador, y a los otros obligados en regreso, que tendrán como obligado cambiario suyo, si bien parcialmente, al aceptante, contra quien, en caso de pago total, podrán dirigirse con acción directa para el reembolso de la parte por él aceptada (artículo 791). Claro está que, en relación a la parte que quedó descubierta por la aceptación, ésta se tendrá por rechazada y el portador deberá por ella levantar el respectivo protesto a fin de evitar la decadencia de la acción cambiaria. También debemos considerar como aceptación limitada aquella que suprime la promesa de intereses que haya sido introducida en la cambial por el librador, a norma del artículo 731, porque tiene el efecto de limitar a la sola suma cambiaria, el "quantum" aumentado por los intereses que, de otra manera, se adeudaría (22).

Pero, además de las hipótesis ya examinadas de contenido modificado de la aceptación, la ley prevé otras estableciendo sus consecuencias en relación a los efectos de la obligación del aceptante: "Cualquiera otra modificación introducida por la aceptación en el texto de la letra de cambio, equivaldrá a una negativa de aceptación. Esto no obstante, el aceptante quedará obligado con arreglo a los términos de su aceptación" (artículo 751, párrafo 2). Las variaciones del texto cambiario pueden ser, por ejemplo: el aceptante indica un vencimiento diverso, o cambia el lugar de pago, etc.

Un serio problema ha surgido en doctrina sobre el significado de las palabras "cualquiera otra modificación" que se leen en la norma trascrita. Se pregunta si tal expresión incluye también a la aceptación condicionada a que alude el párrafo primero del repetido 751, o si, por el contrario, la excluye. Las consecuencias que se derivan de una u otra

(20) DE SEMO, Giorgio, op. cit., p. 378; NAVARRINI - PROVINCIALI, op. cit., No. 155.

(21) Ver supra No. 33.

(22) En este mismo sentido ANGELONI, V., op. cit., p. 253.

solución son notables y muy distintas: si se acoge la primera, lógicamente debemos argumentar que aún el aceptante bajo condición "quedará obligado con arreglo a los términos de su aceptación"; de sostenerse la segunda, tendríamos que admitir la nulidad de la aceptación condicionada.

El escritor Angeloni, con fundamento en el texto italiano que resulta idéntico al nuestro, adopta la solución afirmativa diciendo que la expresión "cualquiera otra modificación" está referida a la sola limitación de la suma, de modo que, siendo característicamente la aceptación una respuesta afirmativo-adhesiva, si se hace condicionalmente, no es aceptación sino negativa de aceptación, produciendo todos los efectos legales, entre los que está, fundamentalmente, el de que el portador pueda ejercer la acción de regreso contra los endosantes, o contra el librador y los otros obligados a norma del artículo 766. Así las cosas, la aceptación condicionada no produce ni los efectos que produce la obligación condicional originaria del librador —que la hacen inexistente, (artículo 728, párrafo 1)—; ni los efectos que produce el endoso condicional —en el que se considera la condición como no escrita, permaneciendo válido el endoso puro y simple, artículo 739, párrafo primero (23)—; sino más bien convierte la aceptación en una negativa de la misma en relación a los efectos del derecho del portador a elevar el protesto y de accionar en regreso, pero la deja subsistir a los efectos sustanciales de la obligación (24).

Personalmente, nos inclinamos por la solución negativa la cual está confortada por un fuerte argumento exegético. Y en realidad, el artículo 751 después de haber dispuesto en su primer apartado que la aceptación será pura y simple y que el librado podrá limitarla a una parte de la cantidad, agrega, en el apartado 2 "cualquiera otra modificación..."; de las más elementales reglas de gramática y sintaxis deriva que el segundo párrafo del artículo en cuestión contempla modificaciones al texto de la letra "diversas" de aquellas contempladas en el primer párrafo, es decir, distintas de la aceptación condicional y de la limitada. A este re-

sultado debe conducir una interpretación literal de la norma, según el significado y la conexión de las palabras. Al mismo resultado llegaremos si nos vamos a la fuente de inspiración de este artículo: a este propósito es importante indicar que el Comité de Redacción de la Ley Uniforme Ginebrina, al ilustrar el artículo 26 párrafo segundo de dicho cuerpo legal (correspondiente y casi idéntico al citado artículo 751, párrafo primero de nuestro Código) (25), precisó que "par modification" on entend á la fois la limitation audessous du montant de la traite du chiffre pour le quel l'acceptation est donnée et l'insertion d'une condition dans cette acceptation" (26). Pero recordemos la consideración general de que, si la intención del legislador choca aparatosamente con la letra de la ley, ésta debe tener prevalencia, y dicho conflicto sólo puede resolverse recurriendo a una interpretación auténtica de la norma. Pero es también cierto que el transcrito pensamiento del comité de redacción no contrasta con nuestra tesis, porque el decir que por "modificación" se entiende tanto una limitación de suma, cuanto una condición, es concepto en sí exacto pero que deja intacto el significado de la frase "tout autre modification" que el citado artículo 26 L.U. contiene, y que aquí hemos tratado de aclarar. De todas maneras, las máximas del Comité de Redacción no tienen, según la mejor doctrina, valor decisivo y así es reconocido por los propios sostenedores de la tesis criticada (27).

Por otro lado, considerando la sustancia de la norma, parece lógico que análogamente a las disposiciones de la ley en cuanto a la declaración del librador, también la aceptación condicional sea inválida, es decir, nula cambiariamente. Y el decidido precepto del artículo 751, párrafo 1: "La aceptación será pura y simple..." indica que el legislador ha intentado dirigir al aceptando una orden (será!) cuya trasgresión tiene que dar lugar a una sanción acorde al rigor cambiario, que no puede ser otra que la nulidad.

Haciendo eco de las palabras del profesor De Semo tenemos entonces que "una aceptación condicionada implicaría..." la nulidad "de la sola

(23) Ver supra nota 56.

(24) ANGELONI, Vittorio, op. cit., No. 134; DE J. TENA, Felipe, op. cit., p. 493.

(25) El citado artículo 26 dice: "L'acceptation est pure et simple, mais le tiré peut la restreindre à une partie de la somme.

Tout autre modification apportée par l'acceptation aux énonciation de la lettre de change équivaut à un refus d'acceptation. Toute fois, l'acceptateur est tenu dans les termes de son acceptation".

(26) Comptes - rendus, cit., I, p. 135.

(27) LESCOT, "la nouvelle législation...", No. 112, p. 136, en nota.

obligación del aceptante, en cuanto él no crea la cambial, como sí hace el librador, sino que confía su declaración a un título que puede también permanecer sin ella, sin que la estructura fundamental del mismo sufra quebrantos" (28).

En la esfera de las "modificaciones" en sentido amplio, o más precisamente de las "integraciones" del tenor de la letra de cambio, entran algunos agregados que el aceptante tiene facultad de poner (artículo 752) y que tienen carácter subjetivo (como la indicación de la persona que efectuará el pago) u objetivo (como la dirección del lugar de pago). Dichas integraciones siendo lícitas, no atacan mínimamente la regularidad de la aceptación, ni la plenitud de sus efectos.

Ante todo se da la hipótesis (artículo 752, párrafo 1) de que, en la letra de cambio domiciliada, el librador haya indicado en el título un lugar de pago distinto al domicilio del librado, sin designar a un tercero en cuya casa haya de pagarse: el librado puede indicarlo al momento de la aceptación; si no lo hace se presume que el aceptante se ha obligado a pagar por sí mismo en el lugar del pago.

La otra hipótesis (artículo 752, párrafo 2) se refiere a la letra pagable en el domicilio del librado; él puede indicar en la aceptación el sitio donde pagará, siempre que sea en la misma localidad. Por sitio se deberá entender la dirección precisa de la casa o de la oficina en que la letra deberá ser presentada para el pago, y por localidad, el lugar geográfico en que el pago se efectuará.

7. LA FACULTAD DE REVOCAR LA ACEPTACION ANTES DE LA RESTITUCION DEL TITULO.

El aceptante tiene también la facultad, de valor más sustancial, de tachar la aceptación antes de la restitución del título, concretando de esta manera una negativa de aceptación con todas las consecuencias que de ella se derivan respecto a la obligación del portador de elevar al protesto a fin de evitar la caducidad de la acción de regreso. Y, salvo prueba en contrario, la tachadura se presume hecha antes de la devolución del título (artículo 754, párrafo 1). Tal facultad es utilísima para el librado a cuyos oídos haya llegado, por ejemplo a última hora, alguna información del librador o de terceros, o relativa a sus propios negocios, que lo disua-

da de aceptar. Además, él pudo haber firmado el título por error.

Naturalmente que, una añadidura que exprese la intención de revocar la aceptación, como "por el contrario no acepto" o "mejor dicho rechazo" puesta de puño y letra del mismo aceptante, y seguida de una nueva firma suya, equivale a una tachadura. (29).

Y en verdad, hasta que el librado no haya restituido la letra, como es dueño de aceptar o de rehusar, así es dueño, si ha aceptado, de arrepentirse y de revocar su aceptación. Decisivo es el momento de la devolución porque a partir de él la declaración del aceptante llega a oídos del portador, y desde ese momento el aceptante, desposeyéndose del título dotado de su firma, pierde todo poder de operar legítimamente sobre el mismo cualquier modificación.

Pero puede suceder que en el intervalo de tiempo transcurrido entre la suscripción de su firma y la cancelación, el librado aceptante haya dado noticia de la aceptación por escrito al tenedor o a un firmante cualquiera (obligado en regreso o avalante). En tal hipótesis la ley declara que el librado "quedará obligado respecto de estos con arreglo a los términos notificados" (artículo 754, párrafo 2). Esta norma está dirigida, sin lugar a dudas, a tutelar la confianza que los destinatarios de la comunicación han podido lógicamente depositar, regulando como consecuencia el ritmo de sus negocios: sería para ellos una perjudicial sorpresa el descubrir posteriormente que la firma del deudor principal ha sido cancelada. Pero esta disposición ha ocasionado serias críticas de parte de la doctrina italiana y francesa, cuyas legislaciones contienen disposiciones idénticas a la que aquí comentamos. Se ha hablado así de los inconvenientes prácticos que tal norma puede generar: mediante ella el librado permanecería obligado como aceptante frente a la hilera de sujetos del nexo cambiario, mientras no lo sería frente a aquellos extraños a la notificación; de ello derivaría una disparidad de tratamiento entre los varios sujetos, en especial en relación a aquellos que, rescatando en regreso el título, podrían revalerse, o no, frente al librado, según que hubieran recibido o no la notificación de marras (30). Además, la norma en examen choca gravemente contra el sistema que

(28) Op. cit., p. 378. Ver también supra nota 57.

(29) Así, ANGELONI, Vittorio, op. cit., p. 260.

(30) En este sentido DE SEMO, Giorgio, op. cit., p. 382.

encabeza cada obligación cambiaria a una válida firma suscrita en el título, mientras en este caso específico tendríamos, por un lado, una firma tachada en el tempestivo término previsto por la ley, y, por lo tanto, rigurosamente, estéril de efectos cambiarios; y, por el otro, y a pesar de aquello, una obligación de aceptación subordinada a una declaración por acto separado. Y resulta interesante traer a colocación el hecho de que en el seno de la Conferencia de Ginebra numerosos juristas de varias naciones sostuvieran la naturaleza meramente civil de la obligación que surge de la cancelada firma del aceptante. Obvio es que privó la tesis de la naturaleza cambiaria de la misma (31).

Conviene ahora especificar los presupuestos de aplicación del artículo de comentario: a) ante todo es necesario que la aceptación haya sido "tachada", es decir, que haya sido borrado lo escrito (32). Borrar tiene un variado valor lexical: puede

consistir en hacer rayas horizontales o transversales sobre lo escrito, para que no pueda leerse o para dar entender que no sirve; o hacer que la tinta se corra y desfigure lo escrito poniéndola en contacto con alguna cosa cuando aún está fresca; o hacer desaparecer por cualquier medio lo representado con tinta, lápiz, etc.; o desvanecer, quitar, hacer que desaparezca una cosa (33). b) Es necesario, después, que el librado "hubiere notificado su aceptación por escrito al tenedor o a un firmante cualquiera". Bastará entonces una comunicación escrita, aún telegráfica del librado, realizada antes de la tachadura, aunque en el aspecto temporal la ley no establezca alguna condición. Y se trata, en coherencia con la teoría general, de una declaración del tipo "recepticio" (34), porque para ser eficaz ella debe ser comunicada a una o varias personas interesadas: la notificación misma, por ello, tiene carácter constitutivo.

CONCLUSIONES

Hemos llegado así, al fin de estas notas. Conviene ahora trazar un breve esbozo de las reflexiones hechas y sintetizar, en pocas palabras, los resultados de nuestros esfuerzos. Cabe preguntarnos, después de ese tortuoso caminar por entre las tinieblas de la investigación científica, ¿cuáles son esos resultados? ¿cuáles son, más directamente, los requisitos formales esenciales, imprescindibles para que una letra de cambio sea letra de cambio (y permítasenos esta redundancia) y goce, de esta manera, de fuerza ejecutiva?

Ellos son, a la luz de nuestro derecho positivo y de la mejor doctrina y jurisprudencia los siguientes:

a) "La denominación letra de cambio (y no otra equivalente) inserta (incluida, introducida) en su texto (cuerpo de la obra manuscrita o impresa) y expresada en la lengua en que la letra esté redactada".

b) "el mandato (entendido en el sentido de "orden", que encuadra perfectamente en el más amplio concepto de "encargo"; no es necesaria aquí alguna forma sacramental: bastará una fórmula que demuestre claramente la voluntad del librador de conferir el encargo de pagar al librado) puro y simple (es decir, no sometido a condición suspensiva ni resolutoria, a ningún hecho o advenimiento futuro e incierto del que se haga depender el nacimiento del vínculo cambiario, ni acompañado de otras cláusulas dirigidas a establecer límites a la obligación o a imponer contra-prestaciones, o cumplimientos de cualquier género que sean) de pagar determinada (y no determinable) cantidad (entendida como "suma", como "cantidad de dinero", o sea, un monto numéricamente precisado, ya en números, ya en letras, y comprendido en el texto del título)".

c) "El nombre (una indicación idónea a identi-

(31) En este sentido DE SEMO, Giorgio, op. cit. p. 383; ANGELONI, Vittorio, op. cit., p. 261; NAVARRINI - PROVINCIALI; op. cit., No. 156; VALERI, op. cit., II, No. 195; LESCOT, "La nouvelle législation. . .", cit., No. 122, p. 152; PERSEROU et BOUTERON, op. cit., No. 118; por el carácter no cambiario de la obligación, ver FERRARA Jr., Francesco, "La Giratta della cambiale" en Rivista di Diritto Commerciale, I, 1934, p. 77.

(32) Diccionario cit.

(33) Diccionario cit.

(34) Cariota Ferrara, Luigi, op. cit., ps. 360 y ss.

ficar la persona) de la persona que ha de pagar (librado) (es decir, del destinatario del mandato de pago; si él fuere incapaz, será necesario indicarlo como menor o interdicto, agregando el nombre de su representante legal; es válida la designación de un librado ficticio o imaginario, así como la de varios librados sucesiva, alternativa o acumulativamente. En cuanto a la colocación del nombre dentro del título, ella puede resultar aún fuera del texto, en alto, al pie o al margen. Además, el mismo librador puede fungir como librado: letra librada sobre el mismo librador —artículo 729—)''.

d) "Indicación del vencimiento (que debe ser cierto, único, posible y de una de las especies reconocidas como válidas por la ley: a la vista, a plazo cierto desde la vista, a plazo cierto desde su fecha y a fecha fija. Si este requisito faltare, la letra no es nula pues entra a operar la presunción legal de que ella es pagadera a la vista —artículo 728, párrafo 2—)''.

e) "Indicación del lugar (nombre de la localidad geográfica —ciudad— y la dirección de la casa u oficina del librado) en que se ha de hacer el pago (la letra puede ser pagada en el domicilio de un tercero —letra domiciliada—; si faltare este requisito, la letra no es nula pues entra a operar la presunción legal de que ella se pagará en el lugar designado junto al nombre del librado —artículo 728— párrafo 3; si junto al nombre del librado no se hubiere indicado ningún lugar, o éste fuere indicado parcialmente, o fuere ficticio, la letra será nula porque exenta de un requisito formal esencial)''.

f) "El nombre (una indicación idónea a identificar la persona) de la persona a quien se ha de hacer el pago o a cuya orden se ha de efectuar (es decir, del tenedor. No es válida la letra al portador. La designación de un tenedor ficticio o imaginario, así como la de varios tenedores sucesiva, conjunta o alternativamente, es perfectamente posible. El mismo librador puede fungir como tenedor: letra emitida a la orden del mismo librador —artículo 729—)''.

g) "Indicación de la fecha (día, mes y año, escritos en letras o en números, estos últimos aún abreviados en cuanto al año; puede colocarse en cualquier parte del título —generalmente va junto al lugar de emisión encabezándolo— y debe ser posible y única) y lugar (nombre de la localidad geográfica —ciudad—; si faltare, la letra no será nula pues entra a operar la presunción legal de que el documento se tendrá por emitido en el lugar designado junto al nombre del librador —artículo 728,

último párrafo—; si junto al nombre del librador no se hubiere indicado ningún lugar, o éste fuere ficticio, la letra será nula porque desprovista de un requisito formal esencial) en que la letra se libra''.

h) "La persona (la firma, es decir, el signo o signos gráficos que caracterizan a la persona firmante. Ella debe ser manuscrita, autógrafa, o sea, puesta de puño y letra de quien suscribe el título y puede ir colocada en cualquier parte del mismo) que emite la letra (librador) (es válida la firma de un librador ficticio o imaginario, así como la designación de varios libradores; la letra puede ser librada por cuenta de un tercero: el librador declara en el texto del título que la emite por cuenta de un tercero —artículo 729—)''.

Con fundamento en nuestro derecho positivo, en la mejor doctrina y jurisprudencia, la letra de cambio no reviste tal carácter, y por consiguiente carece de fuerza ejecutiva, cuando:

1.— La denominación "letra de cambio" no está inserta en su texto, es decir, se halle en alto, al pie o al margen del cuerpo de escritura (artículo 727, inciso a, en relación con el 728, párrafo 1).

2.— La denominación "letra de cambio" esté expresada en una lengua distinta a la de la redacción del título (artículo 727, inciso a, en relación con el 728, párrafo 1).

3.— En vez de un mandato (entendido como orden, encargo), se dé una promesa de pagar (artículo 727, inciso b, en relación con el 728, párrafo 1).

4.— El mandato (entendido como orden, encargo) no sea puro y simple, es decir, esté sometido a condición suspensiva o resolutoria; en otras palabras, cuando vaya ligado a un hecho o advenimiento futuro e incierto del que se haga depender el nacimiento del vínculo cambiario, o a otras cláusulas dirigidas a establecer límites a la obligación o al imponer contra-prestaciones o cumplimientos de cualquier género que sea (artículo 727, inciso b en relación con el 728, párrafo 1).

5.— La cantidad (entendida como suma, como cantidad de dinero) no esté determinada, es decir, no esté expresada en cifras numéricas, en un monto numéricamente precisado, aunque sea determinable (artículo 727, inciso b, en relación con el 728, párrafo 1).

6.— La cantidad, aunque determinada, esté referida a bienes diversos del dinero (artículo 727, inciso b, en relación con el 728, párrafo 1).

7.— La cantidad (entendida como suma, como cantidad de dinero) esté determinada con referen-

cia a otro documento, como por ejemplo "el importe de la factura No. . ." (Violación del principio de la literalidad, artículo 667. Artículo 727, inciso b, en relación con el 728, párrafo 1).

8.— No se indique el nombre del librado, o cuando ha sido indicado en forma tal, que no permita la identificación del mismo (artículo 727, inciso c, en relación con el 728, párrafo 1).

9.— Se indique un vencimiento no previsto por el artículo 758, o cuando se indiquen vencimientos sucesivos (artículo 758, sección 2).

10.— No habiéndose indicado el lugar donde se pagará la letra, no se hubiere tampoco designado ningún lugar junto al nombre del librado, o cuando la designación sea parcial o el lugar ficticio (artículo 728, párrafo 3, en relación con el 727, inciso e y con el primer párrafo del mismo 728).

11.— No se indique el nombre del tenedor, o cuando ha sido indicado de tal manera que no permita la identificación del mismo (artículo 727, inciso f, en relación con el 728, párrafo 1).

12.— Se hubiere emitido la letra al portador (artículo 727, inciso f, en relación con el artículo 728, párrafo 1).

13.— No se hubiere indicado la fecha de emisión o cuando se hubiere indicado una fecha imposible (artículo 727, inciso g, en relación con el 728, párrafo 1).

14.— Se hubiere indicado más de una fecha de emisión (artículo 727, inciso g, en relación con el 728, párrafo 1).

15.— Se hubiere indicado la fecha parcialmente (sólo el día, o el mes o el año, o falte uno de ellos) (artículo 727, inciso g, en relación con el 728, párrafo 1).

16.— No habiéndose indicado el lugar donde la letra fue librada, no se hubiere tampoco designado ningún lugar junto al nombre del librador, o cuando el lugar sea ficticio (artículo 728, último párrafo, en relación con el 727, inciso g, y con el primer párrafo del citado 728).

17.— El librador no hubiere firmado la letra (artículo 727, inciso h, en relación con el 728, párrafo 1).

18.— La firma del librador no sea manuscrita o autógrafa (artículo 727, inciso h, en relación con el 728, párrafo 1).

En todo tipo de letras de cambio se podrá estipular el pago de intereses sobre su monto. Tal facultad corresponde exclusivamente al librador

(artículo 731, apartado 1). En cuanto a la colocación de la cláusula de intereses en la letra hay quienes sostienen que ella debe venir inserta en el texto del título, pero nosotros nos inclinamos por apoyar aquella tesis que acepta la inclusión de la cláusula en cualquier parte del documento: y en realidad no habla nuestro código de que la cláusula de marras deba ser inserta en el texto del título, sino que basta su inclusión en la "letra misma", es decir, en el mismo pedazo de papel en que ella viene librada, no en documento adjunto. Sin embargo, a mayor seguridad, y en atención a que nuestros jueces se han mostrado bastante formalistas en esta materia, recomendamos incluir la cláusula de intereses dentro del texto mismo del título, a fin de evitar posibles discusiones y problemas. Además, el tipo de interés deberá indicarse en la letra misma; a falta de indicación la respectiva cláusula no tendrá valor alguno (artículo 731, párrafo 2). Una indicación seguramente válida es aquella que contiene la medida del tipo de interés en cifras; pero creemos que también sea válida, si se refiere a una medida no susceptible de incertidumbre, y que no necesite de particulares investigaciones para su determinación, como por ejemplo "al tipo legal".

Los intereses correrán a partir de la fecha en que la letra fue emitida, salvo si se indica otra (artículo 731, párrafo 3). Así las cosas, el tenedor puede solicitar los intereses moratorios desde el vencimiento en medida igual a aquella indicada en el título o, a falta de indicación, al tipo legal (artículo 788, incisos a y b).

En cuanto a la aceptación podemos decir:

1.— Mediante ella, el librado-aceptante se convierte en obligado principal y directo de la relación cambiaria (artículo 753).

2.— Debe estar escrita en el título, en cualquier parte —aunque generalmente lo está en el anverso—. No es necesaria ninguna fórmula sacramental (artículo 750, párrafo 1).

3.— Debe ser pura y simple, o sea, no sometida a condición suspensiva ni resolutoria, so pena de nulidad (artículo 751, párrafo 1).

4.— Puede ser limitada por el librado-aceptante a solo una parte de la cantidad cambiaria.

5.— Cualquier otra modificación introducida por el librado-aceptante en la aceptación dentro del texto de la letra equivaldrá a una negativa de aceptación.

BIBLIOGRAFIA

- ANGELONI, Vittorio *"La Cambiale e il vaglia cambiario"*, Giuffrè, Milano, 1964.
- ARENA, Andrea *"Introduzione allo Studio del Diritto Commerciale e titoli di credito"*, Giuffrè, Milano, 1956.
- ARENA, Andrea *"La cessione della c.d. provvista cambiaria"*, Milano, 1935.
- ARENA, Andrea *"Sull'autorizzazione a trarre mediante cambiali"*, en Rivista di Diritto Commerciale, II, 1940.
- AULETTA, Giuseppe *"Elementi di Diritto Commerciale"*, Giuffrè, Milano, 1955.
- BARBERO, Domenico *"Sistema istituzionale di diritto Commerciale"*, II, Milano, 1959.
- BESTA, Enrico *"Le obbligazioni nella storia del Diritto Italiano"*, CEDAM, Padova, 1937.
- BETTI, Emilio *"Teoria generale del negozio giuridico"*, Torino, 1943.
- BIANCHI, D'ESPINOSA, Luigi *"Le leggi cambiarie nell'interpretazione della giurisprudenza (1934-1968)"*, Giuffrè, Milano, 1969.
- BIGIAVI, Walter *"Tratta sens'autorizzazione: epilogo"*, en Banca, borsa e titoli di credito, I, 1942.
- BIGIAVI, Walter *"Cambiali tratte su debitore senza autorizzazione"*, en Diritto e pratica commerciale, I, 1942.
- BONELLI, Giorgio *"Dalla cambiale e dell'assegno cambiario"*, en Commentario edito del Vallardi, II, ed. 1930.
- BRACCO, Roberto *"Ancora sulla emissione di tratta non autorizzata"* en Rivista di Diritto Commerciale II, 1942.
- BRACCO, Roberto *"In tema di autorizzazione a trarre cambiale"*, en Rivista di Diritto Commerciale, II, 1940.
- CARIOTA FERRARA, Luigi *"El negocio jurídico"*, Editorial Aguilar, Madrid, 1958.
- CARIOTA FERRARA, Luigi *"Il negozio giuridico nel Diritto Privato Italiano"*, Napoli, 1948.
- CARNELUTTI, Francesco *"Istituzioni del nuovo processo Civile Italiano"*, I, Roma, 1952.
- CARNELUTTI, Francesco *"Teoria cambiaria"*, CEDAM, Padova, 1937.
- CERVANTES AHUMADA, Raúl *"Títulos y operaciones de crédito"*, Librería Herrero, ed. México, 1957.
- DE J. TENA, Felipe *"Derecho Mercantil Mexicano"*, Editorial Porrúa S.A., México, 1970.
- DE PINA VARA, Rafael *"Derecho Mercantil Mexicano"*, Editorial Porrúa S.A., México, 1964.
- DE SEMO, Giorgio *"Istituzioni di Diritto Privato"*, CEDAM, Padova, s.f.
- DE SEMO, Giorgio *"Trattato di Diritto Cambiario"* CEDAM, Padova, 1963.
- DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA *"Real Academia Española"*, Madrid, 1970.
- FERRARA Jr., Francesco *"La girata della cambiale"*, en Rivista di Diritto Commerciale, I, 1934.
- GARRIGUEZ, Joaquín *"Curso de Derecho Mercantil"*, II, Imprenta Silvero Aguirre Torre, Madrid, 1962.
- GARRIGUEZ, Joaquín *"Tratado de Derecho Mercantil"*, II, Revista de Derecho Mercantil, 1955.
- GIANNINI, *"Il sistema delle Convenzioni di Ginevra del 1931, per l'unificazione del Diritto dello cheque"*, en Rivista di Diritto Commerciale, I, 1931.
- GOLDSCHMIDT *"Storia universale del Diritto Commerciale"*, Torino, 1913.
- LESCOT *"Des effets de commerce"*, I, Paris, 1935.
- LESCOT *"La nouvelle législation de la lettre de change"* (Supplement au tome I des effets de commerce), Paris, 1937.
- LESCOT ET ROBLOT *"Effets de commerce"*, I, Paris, 1953.
- LOPEZ DE GOICOECHEA, Francisco *"La letra de cambio. Su mecánica y su funcionamiento"*, Ed. Porrúa, S.A., México, 1972.
- MESSINEO, Francesco *"Manual de Derecho Civil y Comercial"*, IV, Ed. EJE, Buenos Aires, 1955.
- MOSCO, Luigi *"Conversione del negozio giuridico"*, Jovene, Napoli, 1947.
- MOSSA, Lorenzo *"La cambiale secondo la nuova legge"*, I, Milano, 1939.

- NAVARRINI, Umberto - PROVINCIALI - RENZO *"Cambiale ed assegno bancario"*, Roma, 1950.
- OREAMUNO, Rodrigo *"Teoría general de los Títulos-Valores"*, Tesis de grado, Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica.
- PAVONE LA ROSA, Antonio *"Cambiale Diritto Sostanziale"*, en Enciclopedia del Diritto VI, Giuffrè, Milano, 1958.
- PERCEROU ET BOUTERON *"Lettre de Change et billet a ordre"*, I, París, 1937.
- PUENTE Y F., Arturo - CALVO M., O. *"Derecho Mercantil Mexicano"*, Ed. Banca y Comercio S.A., México, 1973.
- RODRIGUEZ R., Joaquín *"Curso de Derecho Mercantil"*, I, Ed. Porrúa S.A., México, 1970.
- STAUB - STRANZ *"Wechselgesetz"*, XIII Aufl, Berlin, und Leitzig, 1934.
- STRANZ *"Wechselgesetz"*, Berlín, 1952.
- VALERI, Giuseppe *"Diritto Cambiario Italiano"*, II, Milano, 1938.
- VIDARI *"Corso di Diritto Commerciale"*, VII, 5 ed. Milano. 1905.
- VIVANTE, Cesare *"Trattato di Diritto Commerciale"* II, Milano. 1935.

CODIGOS, LEYES, DECRETOS Y TRATADOS

- CODIGO CIVIL DE COSTA RICA. Edición revisada por el Lic. Atilio Vincenzi, Ed. Antonio Lehmann, San José, 1972.
- CODIGO DE COMERCIO DE COSTA RICA. Napoleón Valle P. y Harry A. Zürcher, Ed. Antonio Lehmann, San José, 1972.
- COMPTES RENDUS DE LA CONFERENCE DE GENEVE, 1930.
- CONVENTION PORTANT LOI UNIFORME SUR LES LETTRES DE CHANGE ET BILLETS A ORDRE, Geneve, 1930.
- DECISIONES ROTAE GENUAE DE MERCATURA, Genuae, MDLXXX.
- LEY DE TITULOS Y OPERACIONES DE CREDITO, México.
- LOI UNIFORME CONCERNANT LA LETTRE DE CHANGE ET LE BILLETS A ORDRE, Geneve, 1930.
- MODIFICAZIONI ALLE NORME SULLA CAMBIALE E SUL VAGLIA CAMBIARIO, (Reggio Decreto, 5 Dicembre, 1933, No. 1669).

CONTRATO DE MANDATO

Lic. Mario Ramírez Segura.

Se conoce al mandato como figura contractual desde los inicios de la Historia del Derecho. Ya en Caldea se le daba el nombre de "Anakabe". Luego de un dilatado lapso en que no se le menciona en los cuerpos legales, aunque se sabe de su utilización a través de ciertas cartas de negocios de los hindúes, llega a Roma donde se le enmarca en el concepto que mantiene de contrato de representación.

Para los romanos este pacto era gratuito por estar basado en la amistad, el parentesco, la confianza, y en tal razón lo definían como contrato por el cual una persona se obliga a hacer gratuitamente un acto para otra. El aspecto de gratuidad se refleja aún en algunos códigos actuales, pero ciertamente no es su característica fundamental (1).

Según don Alberto Brenes Córdoba la palabra mandato proviene del latín "manus datio", sea acción de dar la mano, lo que implica confianza (2). En igual sentido se manifiestan los autores españoles mencionados, quienes aclaran que la palabra mandato viene del latín "mandatum" de mando, mandar o encargar, y además que esa acepción proviene del hecho u opinión común de que "el estrechamiento de manos era entre los antiguos 'symbolum fidei datae' y el mandato supone la confianza recíproca entre mandante y mandatario" (3).

Hoy día el concepto de gratitud ha evolucionado

notablemente y, a la inversa, mal puede considerársele en ese sentido si no es por excepción. Empero, como apunta el tratadista mexicano, De Pina, la onerosidad no desplaza el aspecto de contrato de confianza que tiene este pacto, pues es claro que siempre se escogerá como representante a la persona que resulte no sólo la más apta sino de mayor crédito.

"Por más que esta característica del mandato ha sido puesta en tela de juicio (sea la confianza) no se puede menos de reconocer, por poca que sea la experiencia de quien la impugne, que el mandato gratuito o remunerado, recae siempre en una persona de cuyas calidades de diligencia y honorabilidad, por lo menos, confía en todo caso el mandante. Es absurdo suponer que alguien se decida a otorgar mandato a cualquiera sin la concurrencia de una confianza en las calidades personales del mandatario, que permitan al mandante racionalmente esperar un resultado feliz del encargo conferido".

También señala De Pina que el mandato puede entenderse en tres acepciones diferentes:

- a) Poder conferido a una persona para que lleve a cabo un negocio.
- b) Documento en que consta que se ha otorgado tal poder.
- c) Contrato por el cual el poder es conferido (4).

(1) Casso y Cervera. Aspectos históricos tomados de su "Diccionario de Derecho Privado", Tomo II, páginas 2582 y 2583.

(2) Brenes Córdoba Alberto. *Tratado de los Contratos*. Pág. 491, Edición Lehmann, 1936.

(3) Casso y Cervera, *Apud*. Página 2583.

(4) DE PINA Rafael. *Derecho Civil Mexicano*, Tomo IV, páginas 147, 151 y 152.

Características del Mandato.

Es un contrato consensual, gratuito o retribuido. Si es gratuito se le estima unilateral, y si retribuido, bilateral. Sánchez Román y De Diego estiman que es también un contrato preparatorio ya que sirve de base para otras gestiones, criterio que no comparte Castán por estimar que el objeto del contrato bien pueden ser actos meramente materiales (5).

Sin embargo es relevante, en mi parecer, la calificación de pacto preparatorio en vista, fundamentalmente, del aspecto de "gestión" contenido en el mismo y en que los actos puramente materiales se enmarcan en otros supuestos jurídicos.

Don Alberto Brenes Córdoba califica el mandato como un contrato consensual en cuya virtud uno de los estipulantes —mandatario— es encargado por el otro —mandante— para que "obrando por cuenta y representación de éste, desempeñe uno o varios negocios de carácter jurídico", definición que se asienta en el concepto clásico de ser el mandato o contener únicamente un aspecto singular del problema genérico de la representación (6).

La concepción de nuestro comentarista se ajusta al Código Civil nacional que es copia del napoleónico. Y es que los franceses, dentro de estas normas privatísticas, mantienen la idea de la representación como un canon determinante.

Los profesores Mazeud y Mazeud definen esta figura así:

"El mandato es el contrato por el cual una persona, el mandante, encarga a otra persona, el mandatario, que acepta, cumplir un acto jurídico representándolo en él" (7).

Adelantemos entonces que estas nociones se adaptan a nuestra noción civil del mandato.

Ahora, volviendo a Castán que estima, con otros, que el mandato no es un contrato preparatorio porque permite actos no jurídicos, la verdad es que hay una corriente en contra de su opinión que estima que tales actuaciones deben ser necesariamente jurídicas o negocios jurídicos, sean deseadas, voluntarias y con finalidades prácticas. Los meros actos materiales no resultan objeto del convenio o simplemente conforman otras figuras. Es decir, si encargo a una persona que abra una zanja,

repare una pared o construya un galerón por un precio alzado, ese sujeto no actuó como apoderado sino vinculado a consecuencia de una locación de obra. Por tal razón De Pina resalta: "*La realización de actos materiales constituye el objeto de otros contratos, no del mandato*" (8).

Se dice además que tales actos jurídicos deben ser aquellos que la Ley no exija que sean personales del interesado, sean los denominados personalísimos que no admiten delegación.

Manifiesta sobre este punto Rojina Villegas: "*No puede haber mandato para otorgar un testamento o para declarar como testigos. En todos aquellos actos jurídicos en que cabe la representación, el mandato sí puede otorgarse*" (9).

En todo caso recordemos, para un mejor entendimiento, que algunas legislaciones dividen los poderes únicamente en generales y especiales, en tanto nosotros tenemos los personalísimos para actos que precisamente son trascendentes en ese sentido y parecen oponerse a la idea doctrinal expuesta.

Empero, digamos ahora que nuestro Código Civil no tiene reglado el poder especialísimo dentro del capítulo que tipifica el mandato, sino se habla de él en artículos dispersos como el referido a la celebración de matrimonio que sólo puede hacerse de manera directa por el interesado o mediante poder especialísimo. Idem para impugnar la paternidad o hacer donación. Aparece entonces como un estatuto excepcional.

Naturaleza jurídica del mandato.

Ya hemos dado las características jurídicas principales del mandato de las cuales deducimos su concepto o definición. En cuanto a la naturaleza de este contrato hemos descartado la vieja idea de la gratuidad como esencial para su vida jurídica y en su lugar mantenemos, pero tampoco como fundamental, el ser un pacto de confianza y por ello revocable unilateralmente y de pleno derecho cuando ese factor falte.

Se ha estimado que la representación, en el derecho moderno, es la esencia de su naturaleza jurídica, aspecto sin embargo contradicho en vista de la idea de "gestión" que comentaremos más

(5) CASTAN TOBEÑAS, José. *Derecho Civil Español*, Común y Foral. Tomo IV, 1961, página 474.

(6) BRENES CORDOBA. *Apud*. Página 492.

(7) MAZEUD, Henri, León y Jean. *Lecciones de Derecho Civil*. Parte III. Tomo IV. Página 384.

(8) DE PINA. *Apud*. Página 150.

(9) ROJINA VILLEGAS. *Apud*. Páginas 263 y 268.

adelante. De Pina recuerda que *"tradicionalmente se ha entendido que la esencia (del mandato) se encuentra en la idea de la representación"*, pero, en la actualidad ella es una característica ordinaria pero no esencial de este contrato. Sostiene que a partir de Laband —otros estiman que de Hering— debe separarse la idea de representación de la de mandato, cabiendo la posibilidad legal de que exista una representación sin mandato y un mandato sin representación. *"Entiéndase —agrega— por consiguiente que no es posible ya, dada la evolución experimentada por las ideas al respecto, confundir la idea de representación (concepto jurídico meramente formal) con la idea de mandato (relación material de gestión)"* (10).

El mismo aspecto es desarrollado por Castán quien reitera con ello lo expuesto en su momento por Colín y Capitant. Cita al respecto fallo del Tribunal Supremo Español, donde ya en 1927 sostuvieron que *"si bien la representación es un requisito muy estimable en el contrato de mandato, en virtud del cual se extiende la personalidad humana, no es indispensable a los efectos contra tercero, como lo pregonan, el artículo 1717, que permite al mandatario obrar en nombre propio"* (11).

El concepto de representación en el mandato tiende a ser sustituido por el de gestión según expusimos, pues efectivamente la circunstancia de que el mandatario represente a su poderdante ante un tercero —o que potencialmente esté facultado para hacerlo— es completamente independiente de la gestión concreta y positiva que realice con dicho tercero.

Aclaremos el concepto. Si un apoderado negoció la compra de una finca a nombre de su poderdante —acto representativo—, la verdad es que al discutir el precio, imponer cláusulas, dar términos, etc., está actuando en gestión directa. Es evidente que el mandatario siempre responde ante su poderdante de esa gestión, pero también es cierto que lo obliga en los términos en que convino con el tercero si actuó dentro de los límites del poder y la ley.

Aquí, aparte de la gestión que señalamos aparece una vez más la idea de confianza del mandato ya que el apoderado actúa, por norma general, conforme a su criterio aunque lo haga en defensa de los intereses generales de su representa-

do. Por lo expuesto, en derecho moderno se dice que en el mandato no hay sólo representación sino también gestión y que ésta es la determinante.

Recordemos asimismo que aparece aquí una fase de contrato preparatorio, o sea cuando menos dos contratos que pueden independizarse:

Primero: el contrato entre apoderado y poderdante. Sea el mandato mismo como convenio típico, creando entre pactantes derechos y obligaciones recíprocos. El fenómeno de representación está presente porque el mandatario es desde este ángulo un simple delegado con facultades de comprometer a su poderdante y respondiéndole de los resultados obtenidos.

Segundo: En virtud de ese poder —supongamos generalísimo sin límite de suma— el apoderado gestiona contratos con terceros, verbigracia una compraventa, un arriendo y una sociedad.

Por tal razón se habla hoy día de mandato sin representación, que es usual y regulado desde hace mucho tiempo en el Derecho Mercantil bajo la forma de Contrato de Comisión.

La verdadera importancia en los países en que se acepta el mandato no representativo, es que el apoderado es responsable directo ante el tercero, como si fuera dueño del negocio jurídico que gestionó y de esta manera ese tercero sólo tiene acción directa contra el apoderado y no contra el poderdante.

Se dice en esta forma ágil de poder que el mandatario actúa por su propio nombre, pero a cuenta del mandante, ante quien debe responsabilizarse.

En el contrato representativo siempre se actúa por nombre y cuenta del mandante (12), sea que el mandatario se desliga de la relación que crea con el tercero y no queda obligado en cuanto al negocio que realizó, ni con el poderdante, ni con el tercero, excepto las responsabilidades propias de su cuidadoso desempeño.

En cambio en el mandato sin representación el poderdante no puede accionar contra el tercero ni viceversa, como dijimos. Hay eventual reclamo entre mandante y mandatario según las consecuencias del encargo; y posible reclamo entre mandatario y tercero por las consecuencias de cumplimiento o incumplimiento de la gestión acordada.

Desde luego el criterio expuesto no es univer-

(10) DE PINA. *Apud*, pág. 162.

(11) CASTAN. *Apud*, págs. 475 y 476.

(12) ROJINA Villegas. *Apud*, págs. 265 y 266.

sal, encontrando reservas especialmente en la doctrina francesa donde Josserand dice que si no hay representación no hay mandato.

Con ello el maestro manifiesta que no sería un mandato civil, si bien acepta que la falta de representación puede darse en la vida jurídica y ser válido en tanto que no es ilícito ni prohibido. Pero en tal caso ese "mandato es imperfecto, siendo una verdadera sombra despojada de la característica esencial de la procuración" (13).

Mazeud por su parte se limita a darle a esta forma de mandato el nombre de "Contrato de Comisión" cuyo estudio corresponde a lo mercantil, pero que en tanto exista y "En la medida en que las reglas del mandato no se basan sobre la representación, deben ser extendidas al contrato de comisión" (14).

En Costa Rica —en lo civil— el mandato se tipifica como contrato representativo, de manera que el apoderado actúa en esa función. El mandato civil sin representación está legislado, entre otros, en México, Suiza, Alemania e Italia.

Entre nosotros aparece en lo comercial, en el capítulo de los comisionistas como auxiliares de comercio y en forma imperfecta pues lo mismo pueden actuar éstos con o sin representación. (Artículo 273 del Código Mercantil).

Elementos del Mandato.

Personales. Mandante —el que otorga el poder—. Mandatario, quien lo acepta y lo ejecuta o puede ejecutarlo. Ambos pactantes deben tener capacidad general para contratar y también especial para este tipo de convenio.

Así por ejemplo, el artículo 1291 del Código Civil en relación con el 140 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, hablando del mandato judicial —y entre otros casos— niegan la calidad de procuradores en juicio a los jueces; a los ascendientes contra los descendientes y viceversa, excepto —en los casos citados— de asuntos en que tengan interés directo.

Reales. Cualquier acto lícito, que como expusimos y con la salvedad de las discrepancias doctrinales, sea jurídico y que, en principio no sea personalísimo.

Formales. Cualquier solemnidad específica que la ley exija ya sea como requisito de esencialidad o bien de prueba, tal como ocurre entre nosotros que en tratándose de poderes general y generalísimo deben constar en escritura pública e inscribirse en el Registro.

El Mandato en Costa Rica.

Nuestro artículo 1251 de Civil expone como norma que en la celebración del mandato no hay formalidades específicas y que las partes pueden estar presentes o ser ausentes; realizarse en escritura, documento privado e incluso ser verbal. Empero la prueba de testigos será válida sólo cuando se permita acorde a las normas del 752 ibídem.

A pesar de una enunciación tan amplia, el propio artículo establece que tratándose de poderes generales o generalísimos, deben otorgarse en escritura pública e inscribirse en el Registro de la Propiedad, no produciendo efectos respecto a terceros, sino desde la fecha de la inscripción. (Nótese que no dice que sea a partir de la presentación al Registro).

¿Qué ocurre entonces si un poder de ese tipo no se inscribe?

¿Será nulo o ineficaz?

La Sala de Casación ha expuesto que la exigencia de inscripción no atañe a lo intrínseco o constitutivo del acto —que se regula por las normas generales de la contratación— "... sino a la formalidad extrínseca, que en doctrina sólo produce ineficacia respecto a terceros" (15).

En consecuencia la discusión cobraría interés entre poderdante y apoderado si éste no cumple el encargo o no intenta cumplirlo, sin que para esos efectos tenga importancia la falta de inscripción.

Hemos resaltado que el perjuicio a terceros es desde la citada inscripción en el Registro, sin que por ello medie discordia entre los artículos 455 y 1251 de Civil, en cuanto el primero concede eficacia a los documentos desde su presentación, mientras que el segundo lo exige con la inscripción, pues se trata de una norma específica para el mandato.

¿Qué ocurre si la calidad de apoderado —general o generalísimo— surge ocasionalmente de la

(13) JOSSE RAND, Louis. Citado por Rojina Villegas. *Apud*, pág. 278.

(14) MAZEUD-MAZEUD. *Apud*, págs. 420 y 421.

(15) Sentencia Casación número 5 de 13 de enero de 1971. Boletín Jurisprudencia del Poder Judicial. Número 197, pág. 1.

puede ser impugnada por el marido personalmente, o por apoderado especialísimo.

Artículo 1408 de Civil. *"Para donar en nombre de otro se necesita poder especialísimo"*.

Agreguemos que en la práctica algunos abogados confunden la necesidad de mandato de este tipo para casarse, con el tipo de poder para divorciarse, entendiendo que también debe ser especialísimo. Nuestros tribunales han aceptado tal situación, pues aunque no se ajusta a la técnica jurídica precisa, cabe estimar que es un poder aún más concreto que el especial necesario para el divorcio.

Dijo la Sala Primera Civil al respecto:

"Para un divorcio o separación judicial, lo que se requiere es poder especial judicial, pero si se dio especialísimo, debe entenderse que para el caso es especial judicial" (22).

PODER GENERALISIMO. Artículo 1255.

Es un poder de administración, no de disposición. Puede darse para todos o algunos negocios comprendiendo las siguientes facultades según el numeral correspondiente del código: celebrar convenios y ejecutar los actos para la conservación y explotación de los bienes; intentar y sostener judicialmente las acciones posesorias y las necesarias para interrumpir prescripciones; alquilar muebles o inmuebles hasta por un año (esto puede oponerse a la Ley de Inquilinato pues si el arrendatario no respeta el plazo, éste se prorroga automáticamente). Además esta autorización de arrendar no es de "cualquier mueble o inmueble" sino los que especifique previamente el mandato según lo han entendido nuestros tribunales (23).

También está autorizado para vender frutos y bienes que puedan deteriorarse. Exigir judicial o extrajudicialmente el pago de créditos y otorgar los correspondientes recibos. De este último aspecto parece colegirse que un apoderado general en funciones de su administración puede cobrar deudas de su representada, entendido que serán trámites ejecutivos como cobro de facturas o títulos valores. Se comprendería que "esos créditos que puede cobrar son referidos a los que provengan de

negocios respecto a los cuales tenga el mandatario amplia y general administración y no otros que rebasen ésta". "Tal ha sido el criterio que en su momento expuso el Tribunal Superior Civil" (24).

Asimismo en virtud de este poder se pueden ejecutar los actos jurídicos que según la naturaleza del negocio se encuentren virtualmente comprendidos en él como medios de ejecución o como secuelas necesarias del mandato.

PODER GENERALISIMO. Artículo 1253.

Dice don Alberto: *"Generalísimo es el poder que se extiende a todos los negocios de una persona y en cuya virtud el mandatario está facultado para vender, hipotecar y de cualquier modo enajenar o gravar toda clase de bienes, aceptar o repudiar herencias; gestionar judicialmente; celebrar toda clase de contratos y ejecutar todos los demás actos jurídicos que podría hacer el poderdante, excepto los que conforme a la ley deben ser ejecutados por el dueño en persona, y los actos para los cuales ella exige expresamente poder especialísimo como cuando se trata de impugnar la legitimidad de un hijo. Como se ve, el poder general se limita a los actos de pura administración, al paso que el generalísimo, a más de éstos, comprende los de disposición en condiciones de mayor amplitud"* (25).

Quiere decir que las actuaciones del apoderado generalísimo aunque son muy amplias, quedan reservadas a gestiones básicamente patrimoniales, pues respecto a actos personales el poder debe ser especial cuando menos.

"Los poderes especial y en ciertos casos los especialísimos son los únicos mandatos jurídicamente aptos para demandar, contestar o reconvenir en acciones que afecten la personalidad del mandante" (26).

Igualmente la Sala Segunda Civil ha expuesto que "el poder generalísimo es insuficiente para plantear una demanda de divorcio o separación judicial, pues para tales actos personales el poder debe ser especial" (27).

(22) Sala Primera Civil. Resolución número 303 de 10 horas del 6 de agosto de 1968. *Boletín Jurisprudencia No. 155*, pág. 4.

(23) Sala Segunda Civil. Resolución número 406 de 15:15 hrs. del 19 de diciembre de 1973. *Boletín No. 218*, pág. 46.

(24) Tribunal Superior Civil de San José. Resolución No. 725 de 16:00 hrs. del 14 de octubre de 1969. *Boletín Jurisprudencia, número 178*, págs. 13 y 14.

(25) Brenes Córdoba. *Apud*, pág. 496.

(26) Sala Primera Civil. Resolución número 26 de 9:00 hrs. del 21 de enero de 1975. *Boletín Jurisprudencia No. 222*, pág. 138.

(27) Sala Segunda Civil. Resolución No. 239 de 14:25 hrs. del 30 de agosto de 1973. *Colección copias de la Sala*.

Por su relación con estos casos, diremos que si para plantear una demanda de divorcio en Costa Rica se otorgó poder especial en los Estados Unidos de Norteamérica, dicho mandato no debió darse a un lego sino expresamente a un abogado, es decir, debió ser un poder especial, pues plantear una demanda, accionar incidentes, transar en juicio y conocer en diversas alzas, es función específica para un abogado por lo cual resulta inoperante el otorgarlo a un pariente para que éste intentara demanda con simple autenticación o dirección judicial de un abogado (28).

Finalmente diremos que los poderes pueden darse para que los apoderados actúen conjunta o separadamente. En el primer evento deben gestionar los designados, y lo que haga uno en forma individual carece de valor. En otras oportunidades el poder tiene un límite: digamos uno generalísimo pero restringido, por ejemplo, a cinco mil colones.

OBLIGACIONES DEL MANDATARIO.

Si estimamos el mandato como un contrato gratuito, entonces median obligaciones únicamente a cargo del apoderado. Esos deberes, en términos generales y según lo dicen los profesores Mazeud, consisten fundamentalmente en cumplir el mandato y rendir cuentas (29).

Procederemos a una enunciación somera de las obligaciones que detalla nuestro Código, con acotaciones breves cuando así lo amerite el punto.

El mandatario debe:

- 1) Seguir fielmente las instrucciones dadas por el mandante.
Siendo un pacto representativo entre nosotros y para evitar responsabilidades debe ajustarse claramente a esas instrucciones.
- 2) Abstenerse de llevar a cabo la ejecución de actos obviamente dañinos a su poderdante. Fundamentado también en el desempeño cuidadoso del cargo.
- 3) Si se produce alguna situación de emergencia, debe tomar las medidas urgentes en defensa de los derechos de su mandante, a quien debe notificar de inmediato.
- 4) Le es prohibido comprar bienes del mandante en forma directa o por interpósita mano; ni venderle los suyos cuando le haya ordenado

comprar, salvo desde luego autorización al respecto.

Este punto señala el fenómeno de la capacidad especial necesaria para una ejecución correcta del mandato.

- 5) Puede sustituir el poder pero sólo si está expresamente facultado para ello. La necesidad de esa autorización previa se encuentra en el factor confianza, de modo que no es lógico que traiga a otra persona a gestionar si no hay un acuerdo al respecto.

Ahora, si está facultado para tal sustitución y se le ha señalado la persona designada, queda relevado de toda responsabilidad por los actos del nuevo apoderado; pero si lo sustituye a su propio criterio y el sustituto fuere notoriamente incapaz, puede exigírsele responsabilidad por culpa in eligendo.

Por otra parte, una vez sustituido el poder, el mandatario no puede revocar esa nueva nominación, salvo que medie expresa autorización en contra o que se haga reserva de esa facultad.

- 6) Cuando hubiesen dos o más mandatarios conjuntos, cada uno responde al poderdante de sus actos particulares, salvo que se hubiese pactado responsabilidad solidaria. Lo anterior es porque la calidad de "conjuntos" es para terceros, pues respecto a su mandante responden en la forma dicha, aunque hayan hecho el negocio juntos.

- 7) Es prohibido al mandatario compensar los perjuicios ocasionados con su administración, con los provechos logrados en la misma. Según los provechos logrados en la misma. Según comenta don Alberto: "*En cuanto el mandante obtuvo ventajas, el mandatario sólo cumplió con su deber; y en cuanto causó perjuicios incumplió el contrato con negligencia*" (1272).

- 8) Las sumas de dinero que el apoderado tuviese a nombre de su mandante y perecieron —aún por caso fortuito o fuerza mayor— perecen para él, sea el mandatario, salvo que logre demostrar que las tenía custodiadas en cajas o sacos individualizados; o bien que de manera indubitable pudiera determinarse a quién pertenecían. La explicación es la misma que en el

(28) Sala Segunda Civil. Resolución No. 13 de 14:50 hrs. del 11 de enero de 1973. *Colección copias de la Sala.*

(29) Mazeud y Mazeud. *Apud*, pág. 404.

arriendo de dinero que perece para el arrendatario. Si se dispusiere cosa distinta se podría alegar con facilidad que fue robado con perjuicio del poderdante.

9) El mandatario debe rendir cuentas al final de su gestión. Esa es una obligación importantísima para evitar una administración descuidada o fraudulenta. Al respecto toda partida de importancia, salvo que se haya relevado al apoderado de rendir cuentas, pero ello no exonera al mandatario de los cargos que contra él justifique el mandante.

Veamos un caso al respecto. Un señor emancipado a su hija de 18 años —legislación anterior—; en el mismo acto la joven le otorga un poder generalísimo sin límite de suma. El padre se extralimita en sus funciones disponiendo de bienes. Fallece sin rendir cuentas. La hija, ya persona madura, demanda a la sucesión demostrando que resultó perjudicada por una mala administración. Se obligó a la mortual a indemnizarle en cerca de un millón de colones. Como punto colateral la Sala de Casación opinó que para efectos prescriptivos de esa rendición, los diez años corren a partir de cada operación por separado, no del final del mandato (30). En ese asunto hay voto salvado.

OBLIGACIONES DEL MANDANTE.

Desde luego guardan relación bastante íntima con las del mandatario, en su condición de contraprestaciones. Podemos enumerarlas así:

- Suministrar al mandatario los medios necesarios para la ejecución del mandato.
- Reconocer los gastos razonables que demanda el ejercicio o ejecución del poder.
- Pagar los honorarios estipulados o los usuales. Si hay discordia se fijarán por peritos. Esto puede sufrir variantes si se trata de mandato judicial en vista de las leyes respectivas sobre emolumentos profesionales.
- A reembolsarle al apoderado las sumas de dinero que éste haya adelantado en el ejercicio de su cargo, conjuntamente con los intereses.
- Indemnizarle las pérdidas que sufra el mandatario en ejercicio de su contrato, y que lógicamente no se deban a su culpa o negligencia.

Desde luego que el mandatario, como norma, actuará con la diligencia debida y cuidado propio en el ejercicio de su encargo, pero ello en modo alguno implica que los negocios que realice deben obtener siempre buen éxito. Si los negocios fallaren el poderdante no puede excusarse para no cumplir sus obligaciones o para pretender una disminución en el pago; pero ello siempre que el apoderado haya actuado con celo y diligencia.

¿Qué ocurre si el mandante no cumple con sus obligaciones?

El apoderado puede desistir de su encargo; sea abstenerse de continuar sus gestiones. (Artículo 1274). No debe ello confundirse con la renuncia que haga el apoderado de su gestión, pues entonces debe continuar funciones hasta que el mandante designe un apoderado sustituto.

Es entendido, por otra parte, que el mandante queda obligado por los actos que el mandatario ha ejecutado a su nombre por ser ello consecuencia del principio de la representación.

Sin embargo no queda obligado si el apoderado ha actuado saliéndose de los límites del poder que ejerce. Lo anterior perjudicará incluso a los terceros porque éstos deben examinar cuidadosamente el tipo de mandato otorgado y su inscripción, si es del caso. Así, si un interesado aceptó celebrar la compra de una finca negociando con quien sólo tenía un poder general, sea de administración, sufrirá entonces las consecuencias de su falta de previsión y el mandante no se verá obligado a cumplir lo pactado en este suceso. Desde luego que si el poderdante aprueba lo realizado fuera de la órbita del poder en forma expresa o tácita, queda bonificada la actuación.

¿Qué ocurre si el negocio sólo es ejecutado parcialmente por el apoderado?

Respecto al tercero, el mandante sólo se obliga en la parte en que efectivamente se cumplió.

Con relación al mandatario, sólo queda compelido en cuanto le aproveche lo actuado por aquél. Es decir sólo debe pagarle en el tanto proporcional en que resulte favorecido con la actuación.

No es una solución realmente ajustada a derecho, pues hay un incumplimiento parcial que podría, dar base, según su gravedad, a una eventual resolución convencional. Sin embargo esta norma del artículo 1276 de Civil pretende no perjudicar totalmente al mandatario en una situación como la comentada.

Al respecto el profesor Brenes Córdoba dice: *"Esto se funda más en la equidad que en los rigurosos principios de la contratación, porque conforme a ellos, nadie está obligado a la aceptación de imperfectas prestaciones"* (31).

Finalmente diremos que el mandatario tiene derecho de retención sobre los objetos que se le han entregado por cuenta del mandante, para asegurarse el cumplimiento de las obligaciones de éste.

FINALIZACION DEL MANDATO.

He aquí las causas legales para ello:

- a) Por haber finalizado el negocio concreto para el cual se dio y aceptó el cargo.
- b) Por haber vencido el término del mandato, o la condición preestablecida en el contrato.
- c) Por revocarse el mandato. Opera ello de pleno derecho. No necesita recurrir a los tribunales a pedir la resolución del pacto.
- d) Por la renuncia del mandatario. En estos dos acápites y por el carácter de confianza de la figura negocial, se considera, según expusimos, al inicio, que está en su esencia poder ser revocado por quien lo otorgó y renunciado por el que lo aceptó.

En cualquier de estos eventos el mandante sólo pagará la parte proporcional de honorarios que le corresponda, a no ser que haya pacto en contra.

- e) La muerte del mandante o del mandatario.
Como la relación de confianza desaparece con la persona, se desnaturaliza la figura y el convenio se extingue.
- f) Por razones similares a las expuestas en el punto trasanterior, la quiebra, concurso civil o interdicción de mandante o mandatario, producen, la desaparición del pacto. Esta disposición nos recuerda la severidad institucional de la muerte civil de los romanos. Evidentemente que en este, como en el anterior punto, ni el curador ni el albacea pueden sustituir, en sentido estricto, la gestión encargada.

- g) Por cesar el mandante en las funciones conforme a las cuales otorgó el mandato. Tal sería el caso, dice don Alberto, de un albacea que diera poder a un abogado para que lo represente en proceso y luego finalizara el albaceazgo por vencimiento del término o remoción del cargo, evento en el cual lógicamente el poder deja de surtir efectos (32).

Disposiciones generales al finalizar el mandato.

Si el poder consta en un documento, al término del mandato puede pedir el poderdante la devolución del título. Ello para evitar cualquier abuso.

Si se ha dado un poder especial, sea para acto determinado, y se otorga un nuevo poder sobre el mismo negocio a otra persona, esa sola circunstancia revoca el concedido, sin necesidad de comunicación expresa al mandatario. Es una forma especial de finalizar un contrato, operando una revocatoria de pleno derecho, a gestión unilateral, lo cual permite expresamente la ley en este caso y se funda en los reiterados argumentos de la confianza que caracteriza este pacto.

Caso. Un apoderado especial judicial apela de una sentencia sin tener conocimiento de que dos días antes se le revocó el poder. Interpretando lo más favorable al mandante, ¿podríamos estimar como bueno ese recurso? Si se considerara lo contrario, ¿no resultaría una indefensión para el poderdante?

"La revocatoria de pleno derecho al conferir a otro profesional un nuevo poder especial, hace que el recurso que plantea en esa calidad esté mal admitido" (33).

Aclaremos en todo caso que esta situación de revocatoria de pleno derecho no es exclusiva del poder especial, pues si se otorgan segundos poderes generales o generalísimos que abarquen los mismos negocios, designándose un nuevo apoderado, esa sola circunstancia implica la revocatoria del anterior mandato, a no ser que expresamente se haga reserva en sentido contrario.

Es evidente que, según lo expuesto, la revocatoria surte efectos para el mandatario desde que se entera del acto, pero respecto a terceros y para que

(31) Brenes Córdoba. *Apud*, pág. 508.

(32) Brenes Córdoba. *Apud*, pág. 509.

(33) Sala Segunda Civil. Resolución número 109 de 15:20 horas del 15 de mayo de 1973. *Boletín Jurisprudencia* número 211, página 98.

pueda perjudicarlos —siempre que se trate de mandatos que deben inscribirse— sólo desde que la revocatoria sufra ese trámite en el Registro.

¿Qué ocurre si el mandante fallece? El apoderado debe continuar sus gestiones en caso de que los herederos no intervengan directamente en los negocios que interesan. Esta gestión post mortem del apoderado sólo se justifica si resulta evidente que su no intervención puede ocasionar perjuicio a la sucesión.

Razones de continuidad y evitar desamparo en los derechos tutelados impulsan esta disposición, por más que como principio básico la muerte de mandante o mandatario finalizan el poder.

¿Qué ocurre si es el mandatario quien fallece? Entonces sus herederos deben avisar al mandante, y hacer mientras tanto lo que estimen necesario para evitar perjuicios. Se supone que si dichos herederos no son entendidos en cuestiones legales o en la pericia del causante, sus gestiones serán elementales, como depositar valores que encuentren, guardar documentos o dar avisos simples.

La renuncia del mandatario, según ya dijimos, no lo releva de su obligación de continuar ejerciendo el poder en aquellos negocios que de paralizarse perjudicarían al poderdante, hasta que avisado éste de la renuncia haya tenido un plazo prudencial para cuidar sus intereses.

En este evento, si el mandatario renunciante se niega a plantear una apelación, o llevar a cabo la gestión urgente encomendada, puede verse involucrado en una acción por daños y perjuicios basada en negligencia.

Por la naturaleza de los mandatos conjuntos, si fallece uno de los apoderados, el poder finaliza.

¿Qué ocurre si un mandatario concluye uno o varios negocios desconociendo que su poder ha terminado?

Si ha actuado con un tercero de buena fe, esos actos o negocios mantienen su validez obligando al mandante y al tercero.

Así, si Juan —mandatario— ignora que Carlos —mandante— ha revocado su poder, y pacta un arriendo con Miguel, de buena fe, el contrato es valedero y Carlos debe respetar el convenio. La más elemental cortesía y prudencia contractual lo obliga a hacerle saber que el poder ya no existía.

Pero aún si el mandatario ya conoce que se le

ha revocado el mandato y concluye el negocio con tercero de buena fe, entonces el mandante también queda obligado con el tercero, pero mantiene derecho a que el mandatario lo indemnice.

Dice al respecto don Alberto: *"Al dar firmeza a estos actos irregulares, el legislador no pretende otra cosa que garantizar la contratación y proteger los intereses de las personas que en completa ignorancia del vicio que entraña el acto en que intervienen, han procedido con sinceridad y honradez"* (34).

Son, diríamos, actos de gestión que, ante la buena fe del tercero, hay que proteger.

MANDATO JUDICIAL.

Cuando el poder se da a un abogado, o aquellos que la ley faculta excepcionalmente para litigar, con el fin de que participen en proceso defendiendo los intereses de su cliente, estamos en presencia de un mandato judicial.

En otras ocasiones se les denominó poderes para pleitar.

Este tipo de mandato puede ser particular o especial cuando se otorga en forma limitada a determinado juicio; y puede ser general cuando da facultades para intervenir en todos los negocios judiciales que tenga el mandante.

Se acostumbra en la práctica otorgar poder especial judicial a un determinado abogado en el propio juicio que interesa.

En otros supuestos en que una persona se ausenta del país, es posible que deje el poder general judicial que le permitirá defender los intereses de su poderdante en cualquier circunstancia de este tipo que se presente.

Nuestra ley regula esta forma de mandato en forma supletoria, sea que todo lo expuesto sobre el mandato ordinario rige para el judicial, salvo norma expresa en contra.

Como dato curioso, don Héctor Beeche apuntaba en su edición del Código Civil, que desde la ley No. 11 de 7 de junio de 1916, artículo 1, *"Las mujeres que hayan obtenido las licencias necesarias para ejercer la abogacía pueden ser mandatarias judiciales"* (35).

Observemos que en este poder seguimos la orientación extranjera de distinguir sólo dos tipos de mandato; uno especial para asunto determina-

(34) Brenes Córdoba. *Apud*, pág. 512.

(35) BEECHE HECTOR. *Código Civil*. Edición 1945, Imprenta Lehmann. Nota 1a. artículo 1288, pág. 324.

do; y uno general para todos los negocios judiciales del poderdante.

Estos poderes se pueden otorgar en escritura pública o bien en el propio expediente, mandato este último que se conoce como "Apud Acta", sea otorgada en la materialidad del proceso, regulándose realmente por el artículo 1053 del Código de Procedimientos Civiles, el cual además norma las formalidades del poder dado en el extranjero.

Facultades del mandatario judicial.

- a) Apersonarse como actor "o como reo" a nombre de su poderdante en cualquier negocio que interese a éste.
- b) Seguir el juicio o los juicios en diversas instancias.
- c) Usar los recursos ordinarios y extraordinarios.
- d) Transigir, comprometer en árbitros o arbitradores.
- e) Recibir dinero y dar recibos.

Estos dos últimos puntos, sea transigir, comprometer en árbitros, o recibir en dinero, vemos que son permitidos por el Código Civil, pero el artículo 1054 de Procedimientos Civiles da una norma antinómica al exigir para ello autorización expresa. Se ha dicho que la aplicable es la regla procesal que, siendo posterior a la sustantiva, la ha derogado prácticamente. Parece en todo caso una disposición más sensata para protección de los intereses del representado.

- f) Pedir y absolver posiciones. Nótese que un acto personalísimo como rendir confesión, puede ser practicado por el mandatario si no se ha pedido expresamente que tal acto sea en forma personal.
- g) Reconocer documentos. Idem del anterior.
- h) Otorgar y cancelar escrituras referidas al negocio.
- i) Renunciar trámites. Recusar y quejarse de los funcionarios judiciales. Gestionar en todo lo que haría el mandante para llevar a cabo el negocio.

Capacidad especial para ser mandatario.

¿Quiénes no pueden ser concretamente mandatarios judiciales?

- a) Los menores no emancipados (Hoy día sería únicamente el menor de 18 años que no haya contraído matrimonio).
- b) Los jueces en ejercicio salvo los interinos,

o aquellos en su propio interés o de parientes cercanos.

- c) Los escribientes y empleados judiciales excepto en los asuntos que tengan interés directo.
- d) El Presidente de la República, Magistrados, Secretarios de Estado, Gobernadores de Provincia y Agentes de Policía. Se exceptúan los Magistrados suplentes, e ídem de punto b) in fine.
- e) Los abogados a quienes por sentencia se les ha prohibido representar en juicio por estar suspendidos en el ejercicio de la profesión.
- f) Los descendientes, contra sus ascendientes o viceversa, en cuanto tengan opuesto interés. A contrario sensu, si padre e hijo, por ejemplo, como abogados tienen el mismo interés en un negocio, no hay incompatibilidad.
- g) Los que se hallaren en estado de quiebra o insolvencia declaradas.

Estas normas generales surgen de la relación del artículo 1291 del Código Civil con el 9, 140 y 141 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que han reformado al primero en algunos aspectos ampliativos.

Calidad de abogado para ser mandatario judicial.

En realidad ese sería la situación ideal. Pero nuestra ley artículos, 140 L.O.P.J. y 1050 de Procesal Civil, dicen que pueden representar en juicio los abogados, Bachilleres en Leyes y Procuradores Judiciales, pero permiten que en los asientos de Alcaldía que disten más de 25 kms. de la sede del Juzgado y donde no hubieren por lo menos dos personas autorizadas para litigar en representación, puede ser mandatario judicial quien no reúna los requisitos exigidos por la ley.

El Primer Seminario celebrado por la Unión de Abogados en 1976 ha atacado fuertemente estas normas en vista de que institucionalizan el ejercicio ilegal de la profesión. Empero, razones de orden económico social pretenden una solución más ajustada a la realidad.

Honorarios.

Según el Código son los pactados y a falta de ello los fijados por peritos, lo que parece estar en contradicción con las normas de los artículos 1040 a 1045 de Procedimientos Civiles y la Ley de Honorarios Profesionales, que han dejado inoperante esa intervención de los técnicos al fijar tablas

correspondientes a la labor desplegada en ejercicio del poder.

Digamos finalmente que tanto el artículo 142 de la Ley Orgánica del Poder Judicial como el 1294 de Civil, prohíben a los mandatarios representar a las dos partes en la misma causa o proceso. Se sanciona de este modo el patrocinio doble, por

razones obvias. Se ha interpretado sin embargo, que puede autenticarse a ambas partes si se trata de un finiquito, en vista precisamente de que ha desaparecido la controversia de intereses. Pero esto es simplemente autenticando y no participando como apoderados pues aquí siempre mantienen la calidad de representación que los caracteriza.

PATOLOGIA NEGOCIAL: INVALIDEZ E INEFICACIA DEL NEGOCIO JURIDICO

Dr. Víctor Pérez Vargas.

CONTENIDO:

INTRODUCCION	99
1) Ideas generales	99
2) Valores, invalidez e ineficacia	99
3) Axiología. Tendencias	101
4) Invalidez e ineficacia	102
PARTE I: LA INVALIDEZ	103
1) El concepto de validez	103
2) Notas históricas sobre la "invalidez"	104
3) La invalidez	104
4) Ideas generales sobre los requisitos de validez y examen de algunas hipótesis de invalidez negocial en nuestro Derecho Privado	106
5) Distinciones previas	110
A) Invalidez e irrelevancia	110
B) Invalidez e ilicitud	111
C) Invalidez, rescisión y resolución	111
6) Notas teórico-generales sobre la invalidez	112
A) La acción de invalidez	112

B)	Las consecuencias de la invalidez	112
C)	El problema de la invalidez parcial. Casos en el Derecho Privado costarricense	113
7)	Los tipos de invalidez	114
A)	Notas sobre la inexistencia. No se trata de invalidez	116
B)	La nulidad	116
a)	En particular sobre la nulidad derivada de ilegalidad	118
b)	En particular sobre la nulidad de pactos que limitan la disponibilidad	119
c)	En particular sobre la nulidad por patología en la causa negocial	119
d)	En particular sobre la nulidad por patología en el objeto negocial	119
e)	Caracterización teórico-práctica de la nulidad	121
e-1)	La acción de nulidad	121
e-2)	La declarabilidad de oficio de la nulidad	122
e-3)	La no convalidación de la nulidad. La repetición del negocio	122
e-4)	Nulidad y prescripción	123
e-5)	Los efectos de la sentencia de nulidad	123
e-6)	La conversión del negocio nulo	124
C)	La anulabilidad	125
a)	Los caracteres de la anulabilidad	126
b)	Las hipótesis de anulabilidad	126
c)	La eficacia precaria del negocio anulable	127
d)	Caracterización teórico-práctica de la anulabilidad	128
d-1)	La acción de anulación	128
d-2)	La convalidación de los actos anulables	129
d-3)	Anulabilidad y prescripción	131
d-4)	Los efectos de la sentencia de anulación	132
	PARTE II: LA INEFICACIA	132
1)	La eficacia negocial	132
2)	La ineficacia. Sentido amplio, sentido estricto. Originaria, sucesiva	133
3)	Ineficacia e irrelevancia	134
4)	Ineficacia pendiente e ineficacia definitiva	135
5)	Pendencia y expectativa	136
6)	Las hipótesis de ineficacia. Planteamiento sistemático	137
A)	Las causas internas de ineficacia	137
a)	Indeterminación subjetiva u objetiva	137
b)	Posible interferencia de intereses externos prevalecientes	139
B)	Las causas externas de ineficacia	139
a)	En particular sobre la adaptación: examen de la condición y de la "ineficacia relativa"	140

a-1) Las condiciones. Aspectos generales	140
a-1-1) Aclaraciones sobre “el término”	141
a-1-2) Condición y término. Aclaraciones	142
a-1-3) En particular sobre la adaptación derivada de condición suspensiva	142
a-2) La ineficacia relativa. Adaptación subjetiva de eficacia. Casos	143
b) En particular sobre el impedimento: examen de la deficiencia de la condición suspensiva y de la revocación del testamento	147
b-1) La deficiencia de la condición suspensiva. Inutilidad	147
b-2) La revocación del testamento. Inutilidad relativa	147
c) En particular sobre la eliminación. Examen de la revocación, la rescisión y la resolución	147
c-1) La revocación	147
c-2) La impugnabilidad: rescisión y resolución	148
c-2-1) Ideas generales sobre la impugnabilidad	148
c-2-2) La rescisión	149
c-2-3) La resolución	149
c-3) La resolución convencional	150
c-3-1) La cláusula resolutoria	150
c-3-2) En particular sobre la condición resolutoria	151
BIBLIOGRAFIA	152

INTRODUCCION :

1) Ideas generales:

En los procesos orgánicos, la salud y la enfermedad son, respectivamente, los modos de ser naturales y patológicos. "Aristóteles afirmó, hace mucho tiempo, que podemos tener un conocimiento de lo que es la salud si consideramos las situaciones en que ésta falta. Cuando disfrutamos de salud el solo hecho —tan simple y transparente— no ofrece posibilidades para su análisis. Solamente en estado de enfermedad es cuando se percata uno de la complejidad del cuerpo. . . Nuestro interés, pues, estriba en las enfermedades del Derecho, no por morbosidad, sino por su importancia clínica. En consecuencia, nos propondremos tratar fundamentalmente con las formas más sutiles de la patología legal" (1). En materia negocial existen múltiples confusiones e imprecisiones en doctrina y jurisprudencia (2), por lo que se hace necesario distinguir las diversas formas anormales en que puede presentarse el negocio jurídico. Según la enfermedad así debe ser el remedio: se entiende, por ello, que frente a cada anormalidad ha de ser diversa la reacción del Ordenamiento; es necesario determinar las diversas modalidades de reacción del Ordenamiento frente a las diversas anormalidades negociales (3). Puede hablarse de vicisitudes del negocio para indicar todas las circunstancias

que pueden influir sobre su suerte; estas circunstancias pueden dividirse en dos grandes categorías: las que determinan invalidez y las que producen ineficacia (4).

2) Valores, invalidez e ineficacia.

Los diversos problemas relativos a la invalidez e ineficacia de las programaciones negociales encuentran sentido sustancial en el concepto de valor. La invalidez es una valoración negativa (un juicio que expresa un "disvalor"); la ineficacia es, en cambio, la falta de atribución de un índice de valor (de posibilidad o necesidad axiológica) a un comportamiento (el previsto por las partes para dar satisfacción al interés programado).

El tema del valor explica no solamente las diversas vicisitudes negociales aquí tratadas, sino toda forma de eficacia jurídica (5) en cuanto el ser humano se fija metas y fines, persigue determinados objetivos y rechaza otros y modela su vida en sociedad conforme a un "deber ser" (6). En este sentido se ha llegado a identificar "valor" con "bien" (7); también se ha identificado "bien" con "útil" (8) y definiéndose la utilidad como capacidad de satisfacer intereses, resulta clara la relación entre "valor" e "interés".

Actualmente el concepto de valor es de amplia

-
- (1) FULLER, Lon L., *Anatomía del Derecho*. Monte Avila Editores, Caracas, 1969, p. 18. Algunos hablan de "Patología negocial", TRABUCCHI, Alberto, *Istituzioni di diritto Civile*, Cedam, Padova, 1971, p. 190.
 - (2) "... los escritores no tienen ideas suficientemente claras sobre la materia de la patología negocial". SCOGNAMIGLIO, Renato, *Contributo alla teoria del negozio giuridico*. Seconda edizione, Napoli, Casa editrice Dott Eugenio Jovene, 1969, p. 387.
 - (3) SCOGNAMIGLIO, Renato, *Contratti in generale*. Casa ed. F. Vallardi, Milano, 1972, p. 230.
 - (4) V. sobre el tema: MESSINEO, Francesco, *Manuale di diritto civile e commerciale*. Volume terzo, Dott. A. Giuffrè-editore. Milano, 1959, p. 671.
 - (5) Las formas normales y las formas patológicas fueron así estudiadas por Adolfo MERKEL, el que "comparando metafóricamente la sociedad con un organismo biológico, distinguió en la misma entre situaciones de buena normalidad estructural y funcional y situaciones patológicas o enfermizas; y, fundándose sobre los datos de las primeras, esto es, del estado de salud social, intentó elaborar una estimativa o axiología jurídica. Ahora bien, la CER proyectó algo semejante sobre la base de lo que él llamaba la ley de la evolución progresiva. Ahora bien, la calificación de normal o la de patológico, así como la nota progresiva, referida a la evolución, no constituyen datos de experiencia, antes bien estimaciones, juicios de valor discriminatorios proyectados sobre los datos de la experiencia" RECASENS SICHES, Luis, *Introducción al estudio del Derecho*. Editorial Porrúa, S.A. Primera edición, México, 1970, p. 280.
 - (6) V. MANDRIONI, Héctor, *Introducción a la filosofía*. Ed. Kapelusz. Buenos Aires, 1964, p. 128.
 - (7) "La escolástica denominaba "bien" al aspecto de estimabilidad o apetibilidad que todo ser posee. Hoy se denomina más bien "valor" a la cualidad de estimabilidad, reservando la palabra "bien" a los seres concretos capaces de realizar el valor. . . la moderna teoría de los valores con LOTZE a la cabeza, está edificada precisamente sobre la base de una radical distinción entre el valor y el bien, viendo en el primero algo independiente y absoluto, y en el segundo, algo sujeto a las vicisitudes de los seres relativos y mudables". MANDRIONI, op. cit., supra 6, p. 129.
 - (8) SPINOZA, Baruch, *Ética*. Ed. Aguilar, Buenos Aires, 1963, p. 280: "Entiendo por bueno lo que sabemos con certeza que nos es útil".

aplicación en la metodología de las ciencias sociales (9) y, en particular, en el Derecho como subtipo (junto con la moral) de la ética.

También hay estrecha relación entre el concepto de "valor" y el de "cultura", en cuanto cultura, en sentido amplio, es todo aquello que gracias a sus relaciones con valores, tiene significado e importancia para el hombre que reconoce estos valores como tales (10).

Los valores se presentan como cualidades de cosas o de conductas (11), o pautas ideales (12).

En lo jurídico hay una dimensión axiológica (13). Las instituciones jurídicas están fundadas en ideas de valor, son medios para su realización (14). Abelardo Bonilla llegó a afirmar que "el progreso y el perfeccionamiento pragmático del Derecho sólo puede obtenerse mediante una adecuada educación cuya esfera principal no puede estar exclusivamente en la ciencia o teoría de esa disciplina, sino en el análisis y comprensión de sus fundamentos axiológicos" (15).

Sobre los valores existen diversas tendencias que analizaremos más adelante, como la corriente relativista o subjetivista, la corriente fenomenológica, el realismo, etc. (16). "Cuando en el último

tercio del siglo XIX se empezó a pensar en términos generales sobre los valores, se tendió a una concepción subjetivista de éstos; es decir, se los entendía como proyecciones del agrado que determinados objetos y comportamientos nos producen; o se los entendía como expresión de los deseos, afanes, apetencias o intereses que unas cosas o conductas nos provocan. Pero, más tarde, desde comienzos del siglo XX, la nueva filosofía fue refutando esas concepciones subjetivistas, y fundó la teoría objetivista de los valores. Se cayó en la cuenta de que no puede definirse el valor simplemente como aquello que nos agrada, ni se puede caracterizar como disvalor o antivalor aquello que nos desagrade. Porque sucede a menudo que tenemos como valiosas cosas que nos producen serios dolores, como por ejemplo, difíciles conductas morales. . ." (17).

Se han producido también amplias discusiones sobre la captación del valor. Para Radbruch, por ejemplo, es una función de la conciencia (18). Para otros la captación se produce, más bien, mediante una intuición emocional; sostiene este punto de vista Max Scheler (19); otros hacen referencia al sentimiento (20).

- (9) "Rickert ha hecho entrar el concepto de "valores" en la metodología de las ciencias morales, en la única forma admisible para el neokantismo, en cuanto él presentó este concepto como un "a priori" teórico-cognoscitivo de estas ciencias, sin dar una respuesta a la pregunta qué es el valor?". LARENZ, Karl. *Storia del metodo nella scienza giuridica*, Giuffrè-ed. Milano, 1966, p. 137.
- (10) LARENZ, op. cit., supra 9, p. 138.
- (11) "...son una cualidad que ellas nos presentan en tanto que coinciden con ideas de valor, en tanto que, por ejemplo, se nos muestran como justas, buenas, hermosas, útiles, etc.". RECASENS, op. cit., supra 5, ps. 11 y 12.
- (12) RECASENS, op. cit., supra 5, p. 12.
- (13) V. por ejemplo las obras del brasileño Miguel REALE y del italiano DEL VECCHIO. "...el derecho tiene tres dimensiones: A) Dimensión de hecho, la cual comprende los hechos humanos sociales en los que el Derecho se gesta y se produce; así como las conductas humanas reales en las cuales el Derecho se cumple y lleva a cabo, B) Dimensión normativa, de una normatividad específica, caracterizada por unas notas propias entre las cuales figura la de imposibilidad inexorable o coercitividad, C) Una dimensión de valor, estimativa o axiológica. . ." RECASENS, op. cit., supra 5, p. 45.
- (14) RECASENS, op. cit., supra 5, p. 78.
- (15) LASCARIS, Constantino. *Desarrollo de las ideas filosóficas en Costa Rica*, Editorial Costa Rica, San José, 1964.
- (16) V. MANDRIONI, op. cit., supra 6, ps. 129, 130.
- (17) RECASENS, op. cit., supra 5, p. 12.
- (18) V. LARENZ, op. cit., supra 9, p. 141. Se ha dicho también que "es sobre todo con el despertar de la "conciencia intelectual" que se opera el descubrimiento del mundo superior de los valores. . .". MANDRIONI, op. cit., supra 6, p. 127.
- (19) V. SCIACCA M. Federico, *Historia de la Filosofía*, Luis Miracle ed. Barcelona, 1958, p. 621.
- (20) V. RECASENS, op. cit., supra 5, p. 56. Se ha dicho al respecto: "Se nota en ellas una fuerte tendencia a afirmar que la captación del valor se produce en otra parte, que no es precisamente el conocimiento representativo y conceptual. El campo de lo racional, el de la ciencia, es el campo de la cosa, del objeto determinado, del dato de la experiencia, pero no del valor. Este se encuentra del lado del sentido afectivo, de la libertad, de la voluntad, de una cierta fe personal". MANDRIONI, op. cit., supra 6, p. 143. V. tamb. LUMIA, Giuseppe, *Il diritto tra le due culture*, Giuffrè-ed. Milano, 1971, p. 61.

Los valores jurídicos son objetivos (21) y son relativos (22). Se trata de preferencias circunstanciales (23).

Como resultado de lo anterior, cualquier comportamiento diverso del que debe realizar los valores produce "disvalores", lesiones de intereses y pone en movimiento el "mecanismo" jurídico (24).

3) Axiología. Tendencias.

El estudio de los valores ha sido realizado desde diversas perspectivas. La axiología contemporánea comienza su desarrollo con Nietzsche y Lotze; tiene sus impulsores en los discípulos de Brentano (en particular Meinong y Ehrenfels) y ve su culminación con Scheler y Hartmann.

Es posible afirmar la existencia de cuatro direcciones axiológicas principales: 1) la concepción objetiva, 2) la concepción subjetiva, 3) la concepción ideal-formal y 4) la concepción ideal sustancial (25).

La idealidad ético-material del valor ha sido

afirmada por las diversas corrientes iusnaturalistas (26): el subjetivismo axiológico, por su parte, responde a las concepciones de toda una época y se encuentra asociado al movimiento romántico que tiene sus manifestaciones políticas y económicas en el liberalismo y jurídicas en el voluntarismo, en particular en el pensamiento de Windscheid (27). Este subjetivismo axiológico fue superado por Scheler (28). Considera que el valor es una cualidad de las cosas que por ello se denominan bienes. Para Scheler "los valores se perciben mediante una operación no intelectual llamada estimación. Señala Scheler varias propiedades de los valores. En primer lugar, la polaridad. Todo valor es positivo o negativo, es decir, o es valor o contravalor. En segundo lugar tienen una peculiar "materia" que los hace irreductibles entre sí y de la cual depende la "reacción" del sujeto que lo estima. La reacción concomitante a los valores de lo santo, por ejemplo, es la veneración. Otra propiedad del valor es el tener "jerarquía". Hay valores altos y valores bajos..." (29). Para Hartmann, en cambio (30) el

-
- (21) "los valores son producto exclusivamente humano, es decir, subjetivos, y la única objetividad que cabe es el poder de aceptación que logren en un determinado momento histórico, como aprobación intersubjetiva, es decir, que esta es la única universalidad posible de los valores, la lograda por la objetivación cultural, y así al pasar a la existencia cultural logran una objetividad histórica..." MADRIGAL, Ramón. *Los valores y el Derecho como realidad immanente al hombre*. Revista de Ciencias Jurídicas, No. 23, febrero 1974, Universidad de Costa Rica, Escuela de Derecho, ps. 221, 222.
- (22) "...el concepto teórico de la relatividad de los valores, dependiente de su condicionamiento histórico, no conduce necesariamente a una actitud de relativismo práctico, y no compromete para nada el empeño moral que se requiere del hombre. El mismo condicionamiento histórico que —se afirma— sustrae los valores al arbitrio individual, ligándolos a situaciones objetivas..." LUMIA, op. cit., supra 20, p. 207.
- (23) Sobre el valor como preferencia se ha dicho: "...una norma, significa que entre las varias posibilidades fácticas de comportamiento hay algunas elegidas y, por lo tanto, hay otras rechazadas. Las posibilidades de conducta elegidas lo son porque resultan preferidas a otras. Esta preferencia se funda sobre una valoración". RECASENS, op. cit., supra 5, p. 279.
- (24) "Si el Derecho es el conjunto de los máximos valores actuables, si la sanción es la consecuencia dañosa derivada de la transgresión de un valor... ella pone en movimiento contra el transgresor las fuerzas jurídicas". LUMIA, op. cit., supra 20, p. 97.
- (25) Sobre el tema de las cuatro concepciones del Derecho como valor v. FALZEA, Angelo, *Efficacia Giuridica*. Voci di teoria generale del diritto, Giuffrè-ed. Milano, 1970, ps. 229 y ss. y FALZEA, Angelo, *Introduzione alle scienze giuridiche*, Giuffrè-ed. Milano, 1975, ps. 36 y ss. En general sobre el tema v. GONZALEZ, Angel. *Historia de la filosofía*. Ediciones y Publicaciones Españolas S.A., Madrid, 1964, p. 133.
- (26) La bibliografía sobre el tema es muy amplia. V. en particular: MULLER-ERZBACH, Rudolf. *Die Rechtswissenschaft im Umbau*, Hueber Verlag, München, 1950, p. 5, VERDROSS, Alfred, *Filosofía del Derecho Occidental*, Centro de estudios filosóficos. U.N.A.M. México, 1962, p. 78, PIANO, Vincenzo, *Dogmatica giuridica (storia)*, Enciclopedia del Diritto, Giuffrè-ed. Milano, 1964, p. 677, HAMPSTEAD, Lloyd. *Introduction to Jurisprudence*, Stevens, London, 1972, p. 79, WERTENBRUCH, Wilhelm, *Versuch einer Kritische Analyse der Rechtslehre Rudolf von Jherings*, Gruyter Co. Berlin, 1955, p. 44, AQUINO, Tomás de, *Summa Teologica*, Editorial Difusión, Buenos Aires, 1944, p. 197, GUTIERREZ, Carlos José, *Sul diritto naturale*, Rivista internazionale di filosofia del diritto, 1963, Roma, p. 703 y ss.
- (27) WINDSCHEID, *Die Aufgaben der Rechtswissenschaft*, 1884. Cit. p. HECK, *The formation of concepts, Jurisprudence of Interests*. Harvard, 1948, p. 5.
- (28) "Max Scheler (1874-1927), profesor de Colonia, procede directamente de la fenomenología. Perteneció a la Iglesia Católica, pero en los últimos años de su vida se separó de ella y se hundió cada vez más en la heterodoxia. Sus obras principales son: *El formalismo en la ética y la ética materia de los valores*, *El resentimiento en la moral*, *El puesto del hombre en el cosmos*, *Las formas del saber y la sociedad*, *De lo eterno en el hombre*", GONZALEZ, op. cit., supra 25, p. 133.
- (29) V. GONZALEZ, op. cit., supra 25, p. 133.
- (30) "Nicolás Hartmann (1882-1950), discípulo de Husserl y profesor en Berlín, ha escrito las siguientes importantes obras: *Fundamentos de una metafísica del conocimiento*, *Ética*, *Para la fundamentación de la ontología*", GONZALEZ, op. cit., supra 25, p. 133.

valor posee una consistencia independiente del mundo de las cosas.

Obsérvese que la posición objetivista tiene fundamentalmente dos direcciones: absolutismo y relativismo. La posición absolutista está representada por Hartmann y ha sido criticada por Frondizi como "abstracción" (31). Este último autor sostiene que debe verse el valor como algo relativo al hombre, a su mundo y a sus circunstancias. En términos análogos sostiene Recaséns Siches que la objetividad de los valores es immanente a la vida humana (32). Ya esta relatividad del valor, lo mismo que su jerarquía se encuentra en las obras de Scheler y Hartmann (33).

4) Invalidez e ineficacia.

Con base en las precedentes aclaraciones generales es posible dar una fundamentación sustancial a la problemática negocial (invalidez e ineficacia). La imprecisión terminológica sobre la materia ha llevado a algunos autores a negar valor a la distinción entre invalidez e ineficacia (34). En la doctrina es, sin embargo, mayoritaria la posición que establece claras distinciones entre ambos tipos de calificación. Inválido es el acto defectuoso o viciado en el supuesto de hecho; ineficaz, en sentido estricto, es el negocio donde están en regla todos los elementos esenciales y los presupuestos exigidos por el Ordenamiento jurídico; pero donde por otras circunstancias se impide o se determina suspensión o eliminación de la eficacia.

Se ha aclarado que la ecuación "invalidez : ineficacia" no es admisible porque se trata de nociones que operan en planos diversos y se fundamentan en razones distintas. "El juicio negativo

puede depender tanto de la circunstancia de que los elementos constitutivos y los presupuestos concomitantes del negocio concreto no correspondan a los esenciales y a los presupuestos necesarios del tipo legal, como del hecho de que, aun no faltando la necesaria correspondencia entre unos y otros, se opone, sin embargo, a la producción de los efectos propios del tipo legal, un impedimento extraño al negocio concluido" (35); se habla de "requisitos de validez" y "concausas de eficacia", respectivamente (36).

La distinción resulta clara si se piensa que la ineficacia supone un negocio válidamente formado (37). Además en la invalidez puede darse eficacia precaria o removible (en los casos de anulabilidad) que también puede llegar a ser definitiva (38).

Tampoco es asimilable a la invalidez la ineficacia relativa que implica solamente una limitación subjetiva en el contenido del efecto.

Nada tienen que ver, en fin, con la invalidez, las hipótesis de ineficacia sucesiva (resolución, revocación) (39). De este modo, vemos que el negocio anulable produce sus efectos, mientras que el negocio donde falta una concausa de eficacia no despliega ningún efecto, pero puede llegar a desplegarlo (40).

Las razones teóricas que fundamentan la no asimilabilidad de la invalidez a la ineficacia se encuentran en que, en los casos de invalidez "no se puede hablar en sentido técnico de ineficacia, porque la falta de actualidad o de determinación del interés negocial no depende de la interferencia de intereses externos y tampoco de la falta de los elementos subjetivos y objetivos del efecto jurídico, sino de un vicio inherente a su fase de constitu-

(31) Cit. p. GUTIERREZ, Carlos José. *Lecciones de Filosofía del Derecho*, Editorial Tridente S.A., Madrid, 1963, p. 246.

(32) Cit. p. GUTIERREZ, op. cit., supra 31, p. 246.

(33) V. GUTIERREZ, op. cit., supra 31, p. 246 y ss.

(34) Por ejemplo, se ha dicho: "La distinción entre invalidez e ineficacia no me parece admisible. Por un lado la terminología es indudablemente arbitraria, puesto que el contrato inválido tiene que ser también, por hipótesis, ineficaz. Por esto habría que hablar, en todo caso, de una ineficacia proveniente de la invalidez y de una ineficacia proveniente de otro tipo de causas o razones. . .". DIEZ PICAZO, Luis, *Fundamentos del Derecho Civil patrimonial*. Volumen Primero. *Introducción. Teoría del Contrato. Las relaciones obligatorias*. Editorial Tecnos, Madrid, 1972, ps. 289, 290.

(35) BETTI, Emilio, *Teoría general del negocio jurídico*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1959, p. 348.

(36) V. FALZEA, Angelo. *La condizione*, Dott. A. Giuffrè-ed. Milano, 1941, p. 317. Admite esta diversidad de planos LA CRUZ BERDEJO, José Luis, *Elementos de Derecho Civil*, II, *Derecho de Obligaciones*, Vol. segundo, Bosch-ed. Barcelona, 1977, p. 270.

(37) Así STOLFI, Giuseppe. *Teoria del negozio giuridico*. Padova, Cedam, 1961, p. 99.

(38) V. TOMMASINI, Raffaele, *Invalidità*, Enciclopedia del diritto, Vol. 22, Giuffrè-ed. Milano, 1971, p. 10. En términos análogos SCOGNAMIGLIO, op. cit., supra 2, ps. 408 y 409.

(39) V. SCALISI, Vincenzo, *Inefficacia*, *Diritto Privato*, Enciclopedia del diritto, Giuffrè-ed. Milano, 1971, p. 344.

(40) V. FALZEA, op. cit., supra 36, p. 318.

ción" (41). En síntesis: "se denomina inválido, propiamente, el negocio en el que falte o se encuentre viciado alguno de los elementos esenciales, o carezca de uno de los presupuestos necesarios al tipo a que pertenece. Invalidez es aquella inidoneidad para producir los efectos esenciales del tipo,

que deriva de la lógica correlación establecida entre requisitos y efectos. . . Se califica, en cambio, de simplemente ineficaz el negocio en el que están en regla los elementos esenciales y los presupuestos de validez, cuando, sin embargo, impida su eficacia una circunstancia de hecho extrínseca a él" (42).

PARTE I: LA INVALIDEZ

1) EL CONCEPTO DE "VALIDEZ".

La palabra "validez" es usada en Derecho en diversos sentidos: "Primero, el término es usado en las corrientes exposiciones doctrinarias del Derecho vigente para indicar si un acto jurídico, por ejemplo, un contrato, un testamento o una orden administrativa, tienen o no los efectos jurídicos deseados. Se dice que el acto es inválido o nulo, si no los tiene. Esta función es interna, en el sentido de que afirmar que un acto es válido es afirmar algo según un sistema de normas dado" (43). En la definición transcrita de Ross se confunde, sin embargo, "validez" con "eficacia"; se trata, como veremos, de conceptos de diverso contenido. "Segundo, el término es usado en la teoría general del Derecho para indicar la existencia de una norma o de un sistema de normas. La validez de una norma en este sentido significa su existencia efectiva o realidad, por oposición a una regla meramente ima-

ginada" (44). "Tercero, validez, en ética y en Derecho natural se usa para significar una cualidad apriorística, específicamente moral, llamada también "fuerza obligatoria" del Derecho. . ." (45).

"En dinamarqués, como en alemán, se hace la distinción entre gyldig (Gültig) y goeldende (geltend). Se dice que un testamento es gyldig o ugyldig —válido o inválido—, pero hablamos de goeldende ret para aludir al derecho con vigencia efectiva, efectivamente existente" (46).

En materia negocial se dice que el comportamiento (por ejemplo, contrato o testamento) es válido o inválido (47). Los comportamientos que admiten esta calificación son los comportamientos declarativos (48), pero nada obsta para que se aplique a los negocios puramente manifestativos (49).

Puede definirse jurídicamente válido el supuesto de hecho que realizado conforme al esquema legal no presenta un vicio que el Ordenamiento

(41) SCALISI, op. cit., supra 39, p. 364.

(42) BETTI, op. cit., supra 35, p. 349. Se ha afirmado que la invalidez deriva de una violación de los límites que el Ordenamiento impone a la autonomía privada. Así TORRENTE, Andrea, *Manuale di diritto privato*, Giuffrè-ed. Milano, 1968, p. 240.

(43) ROSS, Alf. *El concepto de validez y otros ensayos. Filosofía y Derecho*, 6. Centro editor de América Latina, Buenos Aires, 1969, p. 25.

(44) ROSS, op. cit. supra 43, ps. 25 y 26. Se ha dicho al respecto: "Validez es un concepto relativo que expresa el vínculo de pertenencia de una norma a un conjunto de normas u ordenamiento. Para que una norma sea válida debe ser creada según las reglas dinámico-estructurales (o reglas de producción jurídica) de aquel ordenamiento" y "Para juzgar sobre la validez de una norma debemos ver si ha nacido conforme a una fuente superior que llamaremos, respecto a la primera, fuente de validez". FERRI, Luigi, *L'autonomia privata*, Giuffrè-ed. Milano, 1959, págs. 233 y 23.

(45) ROSS, op. cit., supra 43, p. 26. En la pág. 12 de esta obra se expresa: "En la medida en que este término es tomado como que significa que el Derecho posee una fuerza moral intrínseca (la fuerza obligatoria) que constriñe a los súbditos, no sólo mediante la amenaza de sanciones, sino también, moralmente, en conciencia, en esa medida el término no tiene función ni sentido dentro de la doctrina del Derecho".

(46) ROSS, op. cit., supra 43, p. 26.

(47) "Se dice que un acto jurídico es válido cuando ha sido realizado de tal manera que llena las condiciones —establecidas en una norma jurídica— necesarias para que tenga los efectos jurídicos que corresponden a su intención". ROSS, op. cit., supra 43, p. 31.

(48) "Ni siquiera todos los comportamientos humanos admiten una valoración desde el perfil de la validez. . . la valoración en términos de validez o invalidez sólo puede referirse a los comportamientos declarativos". TOMMASINI, op. cit., supra 38, p. 5.

(49) Sobre esta distinción v. PEREZ, Víctor, *Voluntad y manifestación en el negocio jurídico*, Revista Judicial, No. 5, setiembre de 1977, Corte Suprema de Justicia, San José, ps. 107 y 108.

considera como causa de discordancia entre el hecho y el Derecho (50). El problema que se plantea al intérprete es el de determinar la coincidencia o disconformidad entre la concreta proyección de intereses y los valores del Ordenamiento; en ello radica, fundamentalmente, su significación sustancial (51).

El Ordenamiento, al dar forma jurídica a una relación material, atribuye a la persona de la relación una situación jurídica; de esta situación el sujeto puede desprenderse en ventaja de otros, por medio de un acto de disposición, el cual, para producir una transmisión válida, presupone la capacidad de actuar (52) del disponente y la aptitud del objeto para sufrir un acto dispositivo. Comúnmente estos dos elementos se indican con una expresión unitaria: "facultad de disposición" (53).

2) NOTAS HISTORICAS SOBRE LA "INVALIDEZ".

La teoría de la invalidez, como la mayor parte de las instituciones del Derecho Privado tiene sus orígenes en el Derecho Romano (si bien se encuentran hipótesis significativas en el Código de Manú y

en el Código de Hamurabi), donde se llegó a distinguir, después de una larga evolución, entre nulidades de pleno derecho y nulidades por vía de acción (54).

La doctrina francesa elaboró la doctrina y llegó a distinguir tres grados de "ineficacia" en los actos jurídicos: actos inexistentes, actos nulos y actos anulables (55).

Actualmente la doctrina, mayoritariamente, acepta dos tipos: nulidad y anulabilidad, con base en que en la inexistencia no hay juicio axiológico, sino, más bien, ontológico.

3) LA INVALIDEZ.

Sobre el concepto de "invalidez" abundan las imprecisiones doctrinales (56). Algunos lo amplían hasta incluir la "inexistencia" (junto a la nulidad y la anulabilidad), olvidando que se trata de calificaciones de distinto orden y diversa jerarquía lógica (una se refiere a un juicio ontológico, la otra se refiere a un juicio axiológico) (57). Otros, en cambio, restringen demasiado el concepto al caracterizarla como la negación de fuerza vinculante como sanción (58). Esta definición estrecha cubre única-

(50) FALZEA, op. cit., supra 36, p. 316.

(51) V. VARRONE, Claudio, *Ideologia e dogmatica nella teoria del negozio giuridico*, Casa ed-dott. E. Jovene, Napoli, 1972, p. 153.

(52) V. PEREZ, Víctor, *Existencia y Capacidad de las personas*, Lex loci, San José, 1977, ps. 61 y ss.

(53) Esta expresión tiene solamente un valor convencional; no es la expresión de una entidad autónoma respecto al derecho subjetivo. Así, PUGLIATTI, Salvatore, *Diritto Civile, Metodo-teoria-pratica*, Saggi. Giuffrè-ed. Milano, 1951, p. 31. V. tamb. TRABUCCHI, op. cit., supra 1, p. 194.

(54) V. SALVAT, Raymundo M. *Tratado de Derecho Civil argentino*, Parte General, 2a. edición, Librería y Casa Editora de Jesús Menéndez, Buenos Aires, 1922, p. 1006.

(55) V. SALVAT, op. cit., supra 54, p. 1008 y 1009.

(56) "La figura tiene poco de pacífico y consolidado" TOMMASINI, op. cit., supra 38, p. 3. "No es posible atribuir significado unívoco a las numerosas expresiones (nullus, non ullus, inutilis, effectum non habet, pro non facto, non valet, etc.) usadas para indicar negocios improductivos de efectos; la misma terminología es usada en la práctica para supuestos diversos". TOMMASINI, op. cit., supra 38, p. 3. "La terminología usada por la ley, para designar la nulidad no es constante: a veces se habla de "nulidad", o de "invalidez"; otras veces se dice que el negocio "no produce efectos" o "no tiene efectos", o "no tiene eficacia". Estas últimas expresiones son equívocas porque se refieren a la ineficacia que es otra cosa...". MESSINEO, Francesco, *Manuale di Diritto Civile e commerciale*, Giuffrè-ed. Milano, Vol. Primo, 1957, ps. 614 y 615. "La terminología del Código en esta materia —y no sólo en ella— es desconsoladoramente imprecisa. Nulo en el Código puede equivaler a "inválido" en general, o denotar una cualquiera de las clases de invalidez, o aun otras formas de ineficacia". LA CRUZ, op. cit., supra 36, p. 277. "Códigos y autores suelen tratarla de modo tan vario y con tal vaguedad, que es casi imposible llegar a tener nociones claras y precisas capaces de suministrar elementos para la formación de un cuerpo de doctrina armónico y sustancial. Y es que falta una directriz suficientemente lúcida que se imponga por su propio valer y sirva de núcleo o la formación de una doctrina sólida y uniforme". BRENES CORDOBA, Alberto, *Tratado de las Obligaciones y Contratos*, Imprenta Trejos Hermanos, San José, 1923, p. 235. "La terminología usual no se encuentra fijada y es en muchas ocasiones equívoca. Se utilizan los conceptos de nulidad, anulación, validez, invalidez, rescisión, etc., a veces extrañamente entremezclados, por lo cual con el fin de poner un poco de orden en la cuestión, convendría depurar y limpiar la terminología". DIEZ PICAZO, op. cit., supra 34, p. 283. V. en sentido análogo BORDA, Guillermo, *Tratado de Derecho Civil argentino*, Editorial Ferrot, Buenos Aires, Parte general, II, 1970, p. 388. Algunos han llegado a incluir la misma impugnabilidad dentro de las formas de invalidez. V. ARIAS RAMOS, J. *Derecho Romano*, I, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1963, p. 142.

(57) Comete este error, por ejemplo, FRANCESCHELLI: "Si se entiende el término "invalidez" en sentido amplio, se pueden comprender en él las figuras de la inexistencia, de la nulidad y de la anulabilidad". FRANCESCHELLI, Bruno, *Nozioni di diritto privato*. Casa molisana del libro. Ed. Campobasso, 1962, p. 111.

(58) "Llamamos invalidez a la negación de la fuerza jurídica vinculante de un contrato por ser contrario a Derecho, como sanción por su ilegalidad". LA CRUZ, op. cit., supra 36, p. 269. V. tamb. BORDA, op. cit., supra 56, p. 388.

mente la invalidez derivada de ilegalidad (artículo 10 del Código Civil) (59).

Teóricamente la formulación más acabada ha sido realizada por Tommasini quien sostiene: *"La conformidad del comportamiento a la regla (que lo prevé) es el resultado de una apreciación positiva; la falta de conformidad es cualificación negativa que implica divergencia entre comportamiento y esquema normativo. La invalidez presupone un juicio de "disvalor" del Ordenamiento respecto a un comportamiento humano que evidencia intereses que no son dignos de tutela"* (60).

A pesar de las afirmaciones generales realizadas, debe recordarse que la figura se manifiesta bajo formas y disciplinas diversas en cada Ordenamiento según sus respectivas exigencias, variables de un ambiente a otro (61); ello no excluye, sin embargo, la importancia y funcionalidad de un planteamiento teórico-general (62); la circunstancialidad referida deriva del hecho de que se trata de un efecto que se encuentra dentro de la disponibilidad del legislador (63), el cual puede conferir una cierta fuerza al negocio, negarla o limitarla (64).

La imprecisión doctrinal sobre la categoría se encuentra también en cuanto a la conducta a la que puede referirse la calificación. Algunos sostienen equivocadamente que se aplica únicamente al negocio jurídico (65). Las más acabadas formulaciones teóricas dan mayor margen de operatividad

a la expresión. Es claro que no puede hablarse de invalidez respecto a los eventos (por ejemplo, los hechos naturales o eventos relativos a la esfera física o los hechos de vida o eventos relativos a la esfera orgánica); en estos casos, el Ordenamiento constata el hecho y a él adecúa el efecto (66). Los actos reales tampoco pueden recibir esta calificación; en ellos simplemente se constata la transformación de intereses (realización o lesión) y se atribuye una forma determinada de tutela (67).

Normalmente el juicio de validez o invalidez se encuentra referido a supuestos negociales. Es posible, sin embargo, admitir su referibilidad a las declaraciones no negociales, tanto a las declaraciones de ciencia o conocimiento (68) como a las declaraciones de voluntad (69).

Dentro de la categoría general de la invalidez la doctrina dominante comprende la nulidad y la anulabilidad. Inválido es, en general, el negocio donde falta un elemento o presupuesto esencial o se encuentra viciado (70). Veremos, más adelante las especificaciones del concepto.

Otra imprecisión conceptual se encuentra con relación a la llamada "invalidez sucesiva" (concepto erróneo según será aclarado). La invalidez —originaria— deriva de la falta de conformidad de un comportamiento manifestativo respecto al Ordenamiento. La invalidez sucesiva en su configuración tradicional —se dice— deriva de circunstancias sobrevinientes (71). En estos casos, sin embar-

(59) En este sentido, por ejemplo: "La invalidez constituye una consecuencia negativa que las normas reguladoras del negocio disponen para el caso de transgresión" SCOGNAMIGLIO, op. cit., supra 2, p. 365. "Contrariedad al Derecho... tal perspectiva es inseparable de la noción acogida de invalidez". SCOGNAMIGLIO, op. cit., supra 2 p. 374. V. tamb. ps. 129 y 149.

(60) TOMMASINI, op. cit., supra 38, p. 5.

(61) V. SCOGNAMIGLIO, op. cit., supra 2, p. 351.

(62) V. TOMMASINI, op. cit., supra 38, p. 26.

(63) Sobre la disponibilidad de eficacia v. FALZEA, Angelo, *Capacità, Voce di teoria generale del diritto*, op. cit., supra 25, ps. 151 y 152.

(64) V. SCOGNAMIGLIO, op. cit., supra 2, p. 366.

(65) V. SCOGNAMIGLIO, op. cit., supra 2, p. 364.

(66) V. TOMMASINI, op. cit., supra 38, p. 6.

(67) V. TOMMASINI, op. cit., supra 39, p. 8.

(68) "La declaración de ciencia no evidencia intereses nuevos, sino intereses deducibles "per relationem" de los hechos declarativos: eventuales vicios del acto pueden resultar, pues, solamente de la confrontación entre el hecho declarado y la realidad evocada o representada. La discordancia es voluntaria o involuntaria y determinan la falsedad o errorneidad de la declaración por una representación queridamente alterada o por un defecto de conocimiento.

El régimen de las declaraciones de ciencia se deduce de la disciplina de la confesión que prevé para las hipótesis de error o violencia psíquica la revocación y establece la ineficacia de la confesión de persona no capaz de disponer del derecho al cual los hechos confesados se refieren". TOMMASINI, op. cit., supra 39, p. 14.

(69) El juicio en términos de validez e invalidez, aun encontrando su ámbito de aplicación más natural en relación a los actos declarativos negociales es, sin embargo, referible, más genéricamente también a las declaraciones no negociales, esto es, a las declaraciones de ciencia y a las declaraciones no negociales de voluntad". TOMMASINI, op. cit., supra 39, p. 7.

(70) MESSINEO, op. cit., supra 56, p. 614.

(71) V. TOMMASINI, op. cit., supra 39, p. 20. Admite la invalidez sucesiva ARIAS RAMOS, op. cit., supra 56, p. 145.

go, no se produce una invalidez en sentido técnico, sino que se trata de hipótesis de irrelevancia sobreviniente relativa. Así, en la revocación de las disposiciones testamentarias se ha configurado una deficiencia sobreviniente de la voluntad que revela una voluntad nueva que elimina los efectos potenciales del acto, mientras no se revoque la revocación y se reviva expresamente el primer testamento (artículo 623 del Código Civil).

La teoría de la invalidez debe cumplir ciertos cometidos:

- a) señalar el mecanismo para hacerla valer (artículos 837, 838 y 843 del Código Civil),
- b) determinar quién está legitimado para ello (artículos 837 y 838 del Código Civil),
- c) establecer si el ejercicio de la acción está sujeto a algún plazo (artículos 837, 838, 841 y 843 del Código Civil), y
- d) fijar las modalidades de restauración de la situación anterior al negocio (artículos 844, 845 y 846 del Código Civil) (72) junto con las posibles consecuencias indemnizatorias.

Las siguientes páginas estarán dedicadas a los anteriores cometidos.

4) IDEAS GENERALES SOBRE LOS REQUISITOS DE VALIDEZ Y EXAMEN DE ALGUNAS HIPÓTESIS DE INVALIDEZ NEGOCIAL.

De la relación entre los artículos 627 y 1007 del Código Civil resultan las condiciones generales

de validez del negocio jurídico (73). Además de los requisitos generales se exige: voluntad y manifestación.

De conformidad con las orientaciones de nuestro Código Civil la regulación de la contratación se encuentra regida por la intención de las partes (74). Si bien en doctrina se afirma reiteradamente la insuficiencia de la concepción real-subjetiva o voluntarista, nuestra jurisprudencia sostiene que "la validez de un acto jurídico o contrato descansa en la voluntad del otorgante" (75). Este principio tuvo su formulación latina en el sentido de que "sin el consentimiento de los contratantes, el contrato es nulo" (76). De conformidad con estas reglas se establece, por ejemplo que "es nula la condición que hace depender la eficacia de la obligación únicamente de la voluntad del promitente" (artículo 681 del Código Civil), por cuanto "en el fondo no hay compromiso jurídicamente eficaz" (77). Paralelamente, se dispone: "Es nula la donación bajo condiciones cuyo cumplimiento dependa sólo de la voluntad del donador" (artículo 1395 del Código Civil). La seriedad de los compromisos ha sido, en síntesis, uno de los ejes de la regulación de la contratación en general (78).

La relevancia acordada a la voluntad se revela, por ejemplo, en las hipótesis de simulación, donde falta precisamente este elemento. Se ha afirmado que en la simulación hay un negocio sin voluntad (artículos 835 inciso 1 y 1007 del Código Civil). "Constituye una mera apariencia, sin contenido de voluntad real o negocial y, como tal, inválido, o radicalmente ineficaz por falta o ausencia de este

(72) LA CRUZ, op. cit., supra 36, p. 275.

(73) "Siendo, como es, el contrato, una de las formas de la obligación, todas las condiciones esenciales a ésta relativas a saber: el consentimiento de las partes y ciertas formalidades extrínsecas. . .". BRENES, op. cit., supra 56, p. 309. No todo defecto determina falta de requisitos esenciales: nuestra jurisprudencia ha sostenido, por ejemplo, que "la omisión de declarar el parentesco existente entre los contratantes, tampoco constituye un vicio de nulidad absoluta, porque no se afecta aquellas condiciones esenciales: en realidad esa obligada declaración lleva una finalidad de carácter fiscal cuyo incumplimiento sanciona la ley con medidas punitivas, pero que no alteran la validez del acto o contrato en sí mismo". SALA DE CASACION, No. 104, de 15 y 20 hrs. del 15 de noviembre de 1951, sem II, tomo II, p. 1336.

(74) "Nuestro sistema de contratación civil está regido por el principio de autonomía de las partes, sea en la intención de las partes al convenir". SALA DE CASACION, 14 y 45 hrs. del 10 de junio de 1949.

(75) SALA DE CASACION, 10 y 45 hrs. del 14 de setiembre de 1950.

(76) "Contractus nullus est sine contrahentium consensu". Aforismos latinos. CABANELLAS, Guillermo, *Repertorio Jurídico*, Editorial Heliasta, Buenos Aires, 1974, p. 76. En este sentido SALA PRIMERA CIVIL, No. 443 de 14 y 15 hrs. del 16 de agosto de 1968.

(77) BRENES, op. cit., supra 56, p. 72. V. SALA DE CASACION, 25 de julio de 1906.

(78) "Si la demandada subjetivamente estima que hizo un mal negocio, ello cae dentro del exclusivo campo de sus apreciaciones privadas, y si los Tribunales de Justicia, por cualquier secundaria motivación, como serían aquellas partes, desnaturalizarían la seriedad obligatoria en sí misma, autorizan romper lo acordado libremente por las partes, desnaturalizarían la seriedad obligatoria de que están revestidos los contratos". SALA PRIMERA CIVIL, No. 311 de 9 hrs. del 27 de setiembre de 1974.

elemento esencial, ya que no hay contrato sin consentimiento" (79). En estos términos se ha pronunciado nuestra jurisprudencia (80). Su carácter absoluto se revela en la legitimación activa que se concede a los interesados (81). De ella es admisible prueba indiciaria (82).

Como ya se ha adelantado, también la "facultad de disposición" es presupuesto de validez de los negocios jurídicos. No se trata de un derecho subjetivo autónomo, sino que resulta de la conjugación concreta de ciertos elementos o presupuestos: legitimación, titularidad y capacidad de actuar (83).

El requisito de la capacidad de actuar es necesario para la validez de las obligaciones negociales (84), no para otras de diversa fuente. La incapacidad de actuar puede determinar la nulidad o la anulabilidad de los negocios, según se trate de suje-

tos absolutamente incapaces (85) (artículo 835, inciso 3, del Código Civil) o de sujetos relativamente incapaces (86), por ejemplo, los otorgados por los incapaces naturales (87) antes de la sentencia de interdicción.

El legislador, al reconocer al incapaz, o a sus representantes legales, el poder de solicitar la declaratoria de invalidez revela su cuidado de proteger a las partes aun contra ellas mismas, en cuanto puedan establecer una autorregulación vinculante para sus propios intereses (88). En los casos de incapacidad natural, independientemente de la existencia de la declaratoria de interdicción (89), puede decretarse la invalidez siempre que se constate la deficiencia cognoscitiva o volitiva en el momento de la celebración del negocio (90).

En materia de invalidez derivada de incapacidad de actuar, el efecto restitutorio típico encuen-

- (79) CASAFONT, Pablo. *Ensayos de Derecho Contractual*. San José, 1968, p. 82. V. SALA DE CASACION, 2 y 45 hrs. del 9 de enero de 1920, No. 14 de 10 y 30 hrs. del 23 de enero de 1967, 9 y 40 hrs. del 19 de agosto de 1924.
- (80) "Para que exista una obligación contractual legalmente valedera, ella debe ser el resultado del acuerdo de voluntades externado por medio del consentimiento de las partes "libre y claramente manifestado", y la ausencia de éste, vicia el convenio y da origen a su nulidad absoluta mediante la respectiva acción de simulación". SALA SEGUNDA CIVIL, No. 234 de 15 y 30 hrs. del 23 de agosto de 1973. "Si se está ante un caso de simulación, la escritura pública en que se otorgó el acto impugnado no puede tener el valor que en condiciones normales lo reconocería el Ordenamiento Jurídico". SALA DE CASACION, No. 125 de 14 y 10 hrs. del 25 de octubre de 1973. "La simulación absoluta equivale a la total inexistencia del acto o contrato, y está sancionada con nulidad absoluta, sea simulación absoluta o relativa". SALA DE CASACION, No. 22 de 31 de marzo de 1970. En esta última sentencia se observan algunos detalles a los que ya hemos hecho referencia: confusión de la nulidad absoluta con la inexistencia y configuración de la invalidez como sanción.
- (81) "Lo resuelto... es una acción de simulación, dirigida a que se declare en juicio la radical invalidez de un trasfondo... esa nulidad la establece el inciso 1 del artículo 835... y puede invocarla "todo el que tenga interés en ella" a tenor del artículo 837 del mismo Código, interés que no puede menos de reconocerse como existente en el actor, por ser acreedor del demandado, quien, en forma que se ha tenido por simulada, transmitió el único bien de su propiedad, prenda común de sus acreedores, según el artículo 981 del Código de repetida cita". SALA DE CASACION, No. 14 de 10 y 30 hrs. del 23 de enero de 1967, sem. I, T. I, p. 280.
- (82) "... tanto la doctrina como la jurisprudencia coinciden en que para demostrar la simulación de un contrato en perjuicio de terceros, es admisible toda clase de prueba, aun la testimonial e indiciaria, en reconocimiento a la imposibilidad en que están aquellos para procurarse de las partes el contradocumento revelador de la simulación". SALA DE CASACION, No. 26 de 10 y 50 hrs. del 24 de marzo de 1954, sem. I, tomo I, p. 362. En términos análogos pueden verse diversas sentencias de este Tribunal: No. 123 de 14 y 45 hrs. del 6 de diciembre de 1967, sem. II, t. II, p. 1088, No. 125 de 14 y 10 hrs. del 25 de octubre de 1973, No. 22 de 14 y 30 hrs. del 31 de marzo de 1970, No. 102 de 16 hrs. del 21 de agosto de 1975, No. 29 de 15 hrs. de 25 de abril de 1973.
- (83) "... mientras que desde un punto de vista la titularidad implicaría, por sí sola, el poder de disponer de un derecho, para el Ordenamiento Jurídico es necesaria también la capacidad de actuar, la cual es presupuesto esencial de toda válida disposición". PUGLIATTI, op. cit., supra 53, p. 6.
- (84) V. BRENES, op. cit. supra 56, p. 12.
- (85) "Son personas absolutamente incapaces las que dependen de una representación necesaria". SALVAT, op. cit., supra 54, p. 1013. V. SALA DE CASACION, 1 y 45 hrs. del 21 de setiembre de 1920.
- (86) V. SALVAT, op. cit., supra 54, p. 1017.
- (87) V. PEREZ, op. cit., supra 52, p. 79.
- (88) V. SCOGNAMIGLIO, op. cit., supra 2, p. 126.
- (89) "Para decretar la nulidad de los actos o contratos que personalmente celebre el sordomudo, que lo son en forma absoluta si no sabe leer ni escribir, no precisa la declaratoria del estado de interdicción". SALA DE CASACION, No. 95, II sem. I tomo, p. 333, 1953.
- (90) "Para anular los actos y contratos por causa de incapacidad mental de un otorgante se requiere una prueba evidente de la existencia de esa incapacidad en el momento del otorgamiento". SALA DE CASACION, 10 y 10 hrs. del 12 de junio de 1951. "... su versión, de ser cierta, era de fácil comprobación en lo que se relaciona con la capacidad para el acto, con sólo aportar el dictamen médico en que constara que su entendimiento se hallaba obnubilado por un derrame cerebral...". SALA PRIMERA CIVIL, No. 364 de 9 y 10 hrs. de 1 noviembre de 1974. V. tamb. SALA DE CASACION No. 59 de 9 hrs. de 12 de julio de 1952, sem. II, tomo único, p. 703, No. 91 de 10 hrs. de 6 de octubre de 1951, sem. II, tomo II, ps. 11 y 38, No. 80 de 11 hrs. de 15 de julio de 1953, sem. II, tomo único, p. 100, No. 70 de 10 y 55 hrs. del 20 de agosto de 1951, sem. II, tomo I, p. 916, No. 116 de 16 y 40 hrs. del 17 de setiembre de 1975. V. al respecto PLANIOL, *Curso elemental de Derecho Civil*, tomo I, No. 2075.

tra atenuaciones. De conformidad con el artículo 768 del Código Civil. "El pago hecho al acreedor que no tiene la libre disposición de sus bienes, no es válido sino en cuanto le aprovecha", por lo que, consecuentemente, existe la regla de que la otra parte tendrá derecho a la restitución en cuanto lo pagado haya beneficiado al incapaz (artículo 845 del Código Civil).

También la deficiencia formal puede tener incidencia sobre la validez.

Dos categorías de deficiencia formal establece nuestro Código Civil, según que el defecto determine nulidad o anulabilidad.

El artículo 835, inciso 2 del Código Civil expresa: "Hay nulidad absoluta en los actos y contratos... cuando falta algún elemento o formalidad que la ley exige para el valor de ciertos actos o contratos, en consideración a la naturaleza del acto o contrato...". En esta hipótesis la nulidad deriva de no haberse observado la forma exclusivamente ordenada (91); es absoluta y no puede ser convalidada. La ley se refiere aquí a los casos en que la forma es "ad solemnitatem", o como también se suele llamar "ad substantiam" (92). Se califica la validez del acto jurídico; se contrapone a la ex-solemnitatem" cuando, si no se observan las formalidades impuestas por la ley el acto es nulo; mientras que es "ad probationem" cuando la forma se requiere únicamente al efecto de dar a las partes un medio de prueba" (93). Encontramos un

ilustrativo ejemplo con relación a las donaciones de bienes muebles cuyo valor excede de doscientos cincuenta colones o las de inmuebles; si no se hace en escritura pública son absolutamente nulas (artículo 1397 del Código Civil); la forma, aquí, es "ad substantiam" (94).

El problema de los casos a los cuales resulta aplicable la calificación de "invalidez" es de Derecho Positivo (95).

Además de las previsiones genéricas (artículos 835 y 836 del Código Civil) el Código establece causas específicas de invalidez, como la contrariedad a normas imperativas (artículo 10 del Código Civil), como ocurre, por ejemplo, con respecto a la prohibición que tiene el tutor de contratar con el menor (donde la invalidez deriva en el artículo 204 del Código de Familia, o en los casos de prohibiciones para contraer matrimonio (artículo 14 del Código de Familia) (97).

En muchos casos particulares la ley establece también la invalidez (98). Veamos algunos de ellos:

1) Con relación a las disposiciones y actos de dominio o administración del insolvente se establece una nulidad absoluta (artículo 900 del Código Civil) (99).

2) De conformidad con el artículo 549 del Código Civil, el albacea necesita autorización especial para ciertos actos, como los relativos a enajenaciones extrajudiciales de bienes de la sucesión que tengan un valor de más de doscientos cincuen-

(91) "Puede ocurrir que la nulidad del acto provenga de no haberse observado la forma exclusivamente ordenada. La nulidad sería en tal caso de carácter absoluto, y por consiguiente, no sería susceptible de confirmación". SALVAT, op. cit., supra 54, p. 1035.

(92) SALVAT, op. cit., supra 54, p. 1015. "Actus omisso forma legis corrui", La omisión de las formas legales anula los actos. CABANELLAS, op. cit., supra 76, p. 72. "Ex forma non servata resultat nullitas actus". Es nulo el acto sin las solemnidades requeridas por la ley CABANELLAS, op. cit., supra 76, p. 81.

(93) CABANELLAS, op. cit., supra 76, p. 161. V. PLANITZ, Hans, *Derecho Privado germánico*, Bosch-ed. 1957, Barcelona, p. 38.

(94) V. SALA DE CASACION, 10 hrs. del 11 de marzo de 1940, 21 de mayo de 1905, 12 de abril de 1893, 14 de mayo de 1898 y 8 de enero de 1901; V. tamb. Revista Colegio de Abogados, año 1, No. 1, junio de 1945, p. 18.

(95) En nuestro país se encuentran previstos genéricamente en los artículos 835 y 836 del Código Civil. En Italia, en el nuevo "Codice" se fijan los requisitos del contrato y a la falta de ellos se liga la nulidad; en otras partes se da relieve a algunas cualidades (licitud, posibilidad, etc.) de algunos elementos o requisitos (causa, objeto) atribuyéndose igualmente la nulidad; por otra parte, con relación a la anulabilidad se consagran como requisitos de validez la capacidad y la inmunidad de vicios (error, dolo, etc.) de la voluntad. Existen otras hipótesis de invalidez en el Código en materias específicas como condición, donaciones, testamento, etc. V. CARIOTA, FERRARA, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, Morano, editore, Napoli, p. 332.

(96) V. PEREZ, op. cit., supra 52, p. 82.

(97) V. MESSINEO, Francesco, *Manuale di diritto civile e commerciale*, Giuffrè-ed. Milano, vol. secondo, 1965, p. 81.

(98) V. BRENES, op. cit., supra 56, p. 244, FULLER, op. cit., supra 1, p. 138, MESSINEO, op. cit., supra 56, ps. 615 y 616. V. SALA DE CASACION, 23 diciembre de 1895, 19 de diciembre de 1901, 25 de abril de 1898.

(99) Otros casos de nulidad absoluta de estos actos se encuentran en los artículos 901 y 902 del Código Civil, mientras que las hipótesis de anulabilidad están en los artículos 903, 904 y 905, todos del Código Civil. Sobre el tema v. BAUDRY-LACANTINERIE ET P. DE LOYNES, *Traité théorique et Pratique de Droit Civil*, T. X, Paris, 1899, p. 440.

ta colones. "Los actos o contratos que el albacea ejecute sin la correspondiente autorización especial, cuando ella es necesaria, serán absolutamente nulos" (artículo 552 del Código Civil) (100).

3) De conformidad con el artículo 1302 del Código Civil: "Es nula la fianza que recae sobre una obligación que no es civilmente válida (101).

Se exceptúa el caso en que la nulidad procede de la incapacidad personal del deudor, con tal que el fiador haya tenido conocimiento de la incapacidad al tiempo de obligarse, y que la obligación principal sea válida naturalmente" (102).

4) Los artículos 1378 y 1379 establecen las hipótesis específicas de nulidad de la transacción (si versa sobre delito, dolo o culpa futuros, sobre sucesión futura, sobre alimentos —salvo los ya debidos—, sobre documentos declarados falsos, sobre negocios ya resueltos con cosa juzgada) (103).

5) Existe nulidad de patentes cuando falta el requisito de la novedad (104).

6) Hay normas específicas que regulan la nulidad de los acuerdos de asambleas de socios en materia de sociedades anónimas (artículo 176 del

Código de Comercio), cuya acción "prescribe" (léase "caduca") en un año (artículo 177 del Código de Comercio) (105).

7) Hay también reglas concretas en materia de invalidez de la aceptación de la herencia. De conformidad con el artículo 539 del Código Civil solamente se puede reclamar en los casos en que la ley presume falta de consentimiento, dolo, fuerza o violencia (106).

8) Los actos de disposición de bienes de quien está sujeto a una representación legal necesaria requieren en ciertos casos (artículo 134 del Código de Familia) autorización judicial (107), faltando la cual hay nulidad absoluta (108).

9) Finalmente, cabe destacar algunas reglas especiales con relación a la validez del negocio jurídico testamentario. La invalidez del testamento puede depender de diversos factores, como por ejemplo, de la ilicitud del motivo (artículo 581 del Código Civil), de falta de forma (artículos 583 y ss. del Código Civil) (109) y de incapacidad del testador (artículos 590 y 591 del Código Civil) (110). Esta regla es de tradición romana (111). También hay invalidez por falta de legitimación

(100) "...tratándose de vicios del consentimiento prestado por el deudor principal, podrá el fiador, como "obligado subsidiariamente" negarse a cumplir mientras el contrato pueda ser impugnado, y repetir en su caso, lo prestado, si se produce la impugnación. Todo ello con base a que el fiador no puede estar obligado a más, que el deudor principal, ni, por lo tanto, puede exigírsele el cumplimiento en casos en que éste podría negarlo, ya que se vería privado de la acción de reembolso: la vinculación definitiva de quien salió fiador por un incapaz es la excepción a esta regla general", LA CRUZ, op. cit., supra 36, p. 285. V. SALA DE CASACION, 2 y 55 hrs. del 19 de junio de 1934.

(101) V. SALA DE CASACION de 9 y 45 hrs. del 6 de noviembre de 1926; 2 p.m. de 3 de julio de 1900; 13 de febrero de 1896. Tratándose de ventas de bienes sucesorios de menores no se requieren las informaciones de utilidad y necesidad. Así: SALA DE CASACION, de 15 y 16 hrs. del 3 de junio de 1959; SALA SEGUNDA CIVIL, No. 785, de 10 y 35 hrs. del 28 de setiembre de 1951.

(102) "...de acuerdo con la doctrina tradicional el fiador del incapaz no puede hacer valer esta causa de invalidez, sino que ha de pagar ineludiblemente si aquel no lo hace, sin poder luego pedir reembolso pues la excepción de incapacidad es de las puramente personales del obligado". LA CRUZ, op. cit., supra 36, p. 285.

(103) V. MESSINEO, Francesco, *Manuale di diritto civile e commerciale*, Giuffrè-ed. Milano, vol. quinto, 1958, ps. 231 y 232.

(104) V. MESSINEO, vol. secondo, op. cit., supra 97, p. 494.

(105) V. MESSINEO, op. cit., supra 103, p. 448.

(106) V. MESSINEO, Francesco, *Manuale di diritto civile e commerciale*, Giuffrè-ed. Milano, vol. sexto, 1962, p. 379.

(107) V. MESSINEO, op. cit., supra 56, p. 613.

(108) SALA DE CASACION, 15 y 40 hrs. del 28 de noviembre de 1946 y No. 31 de 9 y 25 hrs. del 18 de marzo de 1944.

(109) "Dado que la forma en el testamento está concebida como elemento esencial (forma constitutiva) efecto coherente sería la nulidad cuando no haya sido observada. . .". MESSINEO, op. cit., supra 106, p. 226. "Si en el legado testamentario otorgado a la actora por el causante no se cumplieron todos los requisitos exigidos, el mismo es absolutamente nulo, sin que para revalidarlo sea legalmente lícito, ahora, a posteriori, incorporarle las formalidades omitidas con otros elementos supletorios, ya que la reglamentación formalista a manera de garantía del acto testamentario no opera "Quod ad probationem", sino "quo ad substantiam". "SALA PRIMERA CIVIL, No. 370 de 9 y 5 hrs. del 3 de setiembre de 1976. V. LANATTA, Rómulo, *Formalidades de los testamentos*, U.M. de S. Marcos, Lima, 1974.

(110) "...debe considerarse probada la incapacidad del testador en el momento de la redacción del testamento, si habiéndose probado la incapacidad en un momento anterior y posterior, las circunstancias del caso (graves, precisas y concordantes) autorizan la respectiva presunción de incapacidad también en el intervalo". PUGLIATTI, op. cit., supra 53, p. 628.

(111) "In eo, qui testatur, ejus temporis, quo testamentum facit, integritas mentis, non corporis sanitas exigenda est". "Al tiempo en que se hace testamento, se ha de exigir, la integridad mental del testador, y no la salud de su cuerpo". LABEON, lib. XXVIII, tit. I, ley 2. Digesto, CABANELLAS, op. cit., supra 76, p. 27.

pasiva del instituido (artículo 592 del Código Civil); en este caso se establece la regla de que "las disposiciones en favor de personas inhábiles son absolutamente nulas, aunque sean hechas simuladamente o por interpuesta persona" (artículo 594 del Código Civil) (112).

La legitimación activa para solicitar la declaración de nulidad corresponde a los interesados, normalmente herederos (113). La legitimación pasiva concierne a quien tenga interés en hacerlo declarar válido (114).

Es interesante observar que en la mayoría de las hipótesis de invalidez testamentaria la nulidad se refiere "a una determinada disposición testamentaria" con deficiencias o vicios, no al testamento como totalidad (115).

En doctrina se admite, como hipótesis excepcional, la posibilidad de confirmación, por parte de los herederos que conociendo el motivo de nulidad han confirmado la disposición o le han dado ejecución voluntaria (116).

5) DISTINCIONES PREVIAS:

A) Invalidez e irrelevancia.

Es frecuente la afirmación de que el acto nulo no existe; con ello se incurre en una confusión entre dos tipos de calificaciones que obedecen a razones diversas. La invalidez no significa irrelevan-

cia (117). Relevante es el hecho que incide sobre intereses jurídicos (positiva o negativamente). Válido es, en cambio, el comportamiento que proyecta intereses que son valorados positivamente (118). La simple calificación sobre el plano de la relevancia no implica necesariamente la conformidad del hecho con el sistema (119).

Entre la calificación de relevancia (o irrelevancia) y la de validez (o invalidez) hay un orden lógico: para que un comportamiento sea calificado de válido o inválido debe ser, en primer término, relevante (120). De un hecho irrelevante no puede decirse que sea válido o inválido (121), ello en razón de que "la mera cualificación sobre el plano de la relevancia no implica, necesariamente la validez" (122).

La invalidez es, según lo dicho, un predicado del negocio, no equivale a su ausencia (123), sino que presupone necesariamente su existencia (124).

En resumen inexistente es el negocio que no presenta perspectivas de producción de efectos. La simple relevancia jurídica presenta dos perfiles; uno objetivo, en el cual se define como la aptitud de la situación de hecho para desplegar los efectos previstos por la norma; otro subjetivo, en el cual ella se define como la investidura de un sujeto en la posición de destinatario de aquellos efectos (125).

(112) V. SALA DE CASACION de 16 hrs. del 2 de junio de 1954.

(113) V. MESSINEO, op. cit., supra 106, p. 258.

(114) V. MESSINEO, op. cit., supra 106, p. 259.

(115) "La nulidad parcial es concebible, no solamente en consideración al principio "utile per inutile non vitiatur", sino, sobre todo, porque algunas de las razones de invalidez pueden, en efecto, afectar solamente cláusulas particulares y no necesariamente todo el contexto". MESSINEO, op. cit., supra 106, p. 228.

(116) V. BETTI, op. cit., supra 35, p. 357.

(117) V. SCOGNAMIGLIO, op. cit., supra 2, p. 368.

(118) "El hecho es relevante solamente porque el interés proyectado entra en el ámbito de los intereses tomados en consideración por el Derecho; el hecho es válido si el interés proyectado es juzgado conforme a los intereses o valores del sistema". TOMMASINI, op. cit., supra 38, p. 8. Se expresa ahí mismo: "El hecho relevante proyecta ya un núcleo de intereses".

(119) V. TOMMASINI, op. cit., supra 38, p. 9.

(120) V. MESSINEO, op. cit., supra 56, p. 610 y CARNELUTTI, Francesco, *Teoria generale del diritto*, Soc. ed. del Foro Italiano, Roma, 1951, p. 318.

(121) V. TOMMASINI, op. cit., supra 38, p. 9.

(122) V. TOMMASINI, op. cit., supra 38, p. 9.

(123) V. SCOGNAMIGLIO, op. cit., supra 2, p. 339.

(124) "... la nulidad que opera como mera sanción del Ordenamiento frente al contrato no conforme con sus prescripciones y constituye el resultado de una valoración del acto, presupone en todo caso su existencia (si el contrato no existe no tiene sentido indagar si es o no válido). De esto deriva que la inexistencia es algo fuera de la calificación jurídica; sin embargo asume un cierto significado para el Derecho, pues permite identificar una figura y causa autónoma de irrelevancia". SCOGNAMIGLIO, op. cit., supra 3, p. 231. "La invalidez, aun en su forma más grave, presupone la existencia del negocio. Sólo lo que existe puede calificarse de válido o inválido". CARIOTA FERRARA, op. cit., supra 95, p. 334. "... la estimación de un negocio como nulo presupone, por lo menos que el negocio exista como supuesto de hecho que, por lo tanto, exista una figura. ...". BETTI, op. cit., supra 35, p. 352.

(125) V. FALZEA, op. cit., supra 36, p. 28.

B) Invalidez e ilicitud.

Conviene establecer también, desde ahora, la distinción entre los conceptos de "ilicitud" e "invalidez", sus rasgos comunes y sus puntos de contacto.

Los rasgos comunes se encuentran en que ambas calificaciones se refieren a comportamientos jurídicamente relevantes y en que en ambos casos los comportamientos son valorados negativamente (126).

Invalidez e ilicitud se diferencian, en cambio, en ciertos aspectos: sus ámbitos subjetivos, sus fundamentos y sus consecuencias.

La ilicitud tiene un ámbito más amplio que la invalidez (ella opera frente a todos los comportamientos humanos, comisivos y omisivos, reales y declarativos. No así la invalidez que es calificación exclusiva de los comportamientos inmateriales, esto es, aquellos donde es posible establecer una relación de significación entre una realidad manifestante y una realidad manifestada).

La invalidez, por su parte, deriva de la inobservancia de los requisitos formales y sustanciales predeterminedos en los esquemas legales e incide exclusivamente sobre los efectos jurídicos; la ilicitud, en cambio, es una calificación de otro tipo: dada su peculiar función, tiene como forma de reacción la sanción (pena o resarcimiento) (127).

Los puntos de contacto se encuentran en materia negocial cuando la ilicitud de algunos elementos perjudica el acto determinando su invalidez, como ocurre en los casos de objeto o causa ilícitos; en estas hipótesis el vicio se encuentra en la contrariedad del contenido negocial respecto a normas imperativas o prohibitivas (128).

C) Invalidez, rescisión y resolución.

Los conceptos de invalidez, rescisión y resolución han sido materia de múltiples discusiones y confusiones derivadas fundamentalmente de la falta de una clara diferenciación (129). La misma doctrina contemporánea incurre en falta de precisión terminológica (130); análogas confusiones se observan en la ley (por ejemplo, en el artículo 836 del Código Civil) y en la jurisprudencia (131). Nuestra doctrina también revela indiferenciación (132).

Si bien es cierto que tanto en la rescisión como en la resolución la patología se encuentra en la función del contrato y en los intereses que las partes al celebrarlo persiguen (133), entre ambos institutos hay profundas diferencias: en un caso se trata de hechos posteriores (resolución) que determinan una "eliminación" (o ineficacia sobreviniente definitiva); en el otro caso (rescisión) se trata de una desproporción originaria entre las prestaciones derivada de un aprovechamiento de una parte de un estado de necesidad o de peligro de la otra.

La rescisión también se distingue de la invalidez. El contrato rescindible está caracterizado por el hecho de que las modalidades del acto han sido determinadas por ciertas circunstancias (estado de peligro o necesidad) que ofreciendo a una parte la oportunidad de obtener un provecho, han causado una desproporción entre las dos prestaciones. Con respecto a la eficacia hay gran diferencia entre el contrato rescindible y el contrato anulable, tanto desde el punto de vista sustancial, como desde el punto de vista formal. "Desde el primer perfil la estructura de la figura anulable, lo mismo que la rescindible, presenta una lesión de intereses de una

(126) V. TOMMASINI, op. cit., supra 38, p. 11.

(127) Así TOMMASINI, op. cit., supra 38, p. 11.

(128) V. SCOGNAMIGLIO, op. cit., supra 2, p. 378.

(129) Es interesante observar que ya en la antigua India, en el Código de Manú se habían distinguido estas calificaciones. Dentro de la competencia del Rey se fijaba: lo relativo a contratos donde faltaban elementos para el nacimiento del efecto (ineficacia en sentido estricto), lo relativo a "negativa a cumplir con lo convenido" (resolución) y la anulación de la compraventa (invalidez). V. MANAVA DHARMA SASTRA, *Leyes de Manú*, Editora Nacional, México, pág. 227.

(130) Se ha dicho, por ejemplo, que "Hoy las palabras nulidad y rescisión son sinónimas...". COLIN Y CAPITANT, *Derecho Civil*, Instituto Editorial Reus, Madrid, 1960, Tomo 3, p. 755.

(131) V. por ejemplo: SALA DE CASACION, No. 80 de 15 hrs. del 12 de julio de 1968. La misma materia de la nulidad en el Código Civil se encuentra dentro del título V, del libro III (obligaciones) que se refiere a los modos de extinción de las obligaciones. Esto ha sido criticado: "Si la obligación no nació no puede extinguirse". ARIAS, Juan Luis, *Apuntes del curso de Derecho Civil-obligaciones*, Facultad de Derecho, 1969.

(132) Se incluye la rescisión dentro de las formas de invalidez. V. BRENES, op. cit., supra 56, p. 19. Se trata más bien de una hipótesis de impugnabilidad que determina ineficacia. Se ha dicho también que la inexistencia se confunde con la nulidad, pues "no hay una línea bien definida que las separe". BRENES, op. cit., supra 56, p. 238.

(133) V. FRANCESCHELLI, op. cit., supra 57, p. 373.

de las partes; es distinta, sin embargo, la causa que determina la lesión de intereses. En el contrato anulable la lesión puede derivar de un vicio de la voluntad, por ejemplo; en el contrato rescindible la voluntad se ha formado regularmente y la lesión deriva de la desproporción mencionada (134).

6) NOTAS TEORICO GENERALES SOBRE LA INVALIDEZ.

A) La acción de invalidez.

La acción de invalidez puede ser declarativa o constitutiva, según que se refiera a negocios nulos o anulables, respectivamente. En ambos casos conlleva una acción restitutoria (135). Así, frente a un contrato inválido pueden pedirse dos cosas a) que se declare la invalidez, "de manera que se enerve toda exigencia basada en el contrato inválido y quede expedito el camino para el ejercicio de derechos o la eficacia de títulos que quedarían contrarios por el contrato inválido. . . b) que las cosas entregadas o, en general, las prestaciones realizadas con base en el contrato inválido, se restituyan a quien prestó" (136).

La legitimación activa depende de la relatividad o absolutez de la invalidez. Así "cuando un contrato está afectado de nulidad absoluta, todos los interesados pueden prevalerse de esa nulidad; es decir, en primer lugar, los contratantes y todos los que tengan interés en hacer constar dicha nulidad del acto, lo que comprende a todos los causahabientes de los contratantes. Por el contrario, tan sólo el contratante incapaz, o víctima del error, de un dolo o de un acto de violencia. . . puede hacer anular el contrato que ha celebrado. La otra persona que ha contratado con él no disfruta del mismo derecho" (137).

Aunque tradicionalmente se confunden, las dos clasificaciones de la invalidez, en actos nulos y anulables, y la de invalidez absoluta y relativa, responden a ideas diferentes.

La clasificación "nulidad y anulabilidad" considera la causa de invalidez en sí misma —falta o vicio de elementos o presupuestos— (138).

La clasificación "invalidez absoluta e invalidez relativa" toma en cuenta, más bien, el sujeto a quien corresponde el derecho de pedir su pronunciamiento (139).

B) Las consecuencias de la invalidez.

El efecto general que deriva de toda invalidez constatada o decretada del negocio jurídico es la obligación de quien ha recibido algo, en ejecución del negocio inválido, de restituirlo (140).

Nuestro Código Civil establece que la invalidez declarada da derecho a las partes a ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo. Sin embargo, si la invalidez deriva "de la ilicitud del objeto o de la causa no puede repetirse lo pagado a sabiendas" (141).

El derecho de exigir la restitución tiene como presupuesto de ejercicio la entrega o consignación de lo que se deba como resultado de la invalidez (en este sentido: artículo 846 del Código Civil).

Los efectos de la invalidez comprenden también a los terceros poseedores de la cosa, objeto del negocio nulo, salvo lo dispuesto en materia de "Prescripción" y de "Registro" (artículo 847 del Código Civil). De este modo, puede ejercitarse contra ellos la acción real de reivindicación. Se ha explicado sobre este punto que: ". . . el subadquirente recibió la cosa de un no propietario, y por lo

(134) V. TOMMASINI, op. cit., supra 38, p. 16. V. la reforma al artículo 1023 del Código Civil por ley 6015 de 7 de diciembre de 1976.

(135) "Sea cual fuere la naturaleza de la nulidad que pueda afectar a un acto, hay derecho para reclamar su declaratoria por medio de una acción o de una excepción, según el caso. Y una vez declaradas, las partes recobran la misma posición que tenían antes de ocurrir el acto invalidado, por cuanto el recurso anulatorio tiende al restablecimiento de la situación de hecho y de derecho existente en la época en que ocurrió el vicio que produjo la invalidación". BRENES, op. cit., supra 56, p. 241.

(136) LA CRUZ, op. cit., supra 36, p. 283.

(137) COLIN Y CAPITANT, op. cit., supra 130, ps. 752 y 753.

(138) V. SALA PRIMERA CIVIL, No. 78 de 9 hrs. del 12 de marzo de 1976.

(139) V. SALVAT, op. cit., supra 54, p. 1024, BARASSI, Lodovico, *Istituzioni di diritto civile*, Giuffrè-ed. Milano, 1955, p. 156.

(140) V. MESSINEO, op. cit., supra 56, p. 624. Se ha explicado esta solución en el sentido de que "Los desplazamientos patrimoniales operados eventualmente en supuesto cumplimiento del contrato inválido carecen de causa o fundamento jurídico. En hipótesis, en ausencia de otra previsión legal, el contratante que realizó la prestación podría, bien reivindicar la cosa entregada, bien repetir lo indebidamente pagado o ejercitar una acción de enriquecimiento. Pero el Código establece un cauce específico, con la peculiaridad de que, cuando en atención al contrato inválido se han cumplido prestaciones corresponsivas, mantiene la reciprocidad en su restitución". LA CRUZ, op. cit., supra 36, p. 295.

(141) Gérmes de este principio se encontraban en el Código de Hamurabi. V. transcripción en GUIER, Jorge E. *Historia del Derecho*, Primera parte, San José, 1968, p. 170.

tanto sin eficacia traslativa de la propiedad: su título es válido pero ineficaz. Salvo que haya usucapido (usucapición ordinaria) o esté protegido por el Registro. . . quedará sujeto a la reivindicación por Primus que no ha dejado de ser propietario. Es decir, Primus puede recuperar la cosa de manos de Tertius mediante la acción real de reivindicación, no mediante la acción personal de restitución. . . que necesariamente se restringe a quienes fueron parte en el contrato inválido, presuponiendo una restitución recíproca sólo pensable entre ellos. . ." (142).

A falta de posibilidad de restitución se produce lo que se llama "restitución por equivalente" (143).

Otro efecto posible de la invalidez es de orden indemnizatorio. Se sostiene que si uno de los contratantes conocía la causa de invalidez y no lo ha comunicado a la otra, debe resarcirle los daños que deriven de la confianza generada en la validez del contrato (144).

C) El problema de la invalidez parcial.

La nulidad y la anulabilidad se califican de totales o parciales según que perjudiquen todo el negocio o solamente una parte (145). La diferencia práctica entre estas dos posibilidades es grande: el acto nulo totalmente no tiene eficacia, el acto parcialmente nulo puede tenerla dentro de ciertos límites (146).

Teóricamente son posibles las dos soluciones: que la invalidez perjudique el resto del negocio o que no lo haga, manteniéndose en este segundo caso la invalidez limitada a aquella disposición o parte del contenido preceptivo del negocio (147). -Acoge la primera solución el Código alemán (148) y la segunda el Código italiano (149). En nuestro sistema no hay una regla general, pero en diversas hipótesis se observan casos de invalidez (únicamente) parcial, según veremos.

Los desarrollos de la teoría de la invalidez parcial tienen sus orígenes en Roma y se han formalizado en el aforismo de que lo útil no se vicia por lo inútil (150). En este caso, la cláusula inválida se separa del resto del negocio, el cual queda en pie (151).

El principio que se encuentra detrás de la regla es el principio de conservación (152), también de formulación romana (153).

Veamos cuáles son los casos de invalidez parcial en nuestro Código Civil:

a) Establece el artículo 709 del Código Civil que "La nulidad de la obligación principal acarrea la de la cláusula penal; pero la nulidad de ésta no produce la de la obligación principal".

b) Por su parte, el artículo 593 del mismo cuerpo legal preceptúa la nulidad de las disposiciones testamentarias donde el beneficiario es la Iglesia en cuanto excedan de un diez por ciento del caudal hereditario. No anulan todo el testamento y

(142) LA CRUZ, op. cit., supra 36, p. 297. Sobre el tema v. MESSINEO, op. cit., supra 4, p. 673, BORDA, op. cit., supra 56, p. 419.

(143) "... siempre que el obligado por la declaración de nulidad a la devolución de la cosa, no pueda devolverla por haberse perdido, deberá restituir los frutos percibidos y el valor de la cosa cuando se perdió con los intereses desde la misma fecha". El precepto se refiere a la pérdida de la cosa en manos del demandado y, en mi concepto, presupone su mala fe, por lo que se impone la restitución por equivalente, aun cuando la pérdida sea fortuita. . .". LA CRUZ, op. cit., supra 36, p. 296. A mi juicio la restitución por equivalente es independiente de la valoración subjetiva y se fundamenta en las reglas de la acción reivindicatoria, dando simplemente solución particular al problema.

(144) V. LA CRUZ, op. cit., supra 36, p. 304 y STOLFI, op. cit., supra 37, p. 91. Puede ocurrir, por supuesto, que haya nulidad sin indemnización. V. BORDA, op. cit., supra 56, p. 416.

(145) V. CARIOTA FERRARA, op. cit., supra 95, p. 364 y FRANCESCHELLI, op. cit., supra 57, p. 112. V. tamb. BORDA, op. cit., supra 56, p. 404, BARASSI, op. cit., supra 139, p. 157.

(146) V. STOLFI, op. cit., supra 37, p. 64.

(147) V. BETTI, op. cit., supra 35, ps. 360 y 361.

(148) "La nulidad parcial de un negocio implica su nulidad total, a menos que se infiera que los interesados lo mismo lo hubieran celebrado sin la parte nula". VON THUR, Andreas, *Parte general del Derecho Civil*, Ediciones Juricentro, S.A., San José, 1977, p. 91.

(149) V. CARIOTA FERRARA, op. cit., supra 95, p. 365. "... se presume la nulidad parcial, salvo que resulte que las partes no hubiesen celebrado el negocio sin aquella parte viciada de nulidad". GULLON BALLESTEROS, Antonio, *Curso de Derecho Civil, El Negocio Jurídico*, Editorial Tecnos, Madrid, 1969, p. 201. V. tamb. TORRENTE, op. cit., supra 42, p. 243.

(150) "Non vitiatur utile per inutile", ULPIANO, Lib. XLV, tit. I. V. CABANELLAS, op. cit., supra 76, p. 38.

(151) V. CARIOTA FERRARA, op. cit., supra 95, p. 369. "En tal caso quedan a salvo los efectos que dependen de la parte, o de la cláusula del negocio que permanece válida". MESSINEO, op. cit., supra 56, p. 615.

(152) V. RESCIGNO, Pietro, *Manuale del diritto privato italiano*, Jovene-editore, Napoli, 1973, ps. 73 y 313.

(153) "Se ha de estar por la validez con preferencia a la nulidad", CABANELLAS, op. cit., supra 76, p. 148.

la misma disposición es nula solamente en el exceso.

c) La donación sólo puede comprender los bienes presentes del donante (artículo 1398, inciso 2, del Código Civil: "También es absolutamente nula... 2.— La donación de bienes por adquirir"). Si la donación comprende, entre otros, bienes futuros, es nula solamente respecto a estos.

d) Las disposiciones en favor de personas inhábiles son absolutamente nulas en materia testamentaria, según lo establece el artículo 594 del Código Civil; no invalidan el testamento, sino que más bien pueden generar un derecho de acrecer (artículo 569 del Código Civil).

e) El legado de cosa ajena es nulo (artículo 598 del Código Civil). Sin embargo, si la cosa legada es en parte del testador, el testamento es válido en cuanto a aquella parte.

f) El usufructo constituido a favor de persona jurídica (154) por más de treinta años es inválido en cuanto al exceso (artículo 359 del Código Civil).

g) De conformidad con el artículo 1094 del Código Civil "Cuando la convención no ha regulado la duración de la facultad de retroventa, o cuando ha indicado un término mayor de cinco años, el plazo para ejercitarla, queda, de pleno derecho, fijado o reducido a ese término...". En este caso, si el plazo excede el límite es válido sólo dentro de la duración consentida por la ley.

h) "La obligación solidaria puede ser nula respecto a un deudor sin que esto afecte a los demás cuando la nulidad se fundare en motivo que sólo concierna a la parte que la alegue". El requisito "para que el acto jurídico pueda ser sólo parcialmente anulado, es que sus diversas disposiciones, o mejor dicho, los diversos actos de disposición que él encierra, sean separables, por ejemplo, si un testamento es válido en sus formas, la nulidad de la institución de herederos, por cualquier causa que fuere, no anula sus otras disposiciones. Por excepción, son indivisibles y deben considerarse inseparables las diversas cláusulas de una transacción" (155).

7) Los tipos de invalidez.

También con relación a la delimitación de los tipos de invalidez hay confusión doctrinaria (156).

El Derecho positivo no regula, en forma general, la invalidez (lo que no es obstáculo para que el jurista, partiendo de los datos concretos, pueda elaborar un concepto con funcionalidad teórico-general), sino que prevé una disciplina particularizada (157) y diversas formas (158).

El negocio jurídico inválido puede ser nulo o anulable y existen normas que disciplinan separadamente estas dos categorías (159).

El fundamento de la distinción ha sido puesto, no en consideraciones lógico-formales, sino en razones de oportunidad y adecuación que el legislador ha elaborado sobre las circunstancias reales

(154) V. CARIOTA FERRARA, op. cit., supra 95, ps. 366 y 367.
(155) SALVAT, op. cit., supra 54, p. 1033.

(156) Un ejemplo puede verse en el siguiente texto: "Los actos o fenómenos jurídicos pueden clasificarse así: en actos jurídicos propiamente tales; en actos inexistentes, por carecer de alguna de las causas o requisitos de existencia, sino por ser contrarios a las normas fundamentales del Derecho, por no servir en buenas cuentas, para realizar la misión suprema del Derecho, la cual es la de facilitar la vida de relación de los individuos de la especie humana y, por último, en actos que, por carecer de alguna de las condiciones internas o externas exigidas por el Derecho pueden ser anulados...". ALVAREZ, Teodoro. *Derecho Civil, Teoría de los actos jurídicos*. Editorial Nascimento, Santiago, Chile, 1949, p. 21.

(157) V. LA CRUZ, op. cit., supra 36, p. 275.

(158) V. SCOGNAMIGLIO, op. cit., supra 2, p. 390, BRANCA, Giuseppe, *Istituzioni di diritto privato*, Zanichelli, Bologna, 1973, p. 90, VENZI, Giulio, *Manuale di diritto civile italiano*, UTET, Torino, 1933, p. 163.

(159) "En el Código Civil alemán encontramos netamente establecidos dos grados de "ineficacia" de los actos jurídicos: 1.— Los actos nulos o nulidad; 2.— Los actos anulables o anulabilidad; algunos autores creen encontrar en él, por lo menos tácitamente establecida, la categoría de los actos inexistentes. La distinción en actos nulos y anulables, por otra parte, tiene en el Código Civil alemán un sentido nuevo, completamente desconocido en la legislación de los demás países, a saber: la anulación, en el caso de los actos anulables o anulabilidad, no exige la intervención de la justicia ni declaración judicial alguna; es suficiente que la parte que tiene el derecho de invocarla lo haga saber a la otra, sea por una declaración expresa, sea tácitamente; si la otra parte pretende que las condiciones de la anulabilidad no existen y que el acto es válido, es ella la llamada a promover las acciones judiciales del caso". SALVAT, op. cit., supra 54, p. 1010. "En el derecho civil francés encontramos tres categorías de invalidez de los actos jurídicos: actos inexistentes, nulos y anulables, o, en otros términos: inexistencia, nulidad y anulabilidad, respectivamente. En nuestro Código Civil (Argentina) sólo encontramos dos grados de invalidez: actos nulos y anulables; los primeros, salvo diferencias de detalle, comprenden las dos categorías de actos inexistentes y nulos. La mayor simplicidad de nuestro Código nos parece perfectamente justificada si se tiene en cuenta la falta de alcance práctico de la distinción entre actos inexistentes y nulos". SALVAT, op. cit., supra 54, p. 1012. V. TORRENTE, op. cit., supra 42, p. 240.

(160). Para otros reposa sobre las exigencias concretas que revelan la deformidad respecto al esquema normativo (161). Se ha dicho también que ella depende de la gravedad del vicio (162). Para otros, en fin, depende de la exigencia de graduar la reacción del Derecho frente a las diversas anormalidades (163). Se distingue, complementariamente, por su modo de operar (164) y por la eficacia (165).

De conformidad con la doctrina mayoritaria nulidad y anulabilidad pueden distinguirse según diversos criterios: a) prescriptibilidad de la acción (166), b) según haya falta o vicio de un elemento (167), c) según la eficacia (168), d) según que haya o no posibilidad de declararla de oficio (169), e) según la legitimación activa para reclamarla (170) y f) según la posibilidad de convalidación (171).

(160) LA CRUZ, op. cit., supra 36, p. 273.

(161) "La diversidad de las formas de invalidez es coherente con la lógica que preside el juicio en términos de disvalor. En efecto, mientras que la conformidad entre hecho y esquema normativo presenta un tratamiento unitario—en tal sentido la validez no tiene articulaciones—, la diformidad, y consecuentemente el juicio de "disvalor", no puede presentarse uniformemente, sino que debe asumir rasgos diversos para realizar mejor el equilibrio de valores de que la norma es portadora con las exigencias que los hechos de la vida evidencian". TOMMASINI, op. cit., supra 38, p. 11. Según otros depende de la importancia de los preceptos STOLFI, op. cit., supra 37, p. 61.

(162) V. BRENES, op. cit., supra 56, p. 242. "...se puede decir que la anulabilidad se presenta cuando falte un presupuesto de validez, o bien, cuando un elemento esencial del negocio se halle simplemente viciado, mientras que se tiene nulidad sólo cuando un elemento del negocio está, precisamente, ausente". BETTI, op. cit., supra 35, p. 353.

(163) V. SCOGNAMIGLIO, op. cit., supra 3, p. 236.

(164) "La calificación negativa opera diversamente en las dos especies de invalidez. En la hipótesis de vicio que causa nulidad el mecanismo de valoración consiste en una operación objetiva, un mero enfrentamiento entre hecho y esquema legal. En cambio, en la hipótesis de vicio productor de anulabilidad el mecanismo es más complejo por la consideración del interés del sujeto que puede obtener ventaja o perjuicio del acto: en tal caso, el Ordenamiento, aun calificando negativamente el acto, le atribuye efectos jurídicos provisionales que el sujeto titular del interés puede reducir a nada o hacer definitivos". TOMMASINI, op. cit., supra 38, p. 14.

(165) "La valoración negativa de una declaración negocial deriva de la falta de alguno de los requisitos... o de la programación de una actividad que persigue un fin ilícito: en tales casos el acto es calificado como nulo. Está también valorado negativamente el acto que no proyecta o es fundadamente dudoso que proyecte el efectivo interés de un sujeto: negocio realizado por el incapaz, o viciado por error, dolo o violencia psíquica. En estas hipótesis, a pesar de los vicios, el Ordenamiento no excluye a priori la eficacia del acto, sino que atribuye a esta eficacia carácter de precariedad, remitiendo al sujeto interesado... la valoración acerca del carácter ventajoso o perjudicial del acto y la consecuente decisión sobre su conservación o eliminación". TOMMASINI, op. cit., supra 38, p. 14. Estos diversos criterios deben integrarse. V. BORDA, op. cit., supra 56, p. 392.

(166) "La acción declarativa de la nulidad no prescribe nunca porque, no habiendo necesidad de la declaración judicial para quitar eficacia al acto nulo, no hay derecho para pedir la nulidad que pueda perderse con el transcurso del tiempo (en Costa Rica se da un tratamiento diverso, según veremos); en cambio, la acción de anulación se extingue por prescripción, porque se fundamenta en un derecho concedido a personas determinadas, que se ejercita mediante la correspondiente acción". STOLFI, op. cit., supra 37, p. 87 "...es natural que la nulidad, al contrario que la anulabilidad, no se prescriba y no se sane, según principio...". BETTI, op. cit., supra 35, p. 355. V. tamb. RESCIGNO, op. cit., supra 152, p. 311.

(167) "...sobre la eficacia del negocio puede incidir la falta o vicio de un elemento que se refiera a la conclusión misma del negocio: se habla entonces de invalidez del negocio en sus dos especies de la nulidad y de la anulabilidad. Los negocios nulos son ineficaces al origen; los negocios anulables son negocios eficaces que vienen privados de los efectos mediante el pronunciamiento judicial de anulación". RESCIGNO, op. cit., supra 152, p. 310.

(168) "Los negocios nulos... son negocios improductivos de efectos, a diferencia de los negocios anulables que permanecen eficaces hasta el pronunciamiento y adquieren definitiva eficacia cuando la impugnativa no pueda ejercitarse o el sujeto legitimado a impugnar los convalide". RESCIGNO, op. cit., supra 152, p. 73. "El acto nulo no produce ninguno de los efectos jurídicos a que por su índole habría dado origen si hubiese sido válidamente realizado; el anulable, en cambio, produce los efectos de que es capaz, hasta que no sea anulado". STOLFI, op. cit., supra 37, p. 86.

(169) "...una causa de nulidad puede ser relevada por el juez de oficio, en el proceso, sin necesidad de que una específica demanda exista, mientras que la causa de anulación debe ser hecha valer por el sujeto legitimado". RESCIGNO, op. cit., supra 152, p. 311. En Costa Rica, según veremos, por jurisprudencia, no se admite la declarabilidad de oficio de la nulidad negocial.

(170) "El acto nulo está privado de efectos frente a todos, partes o terceros pueden actuar para hacerlo declarar nulo; el negocio anulable, en cambio, concediéndose la acción sólo a determinadas personas, puede ser impugnado sólo por ellas". STOLFI, op. cit., supra 37, p. 86. "La legitimación para actuar por la nulidad del acto corresponde a quien tenga interés; la legitimación para la acción de anulación es en cambio atribuida solamente al sujeto en cuyo interés se ha establecido por la ley". RESCIGNO, op. cit., supra 152, p. 311. V. BORDA, op. cit., supra 56, p. 396.

(171) "El acto nulo es insanable; contrariamente al acto anulable que puede ser convalidado por el transcurso del tiempo y por la confirmación, que puede resultar de la ejecución voluntaria del negocio". STOLFI, op. cit., supra 37, p. 86. "Los negocios nulos no pueden ser sanados mediante la convalidación del autor. La convalidación o confirmación es permitida en cambio para los negocios anulables al sujeto a quien corresponde el poder de anulación. La convalidación es también un acto de autonomía negocial consistente en una declaración, o en un comportamiento, o sea la ejecución voluntaria del acto anulable, realizada con conocimiento del motivo de anulabilidad". RESCIGNO, op. cit., supra 152, ps. 73 y 311. V. tamb. LA CRUZ, op. cit., supra 36, p. 275. V. BORDA, op. cit., supra 56, p. 399.

Estos criterios adquieren matices particulares en nuestro Ordenamiento, según veremos más adelante.

Con respecto a ambos tipos se dice que la sentencia es retroactiva (172).

A) Notas sobre la inexistencia. No se trata de invalidez.

Sobre la calificación de "inexistente" aplicada a un negocio jurídico se ha llegado a decir que genera una expresión contradictoria. Es interesante, en todo caso, la reconstrucción del concepto y la determinación de su posible utilidad.

A diferencia de la invalidez y la ineficacia, en la inexistencia falta del todo el negocio (173). En la inexistencia, a diferencia de la ineficacia, no encontramos un supuesto potencialmente eficaz (174). Siendo la inexistencia la forma más radical de "ineficacia" (en sentido amplio) el negocio inexistente no puede calificarse ni de inválido ni de ineficaz en sentido estricto (175).

La formulación de la idea tiene raíces en Roma (176), sin embargo, el concepto es una construcción conceptual de la doctrina francesa "que se sirvió de ella con el fin práctico de eludir las rigurosas consecuencias a que en el Derecho de aquel país conducía el principio tradicional consagrado por la jurisprudencia que imponía el carácter taxativo de las causas de nulidad (pas de nullité sans texte). Efectivamente, partiendo de la idea de

que la nulidad sólo puede ser acordada con base en un texto legal, los intérpretes se encontraron frente a supuestos en los cuales el texto legal faltaba, pero en los cuales una absoluta "ineficacia" venía exigida por la naturaleza misma de las cosas" (177).

Se ha puesto en duda la utilidad y necesidad del concepto (178). El sirve, sin embargo, para distinguir aquellos casos donde exista algo de la figura (una parte o su apariencia) (179). La diferencia es clara si se observa que en algunos de los casos de nulidad absoluta previstos en el artículo 835 del Código Civil no puede hablarse de inexistencia (180). Aunque se trata de cosas diversas, como se ha explicado, nuestro legislador ha regulado la inexistencia como una de las modalidades de la nulidad (artículo 835, inciso 1, in fine, del Código Civil).

Hay inexistencia en el negocio realizado en representación teatral, con fines didácticos, o en broma, lo mismo que en las promesas de cortesía (181). También en los casos donde, por disposición, no pueda realizarse un determinado contrato se ha hablado de inexistencia (182). La hipótesis referida, sin embargo, corresponde a la nulidad absoluta derivada de contrariedad a normas prohibitivas (artículo 10 del Código Civil).

B) La nulidad.

Con la expresión nulidad hacemos referencia a

(172) V. STOLFI, op. cit., supra 37, p. 87.

(173) V. SCOGNAMIGLIO, op. cit., supra 2, p. 405. "... la relevancia de un hecho debe buscarse en sus mínimos existenciales...". TOMMASINI, op. cit., supra 38, p. 9. V. BONET, Francisco, *Compendio de Derecho Civil*, Tomo I, Parte general, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1959, p. 726.

(174) V. FALZEA, op. cit., supra 36, p. 42.

(175) V. SCOGNAMIGLIO, op. cit., supra 2, p. 329. TORRENTE, op. cit., supra 42, p. 240.

(176) "Quod non est, confirmari non potest". Lo inexistente no puede confirmarse. CABANELLAS, op. cit., supra 76, p. 106. Así lo ha sostenido nuestra jurisprudencia: "Ni la escritura ni su inscripción pueden tener la virtud de otorgar existencia legal a un acto o contrato que carece de ella...". SALA DE CASACION, No. 22 de 14 y 30 hrs. del 31 de marzo de 1970.

(177) DIEZ PICAZO, op. cit., supra 34, p. 287. BORDA, op. cit., supra 56, p. 408.

(178) "... el concepto, así diseñado, desde nuestro punto de partida carece seguramente de utilidad y de necesidad. Carece de utilidad porque la inexistencia no produce unas consecuencias jurídicas mayores que aquellas a las que conduce la nulidad radical y absoluta. Y carece de necesidad porque, como ya antes hemos señalado, no es preciso que la nulidad esté taxativamente impuesta por la ley, sino que basta con que venga exigida por el significado y por la finalidad que deba atribuírse a la propia ley o por obra de los principios generales del Derecho". DIEZ PICAZO, op. cit., supra 34, p. 287. Tamb. BORDA, op. cit., supra 56, p. 410.

(179) V. SCOGNAMIGLIO, op. cit., supra 2, p. 340.

(180) V. FRANCOESCHELLI, op. cit., supra 57, p. 111.

(181) V. SCOGNAMIGLIO, op. cit., supra 2, ps. 340 y 341.

(182) "No es dable admitir que un médico empleado a sueldo, a tiempo completo, del Hospital San Juan de Dios pueda cobrar honorarios por los servicios que preste en la sección de Pensionado, pues no puede en tales condiciones surgir un vínculo contractual o extracontractual con el paciente". SALA DE CASACION, No. 9, de 16 y 30 hrs. del 18 de enero de 1967.

una valoración negativa de una situación que no integra el contenido previsto por la norma jurídica en hipótesis específicas (183). Se califica de nulo el negocio que, por falta de un elemento esencial, o contrariedad a normas imperativas (184), carece de aptitud para dar vida jurídica a la situación correspondiente a su función económico-social (185). Se habla, pues, de nulidad, cuando faltan elementos esenciales o constitutivos del negocio (186).

La nulidad ha sido caracterizada por algunos como ineficacia radical (confundiéndose ineficacia con invalidez) (187), estructural y automática. El negocio nulo tiene su irregularidad en la formación y, se sostiene en doctrina —aunque ya veremos las atenuaciones existentes en nuestro Ordenamiento con relación a la prescripción y a la declarabilidad de oficio— que se produce sin necesidad de que sea ejercitada ninguna acción y puede declararse de oficio (188).

Al respecto afirma Brenes Córdoba: *"En su condición más general, nulidad es el estado o condición de un acto jurídico o de un convenio que por contener algún vicio en su esencia o en su forma, no es apto para producir en Derecho los efectos que produciría a no existir el vicio de que adolece. También se designa con este nombre el*

defecto mismo que ocasiona la ineficacia de la especie que ocurre, y así se dice que tal contrato 'está viciado de nulidad' " (189). Sobre esta definición cabe observar lo ya expresado: invalidez e ineficacia operan sobre planos diversos.

El negocio nulo —se dice— no produce efectos (190); la acción para alegar esta forma de invalidez corresponde a cualquier interesado (191); la acción no está sujeta a prescripción (solución no admitida en nuestro sistema de conformidad con el artículo 837 del Código Civil) y se trata de una forma de invalidez que no puede ser convalidada (artículo 837, Código Civil) (192).

A la nulidad corresponden también los caracteres genéricos de la invalidez: responde a causas originarias y —se dice— constituye una sanción impuesta por la ley (193). Según lo visto, esta segunda característica sólo es referible a la invalidez que deriva de ilicitud.

Se ha discutido la operatividad de la nulidad con independencia de texto específico que la imponga expresamente. Esta es negada dentro de la tradición francesa (*pas de nullité sans texte*). En nuestro Derecho la regla parece ser contraria, pues el artículo 10 del Código Civil expone con gran generalidad que los actos o convenios contra leyes prohibitivas serán nulos (194), salvo que en las

(183) V. FALZEA, op. cit., supra 36, p. 323.

(184) "La nulidad del negocio puede derivar de diversas causas que se pueden agrupar en dos categorías: a) falta de uno de los elementos esenciales del negocio, b) contrariedad del negocio a normas legales imperativas, al orden público o a las buenas costumbres; aquí se comprende también el motivo ilícito, en los casos en que éste influye radicalmente sobre el negocio, y la condición ilícita cuando ésta "vitiatur ed vitiat". FRANCESCHELLI, op. cit., supra 57, p. 111. V. TORRENTE, op. cit., supra 42, p. 241, VENZI, op. cit., supra 158, p. 164.

(185) BETTI, op. cit., supra 35, p. 353, TRABUCCHI, op. cit., supra 1, p. 195.

(186) MESSINEO, op. cit., supra 56, p. 614.

(187) DIEZ PICAZO, op. cit., supra 34, p. 301.

(188) DIEZ PICAZO, op. cit., supra 34, p. 301 y ALVAREZ, op. cit., supra 156, p. 90. "Entre la nulidad absoluta y la relativa (léase "anulabilidad") existen notables diferencias. La obligación viciada con nulidad absoluta nunca, para la ley, ni por un momento, ha tenido existencia, nada puede convalidarla, ningunos efectos producir en favor o en contra de persona alguna. La viciada con nulidad relativa (anulabilidad), tiene, por el contrario, efectividad legal mientras la rescisión (léase "anulación") no se produzca; de tal modo, que nada impediría que en ese estado fueran susceptible de novación; y es convalidable expresa o tácitamente por quien tuviere derecho a demandar la rescisión (anulación); y el transcurso de un plazo, por lo regular breve, cubre con la prescripción el vicio originario". BRENES, op. cit., supra 56, p. 251. "otra diferencia entre ambas nulidades se nota con relación a la mayor o menor facilidad que se concede para su declaratoria; la absoluta es declarable de oficio o a instancia de cualquier interesado. . . no así la relativa. . .". BRENES, op. cit., supra 56, p. 251.

(189) BRENES, op. cit., supra 56, p. 241.

(190) V. SCOGNAMIGLIO, op. cit., supra 2, p. 394. "El negocio nulo —que algunos califican de negocio nacido muerto— no produce efecto ni favorable ni perjudicial a los interesados". STOLFI, op. cit., supra 37, p. 66. Ya los romanos habían formulado el aforismo de que "Quod ab initio nullum est non producit effectum". "Ningún efecto produce lo nulo en su origen". CABANELLAS, op. cit., supra 76, p. 105. V. ARIAS RAMOS, op. cit., supra 56, p. 143.

(191) V. SCOGNAMIGLIO, op. cit., supra 2, p. 394.

(192) CARIOTA FERRARA, op. cit., supra 95, ps. 338 y 339. V. tamb. LA CRUZ, op. cit., supra 36, p. 279, y SALVAT, op. cit., supra 54, p. 1009.

(193) V. SALVAT, op. cit., supra 54, p. 1005.

(194) "...Cicerón sostenía que había sido contra ley el que los patricios hubieran pasado al tribuno de la plebe y que, por tanto, no debía tener valor nada de lo hecho. . .". PLUTARCO, *Vidas paralelas*, Demóstenes, Cicerón, Demetrio, Antonio, Cuarta edición, Colección Austral, Espasa-Calpe, S.A. Madrid, p. 56.

mismas normas se establezca una consecuencia diversa para el caso de contravención. La sanción frente a cualquier infracción legal mediante negocio sería la invalidez y, específicamente, la nulidad.

La nulidad se encuentra prevista en el artículo 835 del Código Civil: "*Hay nulidad absoluta en los actos o contratos: 1.— Cuando falta alguna de las condiciones esenciales para su formación o para su existencia, 2.— Cuando falta algún requisito o formalidad que la ley exige para el valor de ciertos actos o contratos, en consideración a la naturaleza del acto o contrato y no a la calidad o estado de las personas que en ellos intervienen y 3.— Cuando se ejecutan o celebran por personas absolutamente incapaces*" (195).

—a) En particular sobre la nulidad derivada de ilegalidad.

Se califica de "negocio ilegal el realizado en desprejo de una norma imperativa (normalmente prohibitiva). "El negocio ilegal se concreta en una contrariedad de la causa, respecto a normas impe-

rativas" (196). Tales comportamientos son, de conformidad con nuestro Ordenamiento, nulos (artículo 10 del Código Civil) (197); tal nulidad ha sido reiteradamente reconocida por nuestra jurisprudencia (198).

El principio no es nuevo. Sus orígenes se encuentran en Roma en el Digesto (199) y en el Código de Justiniano (200), lo mismo que en diversos aforismos latinos (201). También se encuentra el principio en las Reglas de Bonifacio III (202).

Los ejemplos posibles de negocios contra disposiciones prohibitivas son múltiples: entre ellos merece citarse la nulidad del pacto comisorio en materia hipotecaria (203) y —en algunos Ordenamientos— los pactos que sobrepasan tipos legales de intereses (de lo cual ya se encontraban ejemplos en las Leyes de Manú de la antigua India (204); también en materia de inquilinato se ha sostenido la nulidad de los pactos sobre elevación de alquileres (205).

Excepcionalmente, en materia testamentaria, la ilicitud del negocio puede depender también de

- (195) V. STOLFI, op. cit., supra 37, p. 62, BRENES, op. cit., supra 56, p. 242, COLIN Y CAPITANT, op. cit., supra 130, p. 752, BONET, op. cit., supra 173, p. 727.
- (196) V. MESSINEO, op. cit., supra 56, p. 603.
- (197) "Puede ocurrir que el contrato haya sido concluido, pero que se encuentre en contraste con alguna de las normas que disciplinan en forma inderogable la autonomía contractual; en este caso el Derecho reacciona quitando al acto su peculiar relevancia". SCOGNAMIGLIO, op. cit., supra 3, p. 230 y ALVAREZ, op. cit., supra 156, p. 83. Un ejemplo se encuentra en el artículo 11 del Código de Trabajo, según el cual: "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". V. DE LA CUEVA, Mario, *Derecho Mexicano del Trabajo*, I, Porrúa, México, 1967, p. 258.
- (198) "Si bien los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes, según reza el artículo 1022 del Código Civil, sus estipulaciones no son operantes cuando contravienen disposiciones prohibitivas de la ley". SALA DE CASACION, No. 3 de 10 y 55 hrs. del 14 de enero de 1952, sem. I, tomo único, p. 18. "Los actos y convenios contra leyes prohibitivas serán malos". SALA DE CASACION, 14, I sem. I tomo, p. 206, 1954. "... el artículo 10 del Código Civil sanciona con nulidad los actos y convenios verificados contra leyes prohibitivas. ...". SALA DE CASACION, No. 79, de 15 y 50 hrs. del 4 de agosto de 1955, sem. II, tomo I, p. 369. V. tamb. 23 de julio de 1895, 11 de diciembre 1901, 3 p.m. de 2 de junio de 1903, 11 de junio de 1904, 19 de enero de 1905, 10 y 20 hrs. del 29 de agosto de 1941.
- (199) "Contra iuris civilis regulas facta conventa rata non habentur". Los pactos convenidos contra las reglas del Derecho Civil son nulos. GAYO, Lib. II, tit. XIV, 1.28, DIGESTO. CABANELLAS, op. cit., supra 76, p. 12.
- (200) "Pacta, quae contra leges constitutiones que vel contra bonos mores fiunt, nullan vim habere, indubitati iuris est". Indubitable Derecho constituye que los pactos contra las leyes y las constituciones, o contrarios a las buenas costumbres, no tienen fuerza alguna. Lib. II, tit. III, 1.6. CODIGO DE JUSTINIANO, CABANELLAS, op. cit., supra 76, p. 3.
- (201) "Nullum pactum, nullum conventum, lege contrahere prohibente". Todo pacto o convenio es nulo cuando lo prohíbe la ley. Aforismos Latinos, CABANELLAS, op. cit., supra 76, p. 97. "Si contra fit, nihil est quod fit". Lo hecho en contra (de la ley) carece de valor. Aforismos Latinos, CABANELLAS, op. cit., supra 76, p. 109.
- (202) "Quae contra ius fiunt, debet utique pro infectis haberi". Las cosas hechas contra Derecho deben, en verdad, tenerse por nulas. Reglas de Bonifacio III, CABANELLAS, op. cit., supra 76, p. 63.
- (203) "Es nula la convención que estipule para el acreedor, en caso de no cumplimiento de parte del deudor, el derecho de apropiarse los bienes hipotecados" (artículo 421 del Código Civil).
- (204) "Un interés que sobrepasa la tasa legal y que se aparta de la regla precedente, no es válido". MANAVA DHARMA SASTRA, op. cit., supra 129, p. 249. (Libro octavo).
- (205) "... el consentimiento del inquilino no tiene la virtud de legitimar el alza que prohíbe la citada Ley de Inquilinato, como lo dijo este mismo Tribunal de Casación en la sentencia No. 3 de las 10 y 55 hrs. del 14 de enero de 1952, donde expresó que "si bien los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes —artículo 1022 del Código Civil— sus estipulaciones son inoperantes cuando contravienen disposiciones prohibitivas de la ley, y en el caso concreto, establecida la prohibición de elevar alquileres sobre los precios del mes de agosto de 1939, por una ley de orden público, las estipulaciones contractuales en contrario son nulas y no pueden tener aplicación". SALA DE CASACION, No. 1 de 14 y 30 hrs. del 7 de enero de 1970 (voto salvado). V. VON THUR, op. cit., supra 148, ps. 92 y 93 y MESSINEO, op. cit., supra 56, p. 604.

la ilicitud del motivo, siempre que sea determinante y que resulte del negocio (206).

- b) En particular sobre la nulidad de pactos que limitan la disponibilidad.

De conformidad con el artículo 292 del Código Civil, en lo que nos interesa, por ahora, "es permitido establecer limitaciones a la libre disposición de los bienes, únicamente cuando estos se transfieran a título gratuito. Pero no serán válidas por un plazo mayor de diez años. . . serán nulas, por contrarias al interés y a la libre disposición de los bienes las limitaciones establecidas por mayor tiempo". Obsérvese que la validez del acto que contiene la prohibición citada está subordinada a límites temporales (207); este es un principio que puede referirse a todo tipo de acto de disposición, por ejemplo, también, a la materia hipotecaria (208), así como a otras limitaciones a la disponibilidad que no implican alienación (209).

- c) En particular sobre la nulidad por patología en la causa negocial.

De conformidad con el artículo 627 del Código Civil, inciso 3, para la validez de la obligación es "esencialmente indispensable" causa justa.

La problemática doctrinal sobre este elemento (210) ha sido extensa y conflictiva.

A nuestro juicio la significación de este elemento se encuentra en lo siguiente: cuando la programación negocial de intereses (211) revela una relación de conformidad con los valores del

Ordenamiento, el negocio se encuentra en posibilidad de desplegar su función jurídica, la cual se resume en la síntesis de sus efectos. Este elemento adquiere relieve práctico desde el punto de vista negativo: es la inexistencia o ilicitud de la causa lo que plantea problemas en torno a la eventual invalidez del negocio; también presenta problemas la superación de los límites de elasticidad del esquema causal. Es en este sentido que la causa, como función jurídica del negocio, asume la posición de límite respecto a la voluntad negocial (212) influyendo de este modo sobre la validez (213). Se explica de este modo que "... todos los medios ilegales o indecorosos de lucrar son reprobados por la ley, la cual niega, en consecuencia eficacia obligatoria a los compromisos que deban su origen a una causa ilícita, como el juego, la explotación de empresas inmorales, contrabandos y demás" (214). La nulidad de los negocios inmorales deriva, pues, de una ilicitud de la causa. Negocio inmoral es aquel que daña las buenas costumbres, o sea, que vaya contra los principios morales de un determinado lugar en un dado momento. No se asume como norma de buenas costumbres la moralidad en abstracto, sino aquella que la opinión común, vigente en un determinado ambiente, considera como tal (215). Este principio también es de origen romano (216).

- d) En particular sobre la nulidad por patología en el objeto negocial.
En los casos en que el objeto es un elemento

(206) V. MESSINEO, op. cit., supra 56, p. 605.

(207) MESSINEO, op. cit., supra 4, p. 656.

(208) "Es nulo el pacto prohibitorio de posteriores hipotecas". CABANELLAS, op. cit., supra 76, p. 141.

(209) Un ejemplo interesante se encuentra en nuestra jurisprudencia: "La cláusula contenida en el documento de compraventa e hipoteca, en virtud de la cual 'convienen las partes expresamente, que en el lote vendido se edificará únicamente casa de habitación' es absolutamente nula como contraria a la prohibición de limitar la libre disposición de los bienes por convenio, ya que no es de los autorizados por la ley para imponerlas". TRIBUNAL SUPERIOR CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, No. 687 de 16 y 30 hrs. del 8 de octubre de 1973.

(210) Fin práctico para COVIELLO Y SCUTO, fin económico social para RUGGIERO, interés tutelado para CARNE-LUTTI Y BODDA, función del negocio para ASCARELLI, razón justificativa de la eficacia negocial para DUSI y FERRARA, relación económico-social para ALESSI, conjunto de elementos de hecho para MAZZONE, función jurídica del negocio para PUGLIATTI, etc.

(211) Sobre el negocio como programación V. CAMPAGNA, I negozi di attuazione e la manifestazione dell'intento negoziale, Milano, 1958, p. 55, BARCELLONA, Profili della teoria dell'errore nel negozio giuridico, Milano, 1962, p. 162, RICCA, Sui cosiddetti rapporti contrattuali di fatto, Milano, 1965, p. 150, BUCCHISANO, La novazione oggettiva, Milano, 1968, p. 116, PANUCCIO, Le dichiarazioni non negoziali di volontà, Milano, 1966, p. 313.

(212) V. PUGLIATTI, op. cit., supra 53, p. 117.

(213) Ya en Roma fue formulado el principio de que "cum nulla causa est propter conventionem, non potest consti-tuere obligationem". La convención de causa nula no crea obligaciones. CABANELLAS, op. cit., supra 76, p. 77.

(214) BRENES, op. cit., supra 56, p. 26.

(215) V. MESSINEO, op. cit., supra 56, p. 605.

(216) "Rerum inhonestarum nulla est societas". Para cosas deshonestas es nula la sociedad. ULPIANO, Lib. XVII, tit. II, 1, 57, DIGESTO, CABANELLAS, op. cit., supra 76, p. 21.

esencial (específico) del negocio jurídico y falta o se encuentra viciado, puede producirse la invalidez negocial, normalmente nulidad. Los casos posibles de incidencia del defecto o vicio en el elemento objetivo son múltiples. Nos limitaremos a señalar algunos ejemplos (217):

—d-1) Una obligación facultativa que adolece de algún vicio inherente a la cosa que forma su objeto, es nula aunque no adolezca de ningún vicio la cosa designada para la facilidad del pago (artículo 659 del Código Civil).

—d-2) Hay también nulidad cuando el objeto no puede referirse al tipo específico de negocio; así, por ejemplo; la donación indeterminada (de todo o parte del patrimonio) o la donación de bienes por adquirir (artículo 1398 del Código Civil).

—d-3) La nulidad puede derivar también de la inexistencia de un objeto vendido como existente: *"Si al tiempo de la celebración del contrato no existe la cosa vendida como existente, será absolutamente nula la venta; pero si existe una parte de ella, el comprador puede apartarse del contrato o mantenerlo respecto de dicha parte, con disminución proporcional del precio"* (artículo 1060 del Código Civil).

—d-4) En general acarrea nulidad la disposición de cosas fuera del comercio (218). Están fuera del comercio, por ejemplo, los bienes de dominio público (219) y las que por disposición legal carecen de lo que se llama "comerciabilidad" (220), como ocurrió, por ejemplo, con los bienes de las personas "intervenidas" (221).

Es importante la aclaración, realizada por nuestra jurisprudencia de que "la nulidad del precontrato si su objeto está fuera del comercio, sólo podría darse si al celebrarse el contrato definitivo el objeto mantiene esta característica, pues si para entonces el objeto ya está dentro del comercio no sería razonable declarar la nulidad del precontrato ni del contrato principal" (222).

—d-5) El carácter ajeno de la cosa en materia civil puede determinar nulidad (223). Al respecto establece nuestro Código Civil, en su artículo 1063: *"La nulidad de la venta de cosa ajena queda salvada si el verdadero propietario ratifica la enajenación, o si el vendedor llega a ser ulteriormente propietario de la cosa vendida"*; esta regla es aplicable también al contrato de cesión (224).

—d-6) Acarrea también invalidez la imposibilidad del objeto; este principio también es de formulación latina (225).

(217) V. en general, MESSINEO, op. cit., supra 56, p. 615.

(218) Ya en Roma se afirmó: "Eorum rerum, quas natura vel gentium jus vel more civitatis commercio exuarunt, nulla venditio est". Es nula la venta de las cosas que del comercio excluyeron la naturaleza, el Derecho de Gentes o las costumbres de la ciudad. PAULO, Lib. XVIII, tit. I, ley 34, p. I, CABANELLAS, op. cit., supra 76, p. 22.

(219) "El presente caso se trata de un litigio entre particulares, referente a la validez de una compraventa y al cobro de daños y perjuicios, en que no figuran como parte el Estado ni ninguna de sus instituciones, y si bien el contrato que se pide anular fue celebrado respecto a tierras que se dicen de milla marítima, ese mero hecho es insuficiente para atribuirle interés directo al Estado, pues el fallo que llegue a dictarse sólo podrá tener eficacia para las partes y en cuanto a los derechos vinculados del contrato, sin afectar o modificar en modo alguno el régimen especial que están sometidos los bienes de dominio público, todo lo cual permite concluir que el asunto no es de competencia de la jurisdicción contencioso administrativa y civil de hacienda, por no tener cabida en ninguna de las reglas del artículo 6 de la Ley Orgánica del Poder Judicial". SALA DE CASACION, No. 109 de 14 hrs. del 26 de setiembre de 1973.

(220) "Si la compraventa se celebró cuando la finca estaba afectada por limitaciones conforme a las cuales su dueña no podía venderla, hipotecarla, ni de cualquier otro modo enajenarla o comprometerla, tal compraventa es nula por referirse a una cosa que por disposición de la ley estaba fuera del comercio". SALA PRIMERA CIVIL, No. 107 de 9 y 5 hrs. del 27 de abril de 1973.

(221) "La nulidad prevista en el artículo 6 del Decreto Ley No. 41 de 2 de junio de 1948, no obedece a un criterio formalista sino que fue establecida en beneficio de los intereses del Estado presumiblemente defraudado; y tiene como finalidad primordial la de hacer imposible la transmisión de bienes pertenecientes a personas intervenidas, con el propósito de asegurar su reintegro al Tesoro Nacional". SALA DE CASACION, 10 hrs. del 15 de marzo de 1951, sem. I, tomo único, p. 279.

(222) SALA PRIMERA CIVIL, No. 219 de 9 hrs. del 27 de julio de 1973.

(223) "Una invalidez pendiente produce, en cuanto a los efectos reales, la venta de cosa ajena... se atribuye la propiedad al comprador en el momento en que el vendedor la adquiere". BETTI, op. cit., supra 35, p. 364.

(224) "...no pueden estimarse como infringidas las disposiciones legales de que se ha hecho mérito, porque el fallo recurrido no niega la existencia de la cesión impugnada en este juicio, sino que se limita a declarar la nulidad de la misma en razón de haber recaído sobre una cosa ajena, pronunciamiento basado en el artículo 1061 del citado cuerpo de leyes, conforme al cual la venta de cosa ajena es absolutamente nula, y también en el 1103 ibidem cuyo texto expresa que la cesión hecha mediante precio determinado en dinero, se rige por los mismos principios de la venta de objetos corporales, leyes ambas que al ser correctamente aplicadas, no han podido ser infringidas". SALA DE CASACION, No. 65 de 10 y 30 hrs. de 19 de julio de 1951, sem. II, tomo I, p. 760. V. tamb. SALA DE CASACION, No. 65 de 15 y 10 hrs. de 18 de junio de 1974.

(225) "impossibillum nulla obligatio est" Es nula la obligación de lo imposible. CELSO, L. 185, CABANELLAS, op. cit., supra 76, p. 56.

—d-7) En materia sucesoria es de interés la prohibición relativa a la cesión de derechos sobre herencia futura. Al respecto establece el artículo 520 del Código Civil: "*Nada podrá estipularse sobre los derechos a la sucesión de una persona, mientras esté viva, aunque ella consienta*" (226). Esta disposición no se convalida si el vendedor llega a ser heredero (227).

—d-8) La ilicitud del objeto también acarrea nulidad. La particularidad se encuentra en que en ella no se produce el efecto restitutorio de lo que fue pagado a sabiendas (228), idea que tuvo ya manifestaciones en la codificación de Hamurabi (229).

—e) Caracterización teórico-práctica de la nulidad.

—e-1) La acción de nulidad.

El carácter de "absolutez" que normalmente se aparea a la nulidad nos remite al tema de la legitimación activa. La nulidad puede hacerse valer por cualquier interesado. Pueden actuar las partes y también los causahabientes y acreedores quirografarios. Puede ser opuesta por cualquier interesado a quien pretenda ejercitar un derecho basado en el negocio nulo (230). "Pueden ejercitar la acción de nulidad no sólo las partes del negocio, sino todos aquellos terceros que tengan un interés legítimo en ello, apreciado en el momento del ejercicio, que han de probar suficientemente. La acción ha de proponerse contra quien mantenga la validez

del negocio. Pero también contra todos aquellos a quienes pueda afectar la declaración de nulidad" (231).

La nulidad es absoluta en un doble sentido: puede ser hecha valer por cualquier interesado (por vía de acción o de excepción) y frente a cualquier sujeto; es absoluta activa y pasivamente (232).

Como se ha visto, la legitimación activa corresponde a cualquier persona que ostente un interés, tanto a las partes como a los posibles terceros interesados (233). Obsérvese que se requiere la presencia de un interés jurídico, lo que significa que del hecho de que el negocio sea o no válido deriva una diversidad de consecuencias jurídicas para quien intenta la acción (234).

En cuanto a la legitimación pasiva de la acción de nulidad "es doctrina jurisprudencial constante que quien ejercita la acción ha de dirigirse contra todos los interesados en ellos, entendiéndose que son interesados para estos efectos: los intervinientes en el negocio que se ataca de nulo; sus herederos; los que obtuvieron beneficios económicos de dicho negocio, y los causantes de la nulidad, pues si así no se exigiera, como la cosa juzgada perjudica únicamente a los que litigaron y a sus causahabientes, se podría dar el contrasentido de que un negocio determinado podría ser nulo para uno de los interesados en él y válido para otro, si éste no fue llamado al proceso en que se obtuvo la declaración de nulidad" (235).

(226) V. SALVAT, op. cit., supra 54, p. 1015. V. BRENES, op. cit., supra 56, p. 16.

(227) "Se plantea la hipótesis de si la venta de cosa ajena se convalida por la circunstancia de que el vendedor llegare a ser heredero del propietario. Pero a ello se opone el artículo 520 del Código Civil que prohíbe la disposición de una herencia futura". SALA DE CASACION, No. 4 de 15 y 30 hrs. del 12 de enero de 1960, sem. I, T. I, p. 124.

(228) "El artículo 756 del Código Civil no ha sido infringido, porque al demandado no se le niega la devolución del dinero que pretende con base en que él no estaba en capacidad económica de pagar al contado la suma de treinta mil colones, extremo que se probó con testigos, sino que esa negativa se fundó en la disposición contenida en el artículo 844 del Código Civil que expresa que la nulidad absoluta, lo mismo que la relativa, declaradas por sentencia firme, dan derecho a las partes para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo, siempre que la nulidad no sea por lo ilícito del objeto o de la causa, en cuyo caso no podrá repetirse lo que se ha dado o pagado a sabiendas...". SALA DE CASACION, No. 109 de 13 y 30 hrs. del 20 de noviembre de 1952, sem. II, tomo único, p. 1346. "El artículo 805 del Código Civil niega todo derecho a la restitución cuando el objeto constituye un delito común a ambos contratantes. El artículo 844 consagra la misma doctrina para el caso de que la nulidad sea por lo ilícito del contrato". SALA DE CASACION, No. 72, de 15 y 30 hrs. del 23 de junio de 1972.

(229) "El campo, la plantación y la casa de un corredor, un pescador y un pagador de impuestos no debe ser vendida. Si un hombre compra ganado u ovejas, que el rey ha dado a un corredor, del propio corredor, pierde su dinero". HAMURABI, Código de., cit., p. GUIER, Jorge E. *Historia del Derecho*, Primera Parte, Editorial Costa Rica, San José, 1968, p. 170.

(230) V. STOLFI, op. cit., supra 37, p. 67.

(231) BRENES, op. cit., supra 56, p. 198. V. BRANCA, op. cit., supra 158, p. 90.

(232) V. MESSINEO, op. cit., supra 56, p. 617. V. BORDA, op. cit., supra 56, p. 423.

(233) V. DIEZ PICAZO, op. cit., supra 34, p. 302. V. TORRENTE, op. cit., supra 42, p. 242.

(234) V. CARIOTA FERRARA, op. cit., supra 95, ps. 342 y 348 y FRANCESCHELLI, op. cit., supra 57, ps. 111 y 112. "Es interés sin duda que tiene que ser jurídico, para que haga viable la acción respectiva, ... entendiéndose por interés jurídico en un concepto simple, la utilidad que representa para el querellante la declaratoria de existir la invalidez total o absoluta". SALA DE CASACION, No. 9 de 15 y 30 hrs. de 30 de enero de 1958, sem. I, T. I, p. 376.

(235) LA CRUZ, op. cit., supra 36, p. 291.

—e-2) La declarabilidad de oficio de la nulidad.

Se considera, en doctrina, que debido a la gravedad de la nulidad la acción se otorga a cualquier interesado y cuando consta en autos debe declararse de oficio (236). Se dice que ella puede ser declarada sin petición de parte cuando aparece manifiesta en el acto (237).

Sobre esta declarabilidad de oficio hay contradicciones. En España, por ejemplo, ha habido un cambio en la jurisprudencia (la declarabilidad de oficio ha sustituido la necesidad de petición de parte). Se afirma, sin embargo, en la doctrina de ese país que para que pueda ser declarada son necesarios, por lo menos, los siguientes presupuestos: "que hayan sido deducidos en el juicio los hechos productores de la nulidad, que la relación jurídico procesal esté bien constituida, siendo partes todos los interesados en la nulidad o validez y, en principio, que las consecuencias de la nulidad hayan sido pedidas por alguno de los litigantes. Las sentencias deben ajustarse a las peticiones de las partes para no incurrir en vicio de incongruencia, por lo que no pueden declarar una nulidad no pedida" (238). En cierta forma esta tesis ha sido sostenida por nuestra jurisprudencia, según la cual si la nulidad no es alegada queda fuera de debate en juicio (239).

Se ha explicado jurisprudencialmente que "los jueces están inhibidos de declarar la nulidad absoluta si no ha sido discutida por las partes en virtud de una acción o excepción, pues deben someterse a las normas que regulan las formalidades de la sentencia. La declarabilidad de oficio queda limitada a las nulidades de carácter procesal en armonía con las demás normas de esta materia (84 y 385 del Código de Procedimientos Civiles y 8 y 837 del Código Civil)" (240). Ejemplos de nulidades procesales declarables de oficio, según nuestra jurisprudencia, se encuentran en tema de remate de un bien con gravamen hipotecario que se realiza "libre de gravámenes" (241), o el remate de bienes que no habían sido legalmente embargados (242).

—e-3) La no convalidación de la nulidad. La repetición del negocio.

La nulidad del negocio implica, en concreto, que las partes carecen en todo momento del poder de sanar la invalidez mediante confirmación o convalidación (243), idea también de origen latino (244).

En algunos ordenamientos, sin embargo, existen excepciones al principio: así, por ejemplo, en Francia (artículo 1340 del "Code Civil") se permite a los causahabientes o herederos del donante, confirmar, después de la muerte de éste una dona-

(236) V. BRENES, op. cit., supra 56, p. 245. V. tamb. HERRERA, Luis Guillermo. *Las nulidades en el proceso civil*. Publicaciones de la U.C.R., 1974, p. 83.

(237) V. SALVAT, op. cit., supra 54, p. 1020.

(238) LA CRUZ, op. cit., supra 36, p. 291.

(239) SALA DE CASACION, No. 63 de 27 de junio de 1969. "Tratándose de la nulidad de contratos, dado lo complejo de estos, la gravedad y trascendencia de una declaratoria de nulidad y la amplitud que nuestro sistema procesal concede a las partes para la defensa de sus derechos, es muy dudoso que aún la nulidad absoluta de aquellos pueda declararse como por sorpresa, en una sola instancia y sin dar a las partes todo el campo que las leyes brindan para la discusión, pruebas y defensas de las cuestiones fundamentales". SALA DE CASACION, No. 77 de 6 de agosto de 1969.

(240) SALA DE CASACION, No. 80 de 15 hrs. del 12 de julio de 1968.

(241) TRIBUNAL SUPERIOR CIVIL, No. 892 de 9 y 45 hrs. del 6 de octubre de 1976.

(242) "Si a solicitud de la actora se ordenó sacar a subasta pública los bienes muebles que no habían sido legalmente embargados y si además de ese vicio, esa resolución no se le notificó al dueño de tales bienes en la forma debida, es evidente que se ha violado la disposición procesal al respecto, y los citados vicios acarrearán nulidad absoluta que debe declararse de oficio, en consecuencia procede confirmar el auto que anula las actuaciones y resoluciones correspondientes a fin de orientar el proceso y no producir indefensión". TRIBUNAL SUPERIOR CIVIL, No. 1006 de 14 hrs. del 10 de noviembre de 1976.

(243) V. GULLON, op. cit., supra 149, p. 197 y STOLFI, op. cit., supra 37, p. 67. V. tamb. TORRENTE, op. cit., supra 42, p. 242.

(244) "Ratificatio nulla est ejus quod nullam est". Es nula la ratificación de lo nulo. CABANELLAS, op. cit., supra 76, p. 67. "Quod nullum est ipso iure, perperam et inutiliter confirmatur". Lo nulo por Derecho, sigue nulo a pesar de la confirmación. CABANELLAS, op. cit., supra 76, p. 106.

ción nula por vicio de forma (245). Igual solución se presenta en Italia (246).

En el negocio nulo, como se ha visto, el defecto no puede ser sanado mediante ratificación. Se requiere que se practique de nuevo el negocio (247); la llamada "repetición" o reiteración del negocio nulo exige que desaparezca la razón de nulidad (248); se trata de hacerlo de nuevo (249). Esta repetición supone nuevas declaraciones de voluntad (250). El negocio surgirá hasta el momento de estas nuevas manifestaciones (251).

—e-4) Nulidad y prescripción.

La regla más generalizada en esta materia es la de que la acción declarativa de la nulidad no se extingue por prescripción (252). La doctrina, mayoritariamente, califica de "imprescriptible" a la acción de nulidad (253).

Teóricamente no habría necesidad de alegar la nulidad absoluta. Con fines preventivos, para evitar el peligro de que el negocio nulo mantenga su apariencia de negocio válido, puede ser solicitada (254).

Se afirma —en doctrina— que la declaración de ser nulo el contrato puede pedirse en cualquier tiempo, mientras subsista interés suficiente en el demandante (255). Sin embargo "...por una consecuencia lógica inexplicable, el Código actual establece de modo indirecto, que la nulidad absoluta es subsanable transcurrido que sea el periodo de diez años, pues tal conclusión se desprende de la frase que dice con referencia a la indicada nulidad, que no puede subsanarse por la confirmación o ratificación de las partes 'ni por un lapso de tiempo menor que el que se exige para la prescripción ordinaria' " (256), solución avalada por nuestra jurisprudencia (257).

Interesa recordar que aunque en Costa Rica se admita la prescripción de la acción de nulidad, esta forma de invalidez puede oponerse siempre como excepción, al igual que la anulabilidad (artículo 843 del Código Civil) (258).

—e-5) Los efectos de la sentencia de nulidad.

Se sostiene que la sentencia que decreta la nulidad es declarativa y no constitutiva como en el caso del negocio anulable (259). El carácter decla-

(245) V. COLIN Y CAPITANT, op. cit., supra 130, p. 753.

(246) V. PUGLIATTI, op. cit., supra 53, ps. 64 y 65. SCOGNAMIGLIO, op. cit., supra 3, p. 244 y MESSINEO, op. cit., supra 56, p. 616.

(247) V. BRENES, op. cit., supra 56, p. 246.

(248) V. VON THUR, op. cit., supra 148, p. 91.

(249) "si el autor del negocio quiere establecer la regulación de intereses que no pudo surgir mediante el negocio nulo, debe renovar el negocio, no en el sentido de reproducirlo, sino en el de realizarlo "ex novo", como si el negocio nulo no se hubiese verificado". BETTI, op. cit., supra 35, p. 357.

(250) V. LA CRUZ, op. cit., supra 36, p. 308.

(251) V. MESSINEO, op. cit., supra 56, p. 616.

(252) Es tradicional la máxima de que lo que al inicio es nulo no puede ser sanado por el tiempo. "...la acción declarativa de la nulidad no se extingue por prescripción, lo que se expresa con la máxima tradicional "quod ab initio vitiosum est non potest tractu temporis convalescere". STOLFI, op. cit., supra 37, p. 69.

(253) V. CARIOTA FERRARA, op. cit., supra 95, p. 342. BRANCA, op. cit., supra 56, p. 616. "...las partes que han

(254) V. COLIN Y CAPITANT, op. cit., supra 130, p. 753. MESSINEO, op. cit., supra 56, p. 616. "...las partes que han concluido un negocio nulo y sus causahabientes se pueden comportar como si nunca se hubiese estipulado, sin recurrir al juez. Tal recurso al juez es, sin embargo, a veces, útil y a veces necesario. Es necesario cuando alguno pretenda ejercitar un derecho invocando el acto nulo; la contraparte, entonces, para no ser obligada a realizar la prestación que se le reclama, o, al menos para no ser molestada, debe discutir en juicio la existencia del contrato...". STOLFI, op. cit., supra 37, ps. 66 y 67.

(255) V. LA CRUZ, op. cit., supra 36, p. 292.

(256) BRENES, op. cit., supra 56, p. 246.

(257) "Al establecer la ley que la nulidad absoluta no puede subsanarse por el transcurso de un lapso de tiempo menor que el que se exige para la prescripción ordinaria, implícitamente reconoce que tal nulidad es susceptible de que el que se exige para la prescripción ordinaria, implícitamente reconoce que tal nulidad es susceptible de convalidación por el transcurso de diez años". SALA DE CASACION, 16 y 30 hrs. del 5 de enero de 1951. V. tamb. SALA DE CASACION No. 46 de 15 y 40 hrs. de 14 de mayo de 1963, y 14 y 15 hrs. del 25 de julio de 1940.

(258) "...cabe que una vez transcurrido sin hacer uso de ella, pueda el titular excepcionar la nulidad frente al que reclama el cumplimiento del negocio? Es clásico el aforismo "quae temporalia sunt ad agendum, perpetua sunt ad excipiendum", por el cual se permite oponer siempre la excepción de nulidad, pese a la extinción de la acción". GULLON, op. cit., supra 149, p. 208. "Tanto una como otra especie de nulidad es deducible por vía de acción o de excepción, siendo entendido que esta puede oponerse en cualquier tiempo que el demandante exija el cumplimiento de la obligación anulable o rescindible; o, en otros términos, la nulidad como excepción es imprescriptible". BRENES, op. cit., supra 56, p. 252.

(259) V. MESSINEO, op. cit., supra 56, p. 616. DIEZ PICAZO, op. cit., supra 34, p. 302.

rativo de la sentencia se fundamenta en que con ella simplemente se constata la invalidez existente (260).

La nulidad es un vicio tan grave que determina la insubsistencia del acto "como si jamás hubiese existido, de lo que deriva su incapacidad para la producción de efectos jurídicos" (261).

Las consecuencias que derivan de la nulidad pueden esquematizarse en dos categorías según que el acto no haya llegado a ejecutarse o haya sido ejecutado.

Si el acto no ha llegado a ejecutarse la situación es muy simple: el resultado de la declaración de nulidad será que, en adelante, no podrá exigirse su cumplimiento.

Si el acto ha sido ejecutado las partes quedan obligadas a restituirse mutuamente lo que han recibido en virtud del acto invalidado (262).

Con relación a terceros también los efectos quedan sin ningún valor, con base en la regla tradicional de que nadie puede transmitir más de lo que tiene (*nemo plus iuris in alium transferre potest quam ipse habet*) (263), con las salvedades respectivas en tema de Registro Público y prescripción.

—e-6) La conversión del negocio nulo.

Con base en el principio de conservación se admite la conversión del negocio nulo (lo mismo que se admite, como hemos visto, la invalidez parcial) (264). Con la finalidad de evitar la ineficacia radical de un contrato, procede en ciertos casos otorgarle una calificación distinta, para la cual el contrato sí reúne los requisitos necesarios, cuyos efectos den satisfacción al objetivo práctico (interés) de los contratantes. A este remedio se denomina "conversión" (265).

Se ha criticado la denominación pues no se trata de que un contrato que era inválido se convierta en válido, por un hecho posterior, sino que, "ab initio", se le otorga una calificación corregida que le salva de la invalidez y le otorga otros efectos (en general más limitados o más débiles) (266).

Puede definirse (con Betti) como una corrección de la calificación jurídica del negocio, o sea, estimarlo como negocio de tipo distinto de aquel que fue celebrado (267).

Donde la conversión se admite se establecen algunos requisitos: uno objetivo y otro subjetivo: "es necesario, en primer lugar, que el negocio nulo tenga todos los requisitos de forma y sustancia requeridos para que se tenga un acto diverso del concluido. . . se requiere, además, que tomando en consideración la finalidad perseguida por las partes, se deba admitir que el segundo negocio haya sido querido por ellas si hubieran conocido la invalidez del primero" (268).

La conversión ha sido fundamentada en diversas formas:

Desde un punto de vista voluntarista (real-subjetivo) se ha sostenido que "si en un negocio jurídico nulo se dan los requisitos de otro diferente, se tiene por celebrado éste cuando pueda admitirse que las partes lo hubieran celebrado de conocer la nulidad" (269).

De conformidad con las nuevas tendencias real-objetivas, se ha explicado como una integración del negocio dentro de la órbita del interés práctico perseguido por las partes, en el sentido de poder servir, al menos en forma aproximada a su satisfacción (270).

La integración contractual mediante conversión puede admitirse en nuestro Ordenamiento de conformidad con la disposición del artículo 1023

(260) V. STOLFI, op. cit., supra 37, p. 67.

(261) V. BRENES, op. cit., supra 56, p. 245. V. tamb. TORRENTE, op. cit., supra 42, p. 244.

(262) SALVAT, op. cit., supra 54, p. 1027. V. tamb. BORDA, op. cit., supra 56, p. 413: "El fundamento de la restitución es la subsistencia del derecho preexistente al acto nulo". V. TORRENTE, op. cit., supra 42, p. 244.

(263) V. SALVAT, op. cit., supra 54, p. 1030.

(264) V. RESCIGNO, op. cit., supra 152, p. 312.

(265) V. LA CRUZ, op. cit., supra 36, p. 308. V. tamb. TORRENTE, op. cit., supra 42, p. 243, BRANCA, op. cit., supra 158, p. 91, VENZI, op. cit., supra 158, p. 169, BARASSI, op. cit., supra 139, p. 160.

(266) V. LA CRUZ, op. cit., supra 36, p. 308.

(267) V. BETTI, op. cit., supra 35, p. 375.

(268) STOLFI, op. cit., supra 37, p. 74. En términos análogos CARIOTA FERRARA, op. cit., supra 95, p. 377.

(269) VON THUR, op. cit., supra 148, p. 91.

(270) BETTI, op. cit., supra 35, p. 375.

del Código Civil según el cual los contratos obligan a consecuencias de equidad, con fundamento en el principio de conveniencia del efecto al hecho (271).

Una manifestación de estos postulados ha sido reconocida en nuestra jurisprudencia donde se afirma que el documento donde consta un contrato nulo, aunque ineficaz para comprobar el negocio, puede servir para otros fines probatorios (272).

C) La anulabilidad.

Se considera anulable el negocio jurídico cuando se encuentra viciado en uno de sus elementos esenciales o en uno de los presupuestos necesarios para su constitución. Ella ha sido vista como algo intermedio entre los actos válidos ("qui habent sua essentialia") y los nulos ("qui deficiunt suis essentialibus"). A diferencia de los primeros, puede ser impugnado; a diferencia de los segundos existe desde el origen y produce sus efectos (273). Para otros "es la nulidad sanable mediante un sucesivo acto" (274).

De lo dicho se derivan algunas reglas de importancia que sirven para delimitar mejor la operatividad de este remedio:

"La primera es que la anulabilidad no puede ser tácita o virtual, sino que debe ser expresa, en el sentido de que opera solamente en los casos previstos y solamente por las causas determinadas por la ley, sin lo que el destino del negocio dependería del arbitrio de una de las partes.

La segunda es que la anulación es un medio de personas determinadas y por motivos que no tienen nada de absoluto; el negocio no es atacable por otros.

La tercera es que la anulación no se verifica

"ipso iure", sino "officio iudicis", por lo que supone una acción, que por su naturaleza es prescriptible.

La cuarta es que el interesado puede renunciar a la impugnación, confirmando el acto. . ." (275).

De conformidad con estas reglas se establecen diversas disposiciones específicas sobre la precariedad de la eficacia del negocio anulable, la legitimación activa, la convalidación, la prescripción y los efectos de la sentencia que la decreta.

Históricamente tiene su origen en la "restitutio in integrum" del Derecho Romano, como remedio procesal del Derecho pretorio para privar de efectos considerados inicuos a actos perfectamente válidos según el viejo "ius civile" (276).

El fundamento de la misma no se encuentra en una razón estrictamente lógica derivada de la estructura del acto, sino, más bien en razones de oportunidad práctica apreciables desde el punto de vista político-legislativo (277).

Los casos de anulabilidad en nuestro Derecho Privado se encuentran previstos en el artículo 836 del Código Civil; debe aclararse, desde ahora, que en la formulación de este texto se encuentran dos imprecisiones técnicas de importancia: se habla de "nulidad relativa" y no de "anulabilidad" (278); aunque a menudo estos dos conceptos se confunden existen diferencias relevantes que serán oportunamente aclaradas; por otra parte, se habla de "acción para rescindir", siendo la rescisión un remedio diverso de la invalidez, como también será aclarado. Según el texto citado: "Hay nulidad relativa y acción para rescindir los actos o contratos: 1.— Cuando alguna de las condiciones esenciales para su formación o para su existencia es imperfecta o irregular. 2.— Cuando falta alguno de los re-

(271) FALZEA, Angelo, *Efficacia Giuridica, Voci*. . . Op. cit., supra 25, p. 244 y ss.

(272) "... si lo único que falta es la firma del comprador en un contrato de compraventa —por ejemplo—, lo que podrá asegurarse es que la escritura es ineficaz en relación a esa persona —para comprobar por sí sola el convenio—, más no absolutamente nula en todo su contenido, pues nada se opone a que valga como prueba auténtica de lo que el vendedor declaró en presencia del Notario y en ese carácter puede complementarse por otros medios, de acuerdo con las reglas generales de la prueba". SALA DE CASACION, No. 83 de 15 y 45 hrs. del 15 de julio de 1970. Tamb.: "... si en el traspaso efectuado. . . se dan las condiciones exigidas por la ley para la donación, bien pudo haber sido que se propusiera beneficiar con una donación disimulada a los parientes que con ella convivieron. . .". SALA PRIMERA CIVIL, 9 y 10 hrs. del 17 de marzo de 1972.

(273) V. STOLFI, op. cit., supra 37, p. 76, TORRENTE, op. cit., supra 42, p. 245.

(274) Así CARNELUTTI, op. cit., supra 120, p. 336. V. tamb. TRABUCCHI, op. cit., supra 1, p. 196 y BRANCA, op. cit., supra 155, p. 94, VENZI, op. cit., supra 155, p. 165, ARIAS RAMOS, op. cit., supra 56, p. 143.

(275) STOLFI, op. cit., supra 37, p. 77.

(276) LA CRUZ, op. cit., supra 36, p. 281.

(277) V. SCOGNAMIGLIO, op. cit., supra 2, p. 60.

(278) En doctrina se confunde también, a menudo, la terminología; así, Carnelutti expresa: "Hay, por otra parte, una nulidad, en cambio, relativa o reparable o sanable. . .". CARNELUTTI, op. cit., supra 120, p. 336. V. tamb. STOLFI, op. cit., supra 37, p. 63.

quisitos o formalidades que la ley exige teniendo en mira el exclusivo y particular interés de las partes; y 3.— Cuando se ejecutan o celebran por personas relativamente incapaces". Las hipótesis de los incisos 1 y 3 del referido artículo han sido aclaradas en el sentido de que "para que el negocio no sea anulable, es necesario que provenga de sujeto dotado de capacidad de entender y de querer y de capacidad de actuar y que esté exento de vicios de la voluntad, o sea que esta última no esté influenciada, en su formación, por elementos perturbadores" (279).

—a) Los caracteres de la anulabilidad.

Hemos visto que la anulabilidad "es una clase de invalidez dirigida a la protección de un determinado sujeto, —por lo general una de las partes del contrato—, de manera que únicamente él puede alegarla, y asimismo puede optar por convalidar el contrato anulable mediante su confirmación" (280), y que se trata de actos que presentando todas sus condiciones de existencia tienen vicios o falta de presupuestos como vemos que ocurre, por ejemplo, con respecto a los actos otorgados por sujetos incapaces y en los casos de error, dolo o violencia.

Los caracteres de la anulabilidad pueden resumirse así:

- 1) Puede hacerse valer solamente por un sujeto determinado; el derecho de invocarla sólo corresponde a la persona en cuyo favor ha sido establecida (281).
- 2) Los actos anulables pueden ser subsanados (mediante convalidación o prescripción) (282).
- 3) El acto anulable produce sus efectos mientras no se dé la declaratoria judicial (283).

4) La anulación se produce mediante una sentencia constitutiva.

Todos estos caracteres se encuentran en el artículo 838 del Código Civil, según el cual la nulidad (léase "anulabilidad") no es declarable de oficio, sólo puede alegarse por la persona o personas en cuyo favor la han establecido las leyes o por sus herederos, cesionarios o representantes, puede subsanarse por la confirmación o ratificación del interesado o interesados "y por un lapso de tiempo menor que el que se exige para la prescripción ordinaria" (284).

—b) Las hipótesis de anulabilidad.

Los casos de anulabilidad pueden reducirse a tres categorías (285):

- a) por incapacidad de actuar del sujeto cuando esta es relativa (artículo 21 y artículo 836, inciso 3 del Código Civil) o bien por incapacidad natural (artículo 23 del Código Civil) (286).
- b) por deficiencia de requisitos legales exigidos en interés de las partes (artículo 836, inciso 2).
- c) por vicios del consentimiento (violencia, error, dolo) (artículos 1015 a 1021 del Código Civil, en relación con el 836 inciso 1 del mismo cuerpo legal) (287).

Con relación a esta tercera hipótesis es interesante realizar algunas consideraciones: para que un negocio jurídico sea válido es necesario que la voluntad se forme libremente, esto es, que no se encuentre afectada por factores que alteren la intención de las partes. Es por ello que cuando en un negocio encontramos error, violencia (288) o dolo estamos frente a un negocio viciado, concretamente anulable a instancia del perjudicado, por tratarse

(279) V. MESSINEO, op. cit., supra 56, ps. 555 y 556.

(280) LA CRUZ, op. cit., supra 36, p. 281, TORRENTE, op. cit., supra 42, p. 246.

(281) V. CARIOTA FERRARA, op. cit., supra 95, p. 350 y SALVAT, op. cit., supra 54, p. 1010.

(282) V. SALVAT, op. cit., supra 54, p. 1010.

(283) V. CARIOTA FERRARA, op. cit., supra 95, p. 350.

(284) Sobre el tema v. BARCELLONA, *Errore*, Enciclopedia del diritto, Vol. XV, Giuffrè-ed. Milano, 1966, p. 252. TRIMARCHI, *Invalidità delle deliberazioni d'assemblea*, Milano, 1958, ps. 46 y ss. LUCARELLI, *Lesione di interesse e annullamento del contratto*, Milano, 1964, p. 241 y ss.

(285) V. BRENES, op. cit., supra 56, p. 246.

(286) V. FRANCESCHELLI, op. cit., supra 57, p. 113 y MESSINEO, op. cit., supra 56, ps. 619 y 620.

(287) V. MESSINEO, op. cit., supra 56, p. 620.

(288) Conviene incluir aquí las acertadas críticas del profesor CERTAD sobre la previsión legislativa de la anulabilidad para el caso de violencia física: "La violencia física en cuanto excluye o suprime la voluntad es una hipótesis de falta de ésta: falta la voluntad de la manifestación. El negocio concertado mediante el concurso de una tal violencia debe por ello, y en buena técnica, ser absolutamente nulo, pero, inexplicablemente, sin yo saber ni sospechar siquiera las razones que nuestro legislador tuvo, el Código Civil en su artículo 1017 lo sanciona con nulidad relativa" (anulabilidad). CERTAD, Gastón, *La teoría del negocio jurídico frente a la legislación civil costarricense*, Revista Judicial, No. 2, diciembre 1976, pág. 25.

de un hecho que sólo a él afecta y porque él es el único que puede decidir si reclama la invalidez o mantiene el acto irregular (289). En los casos de vicios de la voluntad, como el error (290), el dolo (291) y la violencia (292), la ley considera que la voluntad de realizar el acto ha existido, pero por estar viciada se concede a la parte interesada la posibilidad de reclamar su anulación (293). Estas declaraciones de voluntad viciadas no hacen nulo el negocio, sino solamente anulable. El negocio despliega su eficacia, pero los efectos están amenazados por la posibilidad de que quien sufrió el vicio lo haga valer (294).

Nuestra jurisprudencia ha admitido que para la demostración del dolo y del error sustancial puede usarse la prueba indiciaria (295).

-c) La eficacia precaria del negocio anulable. De conformidad con lo visto, anulable es el negocio que mediante la reacción de la parte interesada puede ser removido. "La nulidad surge como efecto de la sentencia, cuando un interesado

tome la iniciativa de hacerla pronunciar por el Juez como consecuencia de los vicios que al negocio afectan" (296).

Se ha dicho que la anulabilidad es una ineficacia (utilizándose este término en sentido amplio) estructural y provocada que por consentimiento de los interesados puede ser mantenida o sanada. Se califica de "ineficaz" porque se aplica como consecuencia de un vicio o defecto en la formación del negocio y "provocada" por cuanto "la anulabilidad supone un contrato que "ab initio" ha nacido eficaz" (297).

La eficacia precaria (298) del negocio anulable no puede calificarse de "validez" como hacen algunos autores "como si el vicio no existiese antes de la invalidación" (299).

La anulabilidad no impide que el negocio produzca sus efectos. Ellos se constituyen y se mantienen hasta que ocurra la anulación; si ésta no ocurre persisten los efectos (300).

En síntesis, el negocio anulable produce sus efectos desde el momento en que es celebrado (o

(289) V. BRENES, op. cit., supra 56, p. 317.

(290) Formulación también de origen romano: "Nulla voluntas errantis est". La voluntad del que yerra es nula. POMPONIO, Lib. XXXIX, tit. III, L. 20. DIGESTO, CABANELLAS, op. cit., supra 76, p. 31. "Nullus errantis consensus". Es nulo el consentimiento prestado por error. CABANELLAS, op. cit., supra 76, p. 97. Nuestra jurisprudencia ha manifestado: "El error sustancial que sufra el adquirente de una cosa, es causa de anulabilidad del contrato, independientemente del dolo en que haya incurrido el vendedor". SALA DE CASACION, No. 36, I sem. II tomo, p. 637, 1960.

(291) Ha aclarado nuestra jurisprudencia: "El dolo vicia el consentimiento cuando es obra de alguna de las partes y cuando además aparece claramente que sin él no hubiera habido contrato". SALA DE CASACION, 14 y 50 hrs. del 1 de diciembre de 1943.

(292) Con relación a la violencia ha afirmado nuestra jurisprudencia: "La fuerza y el miedo los considera la ley como vicios del consentimiento que hacen anulable el contrato, pero no lo vician de nulidad absoluta y esa nulidad relativa (léase "anulabilidad") queda sanada por el transcurso de cuatro años". SALA DE CASACION, 10 y 20 hrs. del 10 de diciembre de 1940.

(293) V. SALVAT, op. cit., supra 54, ps. 874 y 875.

(294) V. GULLON, op. cit., supra 149, p. 38. "... los vicios de la voluntad no hacen que el acto sea nulo, sino que dan lugar a su anulación a petición de parte; en una palabra, el acto es anulable. Esta doctrina se justifica perfectamente; aun viciada por el error, el dolo o la simulación, la voluntad de realizar el acto ha existido y, por consiguiente, éste debe ser considerado provisionalmente válido; pero como esta voluntad está viciada... la parte que ha sufrido el vicio podría indebidamente perjudicarse, las leyes le dan el derecho de hacer anular el acto; de este modo se concilian el interés del crédito que exige en principio la estabilidad de las transacciones, y el interés, o mejor dicho, las exigencias de la justicia, que no podría amparar y mantener en absoluto actos viciados". SALVAT, op. cit. supra 54, ps. 876 y 877.

(295) "Tanto el dolo, —que advierte el artículo 1020 del Código Civil, no se presume—, como el error sustancial, que vician el consentimiento en los contratos, son procesos psíquicos, de carácter subjetivo que deben deducirse de un cúmulo de indicios, es difícil y podría decirse imposible que la fuerza subjetiva moral, la intención maliciosa de un contratante, lo mismo que el error sufrido por uno de ellos en cuanto a la substancia de la cosa objeto del convenio, pueda demostrarse con prueba directa, por operarse estos fenómenos en la mente de los individuos. Los jueces para llegar al convencimiento de que el dolo o el error se ha producido, tienen que plantearse un silogismo, en que hacen de premisas los diferentes datos que suministra el proceso, de las cuales derivan sus conclusiones; estas pueden ser ilegales si la prueba indiciaria no es pertinente para el caso, o pueden ser falsas si existe vicio en el razonamiento ya por una equivocación en el examen de la fuente productora de los indicios, o porque las deducciones que hagan los jueces con base en los mismos sean ilógicas o arbitrarias...". SALA DE CASACION, No. 36 de 14 y 45 hrs. del 19 de abril de 1960, sem. I, tomo II, p. 757.

(296) V. BETTI, op. cit., supra 35, p. 353. TORRENTE, op. cit., supra 42, p. 246.

(297) DIEZ PICAZO, op. cit., supra 34, p. 306.

(298) "... ya la falta del requisito de validez, en cuanto constituye la base para la posible impugnación, atribuye a la situación efectual, desde el momento en que esta adquiere existencia, un carácter de precariedad, derivado de la amenaza de resolución que pesa sobre ella". FALZEA, op. cit., supra 36, p. 244.

(299) CARNELUTTI, op. cit., supra 120, p. 336.

(300) V. FRANCESCHELLI, op. cit., supra 57, p. 113.

bien a partir del momento en que las partes han determinado la plenitud y actualidad del interés, como en las hipótesis de condición suspensiva y término inicial) como cualquier negocio normal (301). Esta eficacia cesa con la anulación y se mantiene si la anulabilidad no se hace valer (302).

Así lo ha reconocido acertadamente nuestra jurisprudencia: "el contrato produce cuantos efectos le correspondieran como válido, sin consideración alguna a los vicios de que adolece. La anulabilidad consiste en que produce todos sus efectos mientras no sea anulado" (303); "aunque un contrato sea nulo produce todos sus efectos mientras tal nulidad no sea sometida por acción o excepción a tribunal competente", se ha dicho también, extendiéndose aparentemente a la forma más grave de invalidez el carácter de "precariedad de eficacia" (304); eliminada en nuestra jurisprudencia —como se ha visto— la declarabilidad de oficio es razonable la afirmación citada, máxime si se toma en cuenta el efecto restitutorio común a las dos formas de invalidez (nulidad y anulabilidad).

La iniciativa de pedir la anulación es un poder cuyo titular puede ejercitar por vía de acción o de excepción (artículos 837, 841 y 843 del Código Civil), según que el interesado asuma la iniciativa procesal o se defienda de una acción tendiente a exigir la eficacia del negocio anulable (305).

—d) Caracterización teórico-práctica de la anulabilidad.

—d-1) La acción de anulación.

La acción de anulación puede definirse como un medio jurídico puesto a disposición de ciertas personas para la tutela de sus específicos intereses jurídicos, dejándose a ellas la decisión final en

cuanto a si el negocio será válido o inválido (306).

Para algunos tiene carácter constitutivo (307); ello puede entenderse si se observa que el supuesto de hecho de la anulación se perfecciona hasta el momento en que el interesado revela su intención de que se decrete la invalidez. La declaración judicial de anulación no puede ser dictada sino después de una demanda del interesado; no podría ser pronunciada de oficio (artículo 838 Código Civil, en el que, sin embargo se habla de "nulidad" y no de "anulabilidad") (308). Por paralelas razones, según la tesis jurisprudencial costarricense de la no declarabilidad de oficio de la nulidad, ésta también debería considerarse constitutiva (extintiva de los efectos precarios).

En síntesis, el hecho del que surge el efecto de la anulación, aún concentrándose en el acto de impugnación, tiene como presupuesto un vicio en la composición estructural del negocio jurídico. Este vicio, sin embargo, no opera solo: el Ordenamiento otorga a uno o más sujetos determinados (anulabilidad relativa) o a todos los interesados (anulabilidad absoluta) la facultad de pedir la anulación con la que se tiende a resolver los efectos producidos y a excluir definitivamente los efectos eventualmente suspendidos (309). El fundamento de esta atribución en la anulabilidad relativa (o normal) se encuentra en la causa misma de la invalidez ya que ésta refleja la esfera de intereses de uno de los contratantes al cual se atribuye el poder referido (310). Establece el artículo 837 del Código Civil que la nulidad (léase "anulabilidad") relativa no puede alegarse mas que por la persona o personas en cuyo favor la han establecido las leyes, o por sus herederos, cesionarios o representantes (311); así, en la anulabilidad relativa derivada de vicios

(301) V. GULLON, op. cit., supra 149, p. 203 quien no distingue lo aclarado en el paréntesis.

(302) V. SCOGNAMIGLIO, op. cit., supra 2, p. 395 y MESSINEO, vol. I, op. cit., supra 56, p. 624.

(303) SALA DE CASACION, No. 83 de 15 hrs. del 30 de julio de 1953, sem. II, tomo II, p. 150.

(304) SALA DE CASACION, No. 95 de 10 hrs. del 2 de setiembre de 1953, sem. II, tomo I, p. 333.

(305) V. BETTI, op. cit., supra 35, p. 354. "Quienes sostienen el poder de impugnación como derecho potestativo o de configuración jurídica señalan que el contrato anulable es eficaz, con eficacia precaria, provisional o claudicante, pero de modo que queda borrada "ex tunc", con retroactividad real, cuando se ejercita aquel derecho". LA CRUZ, op. cit., supra 36, p. 293.

(306) V. en este sentido: DIEZ PICAZO, op. cit., supra 34, p. 306, TRABUCCHI, op. cit., supra 1, p. 198.

(307) "... la acción y la sentencia que la acoge deben calificarse como constitutivas...". LA CRUZ, op. cit., supra 36, p. 287, cit. "La acción de anulación (a diferencia de la acción de nulidad, la cual es de constatación) es acción constitutiva". MESSINEO, I, op. cit., supra 56, p. 620.

(308) V. MESSINEO, op. cit., supra 56, p. 622.

(309) V. FALZEA, op. cit., supra 36, ps. 319 y 320.

(310) V. SCOGNAMIGLIO, op. cit., supra 3, p. 249.

(311) "... constituye una medida de protección a favor de determinadas personas. La ley hace las dos aplicaciones de este principio: 1) en el caso de falta de capacidad, la persona capaz no puede pedir ni alegar la nulidad del acto, fundándose en la incapacidad de la otra parte; 2) en el caso de vicios de la voluntad, tampoco puede pedirla, por razón de violencia, intimidación o dolo, el mismo que lo causó, ni por el error de la otra parte el que lo ocasionó". SALVAT, op. cit., supra 54, p. 1022.

del consentimiento la legitimación para la acción corresponde a la persona que sufrió dicho vicio (312) y en la derivada de incapacidad la legitimación corresponde al mismo incapaz cuando alcanza la capacidad de actuar (según el artículo 841 del Código Civil) (313). En síntesis "se excluye por tanto a los terceros en general. Sólo los vinculados por el contrato pueden pedir su anulación. Y de ellos, sólo aquel a quien afecta la incapacidad o ha sufrido la intimidación, la violencia, el dolo o el error" (314). Es necesario el vicio o defecto estructural, por lo que no basta la simple existencia de un interés contrario a lo pactado (315).

Como se ha adelantado ya "nulidad relativa" y "anulabilidad" no son conceptos coincidentes. Teóricamente la absolutez o relatividad pueden referirse tanto a la nulidad como a la anulabilidad. Esta confusión ha sido observada por la doctrina; Salvat, por ejemplo sostiene: *"Sin tener en cuenta la distinción e independencia entre las dos clasificaciones analizadas, algunos autores y fallos de los tribunales nos hablan frecuentemente de actos nulos o con nulidad absoluta y de actos anulables o con nulidad relativa, como si se tratase de términos correlativos y sinónimos"* (316). Análogamente afirma Cariota Ferrara: *"...el criterio de distinción está fundado en la pertenencia de la acción a todos los interesados o sólo a determinadas personas... impropriamente algunos suelen denominar 'nulidad relativa' a la 'anulabilidad'"* (317).

Para la doctrina más autorizada, en cambio, se distingue una anulabilidad relativa, que puede ser hecha valer solamente por determinadas personas que la ley indica, de una anulabilidad absoluta (que es la excepción) que puede ser hecha valer por cualquier interesado (318).

La anulabilidad en su forma normal es relativa; esto es, la acción puede ser planteada sólo por ciertas personas (en los contratos normalmente una de las partes). Junto a este tipo normal o común se admite una forma de anulabilidad excepcional que es la anulabilidad absoluta, esto es, una anulabilidad (absoluta) que puede ser reclamada por cualquier persona que tenga un interés (319).

La posibilidad de la absolutez en la anulabilidad se explica en cuanto a pesar de que la acción de anulación sea experimentada por cualquier interesado, el negocio, puede producir igualmente sus efectos antes de la sentencia de anulación; la absolutez de la acción en el sentido subjetivo, esto es, en el sentido de su pertenencia a todos, no conlleva que deba por ello ser acción de mera constatación o declaración (320).

La anulabilidad, sin embargo, normalmente es relativa, como ocurre respecto a los actos patrimoniales entre vivos realizados por algunos incapaces de actuar (artículo 21 del Código Civil) o por quien transitoriamente se encuentre en estado de incapacidad natural (artículo 23 del Código Civil) (321) y a los actos viciados por error (artículo 1015 del Código Civil) fuerza o miedo grave (artículo 1017 del Código Civil) y dolo cuando es obra de una de las partes y es determinante (artículo 1020 del Código Civil).

—d-2) La convalidación de los actos anulables.

El negocio meramente anulable, a diferencia del negocio nulo, puede ser convalidado por el mismo sujeto a quien corresponde el poder de invalidarlo (322). Ha sido sostenido que ella es "el fenómeno por el cual las partes quedan vinculadas por

(312) V. GULLON, op. cit., supra 149, p. 204 DIEZ PICAZO, op. cit., 34, p. 307, CARIOTA FERRARA, op. cit., cit., supra 95, p. 352.

(313) V. DIEZ PICAZO, op. cit., supra 34, p. 307.

(314) V. GULLON, op. cit., supra 149, p. 204.

(315) "En tratándose de una permuta de fincas que el notario llevó a cabo mediante dos ventas separadas, a una de las partes consideró después perjudicial la negociación por la diferencia en la naturaleza, en la situación y en el valor de los inmuebles, ello no es motivo para anular los contratos celebrados". SALA PRIMERA CIVIL, No. 9, de 9 y 10 hrs. del 11 de enero de 1974.

(316) SALVAT, op. cit., supra 54, p. 1025.

(317) CARIOTA FERRARA, op. cit., supra 95, p. 338.

(318) FRANCESCHELLI, op. cit., supra 57, p. 113. "...es bueno distinguir con el adjetivo "absoluta" aquella figura excepcional o anormal de anulabilidad donde la acción corresponde a cualquier interesado". CARIOTA FERRARA, op. cit., supra 95, p. 353.

(319) V. CARIOTA FERRARA, op. cit., supra 95, p. 362.

(320) Así CARIOTA FERRARA, op. cit., supra 95, p. 363, BETTI, op. cit., supra 85, ps. 360 y 361.

(321) Sobre este concepto v. PEREZ, op. cit., supra 52, p. 46.

(322) V. MESSINEO, op. cit., supra 56, ps. 620 y 621. BONET, op. cit., supra 173, p. 781, BRANCA, op. cit., supra 158, p. 94, VENZI, op. cit., supra 158, p. 167.

un contrato originariamente inválido, en virtud de un hecho posterior (323).

Ya los romanos sostuvieron que el acto que puede anularse puede también confirmarse (324). Se ha considerado que la convalidación opera como una especie de renuncia al derecho de obtener la anulación (325). No se trata de que con ella se elimina el vicio; lo que se elimina son los efectos del vicio, mediante una conducta simbólica o significativa, con la cual se manifiesta el interés de mantener el negocio.

Para otros, en cambio, "la confirmación es susceptible de concebirse desde un punto de vista negativo y positivo. Negativo, en tanto que el sujeto o parte del negocio que confirma, renuncia, en realidad, al ejercicio de la acción de anulabilidad del mismo. Positivo, porque con ello reconoce como inatacable la situación jurídica de la otra parte" (326).

Con relación al problema de la naturaleza jurídica de la convalidación se ha dicho que se trata de un acto unilateral recepticio, válido sin necesidad de aceptación (327). Se ha afirmado también su carácter negocial con base en que exige una manifestación externa de una voluntad dirigida a mantener el negocio (328). Ello es discutible por cuanto parece faltar aquí la programación de intereses (329). El carácter unilateral sí es claro; tanto si el negocio o acto convalidado era unilateral como si era bilateral (330). El carácter negocial de la convalidación deriva, en última instancia del concepto que se tenga de negocio jurídico: si se concibe éste como manifestación de voluntad habría que admitirlo; si se concibe como programación de intereses surgen múltiples interrogantes porque es la ley la

que determina íntegramente la eficacia de la confirmación o convalidación.

De conformidad con el artículo 840 del Código el comportamiento "convalidante" debe ser válido y para ello, aunque la convalidación sea un acto (o negocio) distinto, por naturaleza y función, de aquel negocio que se quiere convalidar, se requieren las condiciones subjetivas de capacidad y legitimación que se exigen en el negocio convalidado; esto se explica "con la consideración de que, en concreto, la convalidación proporciona al negocio convalidado eficacia normal y definitiva" (331).

La convalidación es una facultad que se otorga en función de los intereses de una de las partes del contrato; es por ello que se deja a ésta la decisión relativa a su ejercicio (332). "Para que la "ratificación" (léase "convalidación") expresa o tácita sea eficaz es necesario que se haga por quien tiene derecho de pedir la "rescisión" (léase "anulación")" (artículo 840 del Código Civil). En síntesis, quien puede hacer anular un contrato, puede también darle validez (333).

Existen dos tipos de convalidación: expresa y tácita. El artículo 839 del Código Civil recoge esta distinción al señalar que "*La ratificación (léase convalidación) necesaria para subsanar la nulidad (léase anulabilidad) relativa puede ser expresa o tácita*". En otros Códigos la "convalidación" "sólo es eficaz si contiene la sustancia de la misma obligación, la mención del motivo que la hacía viciosa y la declaración de la intención de reparar el vicio sobre el cual la acción de anulación se sustentaba" (334).

Convalidación expresa es la que menciona el

- (323) V. LA CRUZ, op. cit., supra 36, p. 305, TORRENTE, op. cit., supra 42, p. 248, BARASSI, op. cit., supra 139, p. 159, ARIAS RAMOS, op. cit., supra 56, p. 145.
- (324) "Actus ab initio nullus non potest validari validus autem, qui potest annullari, poterit etiam confirmari". No cabe convalidar el acto nulo en su origen; sin embargo el válido que puede anularse puede también confirmarse. CABANELLAS, op. cit., supra 76, p. 66.
- (325) V. MESSINEO, op. cit., supra 56, p. 621.
- (326) GULLON, op. cit., supra 149, p. 206.
- (327) V. MESSINEO, op. cit., supra 56, p. 621.
- (328) V. STOLFI, op. cit., supra 37, p. 83.
- (329) V. la bibliografía citada en nota 210.
- (330) V. CARIOTA FERRARA, op. cit., supra 95, p. 354.
- (331) V. CARIOTA FERRARA, op. cit., supra 95, p. 354.
- (332) V. DIEZ PICAZO, op. cit., supra 34, p. 309.
- (333) V. COLIN Y CAPITANT, op. cit., supra 130, p. 753.
- (334) V. DIEZ PICAZO, op. cit., supra 34, p. 310.

objeto, razones y voluntad de la convalidación (335), mientras que la tácita se produce cuando aquel a quien corresponde la acción de anulación da voluntaria ejecución al negocio, "conociendo el motivo de la anulabilidad" —se ha especificado— (336). Según otros Códigos hay confirmación tácita cuando se ejecuta un acto que implica necesariamente la voluntad de renuncia. Esta disposición ha sido criticada en los siguientes términos: ". . . *parece que la confirmación tácita no debe fundarse en una voluntad que ha de ser inducida a través del acto, sino entenderse producida objetivamente, por virtud de la regla que consagra la inadmisibilidad de contradecir el sentido de la propia conducta (venire contra factum proprium)*" (337). Betti aclara que se produce por medio de una conducta concluyente incompatible con el propósito de promover la anulación, es decir, mediante la ejecución voluntaria del negocio, realizada con conocimiento del motivo de anulabilidad (338). Sobre el tema la tradición ha formulado el principio de que "no puede pedir la nulidad de un acto (léase anulabilidad de un acto) la misma parte que lo ejecutó" (339).

Con respecto a ambas formas de convalidación se discute en doctrina si hay o no eficacia retroactiva. Algunos ordenamientos (por ejemplo el argentino) establecen que "la confirmación tiene efecto retroactivo" (340). Para algunos autores, sin embargo, la afirmación de la eficacia retroactiva de la convalidación no es una tesis correcta, pues ella no atribuye para el pasado efectos que el negocio no tenía (341), sino que se limita a eliminar la posibilidad de que tales efectos puedan ser desconocidos

o destruidos mediante acción judicial; "por ello no se debe hablar de retroactividad en sentido técnico, sino simplemente de renuncia a la acción que, por la eficacia retroactiva de la sentencia, haría desaparecer "in praeteritum" los efectos del negocio ya verificado" (342).

—d-3) Anulabilidad y prescripción.

El contrato anulable, como se ha visto deja en manos de una de las partes la posibilidad de desvincularse. Sin embargo, si quien tiene esta posibilidad no hace valer la causa de anulación, el contrato puede llegar a ser plenamente eficaz (343). Existe un plazo para que la acción sea planteada; se discute si se trata de una prescripción o de una caducidad. Según algunos, el negocio anulable puede convalidarse por prescripción del derecho a la anulación (344); nuestro Código Civil (artículos 841 y 842) habla de "prescripción". Se sostiene, sin embargo, que se trata más bien de un plazo de caducidad, no susceptible de interrupciones (345). Compartimos esta segunda tesis por cuanto: a) la inactividad en la prescripción es genérica y en la caducidad específica y aquí encontramos frente a la concreta acción de anulación y no frente a cualquier otra gestión judicial o extrajudicial, b) en la prescripción existe un término susceptible de reproducciones y ampliaciones (mediante la interrupción y la suspensión, respectivamente), mientras que en la caducidad el término es rígido (346).

Cumplido el término la anulabilidad ya no puede plantearse por vía de acción. Sin embargo, la excepción o defensa puede oponerse siempre que la otra parte quiera realizar las situaciones jurí-

(335) V. MESSINEO, op. cit., supra 56, p. 621, FRANCESCHELLI, op. cit., supra 57, y SALVAT, op. cit., supra 54, p. 1038, V. TRABUCCHI, op. cit., supra 1, p. 197, BONET, op. cit., supra 173, p. 731.

(336) SCOGNAMIGLIO, op. cit., supra 3, p. 253.

(337) Por ejemplo el artículo 1311 del Código Civil español. V. DIEZ PICAZO, op. cit., supra 34, p. 310.

(338) V. BETTI, op. cit., supra 35, p. 367.

(339) CABANELLAS, op. cit., supra 76, p. 147.

(340) V. SALVAT, op. cit., supra 54, p. 1043.

(341) Sobre la base del aforismo latino "Confirmatio non dat jura, sed ea, quae sunt, stabilit". La confirmación no da derechos, pero consolida los existentes. Aforismos latinos, CABANELLAS, op. cit., supra 76, p. 75.

(342) STOLFI, op. cit., supra 37, p. 84.

(343) V. LA CRUZ, op. cit., supra 36, p. 282, BONET, op. cit., supra 173, p. 732.

(344) Así CARIOTA FERRARA, op. cit., supra 95, p. 357.

(345) Así DIEZ PICAZO, op. cit., supra 34, p. 308.

(346) V. PEREZ, Víctor, *La prescripción negativa y la caducidad en el Derecho Civil costarricense*, Revista de Ciencias Jurídicas, No. 24, San José, p. 382.

dicas derivadas del negocio anulable. De conformidad con nuestro Código Civil "la nulidad (léase "invalidéz") ya sea absoluta o relativa (léase "nulidad o anulabilidad") puede oponerse siempre como excepción" (347). "Se sustrae a la prescripción la excepción de anulación que sea opuesta por el sujeto convenido para la ejecución del negocio" (348).

El plazo de caducidad referido tiene como momento inicial:

- en caso de violencia, cuando esta haya cesado,
- en caso de que derive de incapacidad de actuar, desde el momento en que tenga conocimiento el representante legal y a falta de éste a partir de la adquisición de la capacidad de actuar,
- en otros casos, desde el día de la conclusión del contrato (artículo 841 del Código Civil) (349).

—d-4) Los efectos de la sentencia de anulación.

En materia de negocio nulo se considera que la sentencia tiene efecto declarativo. Con relación al negocio anulable, en cambio, se afirma su carácter constitutivo. Este carácter constitutivo (innovativo (350)) se fundamenta en que el negocio de "anulable" pasa a "nada"; "si se quiere la sentencia puede ubicarse entre las constitutivas llamadas "resolutivas", porque reduce a nada el negocio y destruye sus efectos" (351), cancela los efectos ya producidos (opera "ex tunc" y no "ex nunc") como si no hubiera sido nunca eficaz el negocio (352). "En las relaciones entre las partes la máxima implica que todo debe remitirse al estado en que se encontraba antes de la formación del acto" (353). Es en este mismo sentido que se afirma que tiene efectos restitutorios, ya que ha de volverse a la misma situación que había antes de la celebración del negocio (354).

Excepcionalmente se sostiene, sin embargo, que la anulación del acto por incapacidad natural o por vicios del consentimiento, o por otra causa, no opera frente a los terceros que demuestren adquisición de buena fe (355). Ello ocurre en las previsiones en tema de Registro y Prescripción.

PARTE II: LA INEFICACIA

1) LA EFICACIA NEGOCIAL.

La eficacia negocial designa la actual investidura de un sujeto en una situación jurídica, positiva o negativa, como consecuencia de un negocio jurídico (356).

El supuesto de hecho negocial para ser eficaz debe poseer todos los elementos constitutivos y los elementos marginales eventualmente requeridos (357). Cuando así ocurre el negocio despliega "actualmente" sus efectos con relación a las partes

(347) V. DIEZ PICAZO, op. cit., supra 34, p. 308 y BETTI, op. cit., supra 35, p. 356.

(348) RESCIGNO, op. cit., supra 152, p. 311, TRABUCCHI, op. cit., supra 1, p. 199.

(349) V. BETTI, op. cit., supra 35, p. 355, LA CRUZ, op. cit., supra 36, p. 288. PUGLIATTI, op. cit., supra 53, p. 70.

(350) V. FALZEA, op. cit., supra 25, p. 326.

(351) V. CARIOTA FERRARA, op. cit., supra 95, p. 351.

(352) V. CARIOTA FERRARA, op. cit., supra 95, p. 351.

(353) V. STOLFI, op. cit., supra 37, p. 79. V. también DIEZ PICAZO, op. cit., supra 34, p. 308.

(354) V. GULLON, op. cit., supra 149, p. 205.

(355) V. STOLFI, op. cit., supra 37, p. 81.

(356) FALZEA, op. cit., supra 36, p. 40.

(357) FALZEA, op. cit., supra 36, p. 39.

(358). Los efectos se resumen en la necesidad de comportarse imperiosamente en consonancia con lo estipulado. "Ha nacido para ese obligado una norma individual que con el mismo rigor de una ley le impone una conducta o un derecho determinados. Esta es la doctrina que contiene el artículo 1022 del Código Civil" (359). Esta eficacia no se observa, en cambio, en las obligaciones naturales, salvo en la hipótesis de la "no repetición de lo pagado" (360).

Las vicisitudes relativas a la eficacia negocial son múltiples; ella puede estar suspendida, diferida o impedida; piénsese respectivamente en las hipótesis de una condición suspensiva, de un término inicial, de una autorización necesaria y no concedida todavía. Puede también sobrevenir la ineficacia de un negocio que había comenzado a producir sus efectos, como en el caso de la condición resolutoria y del receso de la relación" (361).

2) LA INEFICACIA. SENTIDO AMPLIO, SENTIDO ERICTO. ORIGINARIA, SUCESIVA.

En su sentido usual la idea de ineficacia denota la falta de efectos (362).

Jurídicamente también significa "insuficiencia de un acto para producir efectos" (363); con ella se designa la falta de producción de las consecuencias razonablemente esperadas en virtud de la celebración del negocio (364), por lo que determina en todo caso (por lo menos en modo provisional) una

insatisfacción del interés programado. Puede considerarse como el resultado negativo del proceso de integración del interés negocial en el sistema (365). La existencia de ese interés (por sí jurídicamente relevante) representa la constante en las diversas formas de ineficacia; la variable depende del modo de constitución del interés y de las específicas situaciones de intereses que pueden interferir en su realización (366).

Toda situación jurídica reposa sobre la existencia de un interés jurídicamente relevante. Toda situación jurídica, puede concebirse como un valor condicionado (367). En la ineficacia encontramos la pendencia o resolución del efecto en razón, precisamente, de la falta de atribución de un índice de valor (de posibilidad o de necesidad) a las conductas de las que depende la realización del interés negocial (368).

La ineficacia se resume, pues, en que el Ordenamiento no pone a disposición de los sujetos los efectos capaces de garantizar la realización del interés programado; así, por ejemplo "...en caso de haber aplazado las partes la producción de efectos, el contrato comenzará a engendrarlos el día, fecha y hora estipulados" (369); "cesada la incerteza o la suspensión, el negocio adquiere plena fuerza" (370).

La ineficacia se resume, en consecuencia, en que no nacen los efectos (o se eliminan en forma sobrevenida) capaces de satisfacer el interés negocial. Ella puede ser originaria o sucesiva, según que

(358) "La disposición del artículo 1025 limitativa de los efectos del contrato a las partes y sin trascendencia a terceros, se contrae a la derivación de derechos o perjuicios del vínculo jurídico propiamente dicho, establecido entre los contratantes...". SALA DE CASACION, No. 71 de 11 hrs. de 20 de agosto de 1951, sem. II, tomo I, p. 930. "Salvo las excepciones de ley, los contratos, no producen efectos sino entre las partes contratantes; no perjudican a terceros así como no los favorecen". SALA DE CASACION, No. 88 de 16 hrs. del 7 de setiembre de 1955, sem. II, tomo I, p. 475. "...el convenio habido entre X y Z tiene la condición de "res inter alios acta nec nocere nec prodesset potest", o en otros términos ni lo puede perjudicar ni le puede favorecer, conforme al artículo 1025 del Código Civil, que cristaliza en regla de Derecho el mencionado principio". SALA DE CASACION, No. 109 de 14 y 45 hrs. del 22 de setiembre de 1961, sem. II, tomo I, p. 507.

(359) SALA DE CASACION, No. 172 de 14 y 20 hrs. del 20 de noviembre de 1974. Sobre el tema, en particular, V. MESSINEO, op. cit., supra 56, p. 611.

(360) V. BRENES, op. cit., supra 56, p. 32.

(361) V. RESCIGNO, op. cit., supra 152, ps. 73 y 310.

(362) V. DIEZ PICAZO, op. cit., supra 34, p. 284.

(363) Así, CARNELUTTI, op. cit., supra 120, p. 331.

(364) V. DIEZ PICAZO, op. cit., supra 34, p. 283.

(365) "La ineficacia —se ha dicho— es el estado en que viene a encontrarse un acto ya relevante para el Derecho...". SCALISI, op. cit., supra 39, p. 330. No se habla de ineficacia con relación a los hechos y a los actos reales donde sólo es relevante la realización, pues en ellos no hay programación y simplemente se constata su existencia o inexistencia.

(366) SCALISI, op. cit., supra 39, p. 333.

(367) V. FALZEA, op. cit., supra 25, ps. 207 y 208.

(368) V. SCALISI, op. cit., supra 39, p. 331.

(369) FULLER, op. cit., supra 1, p. 136.

(370) CARIOTA FERRARA, op. cit., supra 95, p. 390.

el negocio no produzca desde su celebración los efectos (testamento, condición suspensiva, por ejemplo) o que los regularmente producidos sean eliminados (resolución y revocación, por ejemplo).

La terminología de la doctrina sobre el tema abunda en imprecisiones, tanto que se hace necesario distinguir entre ineficacia en sentido amplio e ineficacia en sentido estricto.

En sentido amplio comprende toda falta de efectos, incluso aquella que deriva de un vicio que afecta la validez del negocio (371), esto es, todas las hipótesis donde los efectos no se producen o están destinados a desaparecer sucesivamente (372), o, como se ha dicho "todos los casos en que el Ordenamiento incide sobre la producción de efectos" (373). Dentro de esta (indiscriminada) denominación se incluyen los casos de inexistencia, nulidad, anulabilidad, ineficacia en sentido estricto originaria, impugnación o ineficacia sucesiva (rescisión y resolución) y revocación. La imprecisión de este uso amplio es evidente. Ha sido catalogada como "fuente de equívocos" (374).

En sentido estricto la ineficacia presupone un negocio relevante y válido, como tal potencialmente eficaz, por lo que es una calificación autónoma (375), diversa de la invalidez y diversa también de la irrelevancia (376).

Para algunos los negocios ineficaces son negocios incompletos (377), donde todavía no concurren los requisitos necesarios (negocio a plazo o bajo condición, transmisión de propiedad mientras se inscribe en el Registro, negocio jurídico que requiere la aquiescencia de una tercera persona hasta tanto ésta la ratifica). Otros no incluyen las

figuras de impugnabilidad —casos de ineficacia sucesiva o sobreviniente— dentro del concepto, con lo cual restringen demasiado su contenido (378).

La ineficacia en sentido estricto comprende los casos de falta de producción originaria o sobreviniente de efectos. Originaria es la ineficacia cuando no se ha cerrado todavía el ciclo formativo del supuesto causal por la ausencia de un coelemento (379); sobreviniente es la que se produce cuando el negocio ha desplegado ya su eficacia (380).

"La ineficacia sucesiva es una vicisitud que incide sobre la situación efectual, después de que ésta ha surgido; debe reportarse en todo caso a una inidoneidad funcional del programa negocial por la incidencia de intereses externos incompatibles" (381).

3) INEFICACIA E IRRELEVANCIA.

Como consecuencia de las imprecisiones doctrinarias respecto al contenido del término ineficacia, se ha incurrido en confusión con respecto al concepto de irrelevancia. Se trata, en realidad, de dos calificaciones jurídicas muy distintas: la irrelevancia denota la posición de indiferencia de un acto para el Derecho, pues, no habiéndose completado el supuesto mínimo, el Ordenamiento no interviene (382); la ineficacia, en cambio, presupone la relevancia. "La expresión ineficacia posee sentido solamente respecto a un hecho dotado de peculiar relevancia. . ." (383).

La distinción reposa en la diferenciación entre hecho y efecto. Cuando estamos en una situación de ineficacia no se pone en duda la relevancia

(371) V. SCALISI, op. cit., supra 39, p. 331.

(372) V. SCOGNAMIGLIO, op. cit., supra 3, p. 229.

(373) CARIOTA FERRARA, op. cit., supra 95, p. 390.

(374) MESSINEO, op. cit., supra 56, p. 624.

(375) V. CARIOTA FERRARA, op. cit., supra 95, p. 390, TORRENTE, op. cit., supra 42, p. 249.

(376) "Técnicamente debe designarse como ineficaz el acto jurídico en que la falta de producción de efectos no deriva de un estado patológico del supuesto de hecho, sino de la actual falta de una concausa de eficacia, esto es, el acto jurídico meramente relevante". FALZEA, op. cit., supra 36, p. 40.

(377) Así VON THUR, op. cit., supra 148, p. 90.

(378) V. CARIOTA FERRARA, op. cit., supra 95, p. 389 y SCOGNAMIGLIO, op. cit., supra 3, p. 230.

(379) V. FALZEA, op. cit., supra 36, p. 53.

(380) "Puede darse que el contrato inicialmente eficaz pierda sus efectos por un hecho sobreviniente" (condición resolutoria, revocación, etc.) SCOGNAMIGLIO, op. cit., supra 3, p. 258.

(381) SCALISI, op. cit., supra 39, p. 367.

(382) "Jurídicamente se llama "relevante" a una situación de hecho concreta cuando esté constituida por todos los elementos requeridos por la norma para que el acto sea reconocido por el Derecho. . .". FALZEA, op. cit., supra 36, p. 26.

(383) SCOGNAMIGLIO, op. cit., supra 2, p. 327.

(384). "Los términos ineficacia e irrelevancia no están ligados por una relación de implicación necesaria por lo que no hay dificultad en admitir hechos relevantes pero ineficaces" (385).

Ineficacia e irrelevancia son respuestas que el Ordenamiento da a problemas claramente diferenciados. En la irrelevancia se valora estáticamente la correspondencia formal del programa negocial con el esquema normativo. En la ineficacia la valoración es dinámica (386); no se valora tanto una correspondencia formal como una idoneidad sustancial para la satisfacción de los intereses negociales.

La irrelevancia se distingue tanto de la ineficacia originaria como de la sobreviniente. La originaria presupone la relevancia; con respecto a la sobreviniente se ha dicho que la irrelevancia es un "no llegar" y que la ineficacia sobreviniente es un "devolverse" (387).

La diferencia resulta clara si se piensa que la relevancia se configura como una potencialidad de eficacia; "designa la idoneidad del acto para provocar transformaciones. . . y se revela como eficacia potencial, distinguiéndose así de la eficacia actual, aunque ocurre a menudo que los dos momentos coinciden" (388).

4) INEFICACIA PENDIENTE E INEFICACIA DEFINITIVA.

La distinción entre la ineficacia pendiente y la ineficacia definitiva, de conformidad con la metodología real-objetiva, encuentra su base en la específica consideración de los intereses en juego. Es necesario, pues, determinar su fundamento axiológico.

El fundamento axiológico unitario de la ineficacia pendiente se encuentra en dos exigencias (intereses): "remitir la realización del interés a un

momento sucesivo respecto al de su constitución y asegurar al mismo tiempo la plenitud de satisfacción del interés cuya realización ha sido pospuesta" (389). En estos casos basta esperar que el interés ya manifestado se complete o actualice, lo que ocurre con la identificación definitiva de los términos subjetivos u objetivos o con la definitiva exclusión de posibles intereses externos prevalecientes (390).

La ineficacia pendiente se transforma en ineficacia definitiva (o definitiva exclusión de efectos) cuando se excluya del todo que los hechos de los que depende la identificación del objeto y del sujeto puedan producirse, como, por ejemplo, en la previsión del artículo 1057 del Código Civil, según la cual *"En caso de que las partes hayan convenido que el precio se fije por uno o más terceros, y estos se negaren a cumplir el encargo o no lo pudieren verificar, o no se convinieren, la venta se tendrá por no hecha"*.

El acto definitivamente ineficaz se califica de acto jurídicamente "inútil". La "inutilidad", en doctrina, "designa la situación particular en que se encuentra el acto por la falta de verificación, en el momento prefijado, de una concausa de eficacia o por el sobrevenir de un evento absolutamente impositivo en una figura de efectos dilacionados" (391); la inutilidad es, en síntesis, la ineficacia caracterizada por ser definitiva.

Para que pueda hablarse de "inutilidad" (o ineficacia definitiva) deben producirse dos circunstancias: "en primer lugar, un acto jurídico perfeccionado en sus elementos constitutivos y actualmente improductivo de los efectos jurídicos. . . y en segundo lugar, la falta de realización. . . del elemento marginal requerido por la norma o el sobrevenir de un hecho impositivo que, obstaculizando el subentrar de las consecuencias jurídicas

(384) V. SCALISI, op. cit., supra 39, p. 323.

(385) SCALISI, op. cit., supra 39, p. 323.

(386) V. SCALISI, op. cit., supra 39, p. 331.

(387) Así CARNELUTTI, op. cit., supra 120, p. 318.

(388) FALZEA, op. cit., supra 36, p. 27. "La simple relevancia jurídica del hecho se presenta, como se ha dicho, en la potencialidad reconocida por el Derecho de producir los efectos predispuestos. . . Precisamente porque conserva tal posibilidad, y constituye todavía un instrumento válido para los sujetos que de él se ha valido para la satisfacción de sus intereses, el acto jurídico meramente relevante debe definirse al mismo tiempo como (todavía) jurídicamente útil". FALZEA, op. cit., supra 36, p. 46.

(389) SCALISI, op. cit., supra 39, p. 341.

(390) V. SCALISI, op. cit., supra 39, p. 339, TORRENTE, op. cit., supra 42, p. 249.

(391) SCALISI, op. cit., supra 39, p. 346.

del acto, paraliza la potencialidad de efectos. . ." (392). También la ineficacia sobreviniente (resolución, revocación, etc.) puede producir "inutilidad", o ineficacia definitiva.

La diferencia entre la inutilidad y la irrelevancia (o inexistencia) se encuentra en que el acto inútil penetró en la esfera del Derecho y por ello presenta un ciclo definido de existencia (no así el acto irrelevante) (393).

Otro ejemplo que ilustra la inutilidad es el de la no verificación (deficiencia) de la condición suspensiva que excluye definitivamente la producción de las consecuencias jurídicas del negocio (394).

5) PENDENCIA Y EXPECTATIVA.

De conformidad con los postulados metodológicos real-objetivos, la actualidad de los intereses programados es el requisito indispensable para la eficacia jurídica negocial; mientras los intereses no se actualicen no se produce el efecto jurídico (395); se habla en estos casos de eficacia diferida o suspendida, o estado de pendencia.

Lo anterior ocurre debido a que es posible que el interés que las partes han programado no sea actual en el momento de la conclusión del negocio, sino que deba actualizarse cuando se verifiquen determinados hechos (396).

A pesar de la falta de actualidad del interés programado a veces existen otros intereses preliminares (en función de las consecuencias jurídicas suspendidas); a ellos se liga el fenómeno de la "expectativa", especie de consecuencia preliminar; los efectos preliminares nos hacen ver que ya el Ordenamiento reconoce tutela a la situación; sobre estas bases es posible hablar de "relación de expectativa", donde el término activo es la expectativa y el término pasivo es la "obligación" de respetarla (397).

No siempre a la pendencia se acompaña la expectativa; no hay expectativa, por ejemplo, en los casos de "indeterminación subjetiva originaria" (por ejemplo en la donación a persona por nacer), pues en ellos faltando el sujeto destinatario no puede darse ninguna situación actual. El destinatario de la expectativa (en los casos en que esta acompaña a la pendencia) es el punto de referencia de los efectos futuros de una figura ya perfeccionada en sus elementos constitutivos.

El contenido de la expectativa es doble: garantía de nacimiento y garantía de ejecución, según que la tutela se refiera a que nazca o se ejecute la situación jurídica futura. A pesar de esta diversidad funcional, todos los medios de tutela de la expectativa responden al interés de que ella no resulta inútil por la conducta de una de las partes (398).

En el primer grupo (garantía de nacimiento) se comprende el derecho de que la otra parte no impida la verificación de la condición (artículo 682 del Código Civil). Se incluye también el derecho al resarcimiento del daño frente a quien ha puesto el impedimento (399).

Dentro de la tutela correspondiente al segundo grupo encontramos, por ejemplo, el poder de cumplir actos que interrumpan la prescripción (artículo 683 del Código Civil) y el poder de pedir declaración judicial de la existencia de la expectativa. Dentro de las medidas tutelares de la expectativa se incluye la facultad de "exigir el otorgamiento de la respectiva escritura, o la exhibición de la que se hubiere otorgado y estuviere en poder de otra persona y la de procurar que se tomen medidas de seguridad cuando la cosa debida condicionalmente estuviere abandonada o su existencia se hallare en peligro" (400).

Se habla de pendencia con relación al tiempo que transcurre desde el momento en que se celebra

(392) FALZEA, op. cit., supra 36, p. 48.

(393) FALZEA, op. cit., supra 36, p. 51.

(394) FALZEA, op. cit., supra 36, p. 177. "Considerando que el acto para el cual no se ha verificado en el momento prefigurado el elemento accesorio del cual depende el nacimiento de la situación efectiva, no se encuentra en posibilidad de desplegar la función que el Derecho le ha asignado al reconocerlo como instrumento a disposición de los sujetos, tal acto puede definirse como jurídicamente inútil, y la ineficacia que afecta el hecho puede denominarse "inutilidad". FALZEA, op. cit., supra 36, p. 47. La inutilidad se denomina también "esterilidad", BORDA, op. cit., supra 56, p. 390.

(395) V. VARRONE, op. cit., supra 51, p. 11.

(396) V. VARRONE, op. cit., supra 51, p. 10.

(397) V. FALZEA, op. cit., supra 36, ps. 30 y 212.

(398) V. FALZEA, op. cit., supra 36, p. 210.

(399) V. MESSINEO, op. cit., supra 56, ps. 132 y 133.

(400) BRENES, op. cit., supra 56, ps. 70 y 71.

el negocio hasta el momento en que se constata la verificación o falta de verificación del evento (401).

Confrontando la condición suspensiva con la condición resolutoria observamos que solamente en la primera hay verdadera pendencia. Mientras la condición suspensiva no se cumple "no se sabe si el acto jurídico producirá el efecto deseado. Sin embargo, este acto se ha realizado; la relación jurídica a que debe dar origen está, desde este momento, esbozada. No es exacto decir con Pothier que solamente hay una esperanza de derecho. El que ha prometido bajo condición suspensiva no puede ya retirar la promesa que ha hecho. El derecho condicional existe en germen. Por consiguiente, le está permitido a aquel en cuyo beneficio ha sido creado tomar las medidas de conservación destinadas a defenderlo..." (402). En la condición resolutoria, en cambio, la situación es diversa: "La relación jurídica nace inmediatamente, sólo existe incertidumbre en punto a saber si subsistirá así o quedará disuelta; pero, mientras tanto, el acto produce sus efectos como si fuera puro y simple" (403).

Los conflictos durante la fase de pendencia se han resuelto tradicionalmente en consideración a la voluntad expresa o implícitamente deducible de la conveniencia de las partes (404).

Carácter natural de la pendencia es su transitoriedad. "Los diversos efectos preliminares o conservativos están destinados a desaparecer con la definitiva ineficacia del acto o con su definitiva eficacia" (405). Cuando el estado de pendencia concluye con una certeza sobre la imposibilidad de verificación de efectos hablamos de ineficacia definitiva (406).

En síntesis, el término "pendencia" hace referencia a los efectos (hay dilación o suspensión de

ellos), mientras que el término "expectativa" hace referencia a un tipo particular (atenuado) de situación jurídica. Puede darse la pendencia sin expectativa cuando falta un sujeto a quien destinar la eficacia del acto (artículo 1400 del Código Civil).

6) LAS HIPOTESIS DE INEFICACIA. PLANTEAMIENTO SISTEMÁTICO.

Hemos visto que la ineficacia es el resultado negativo del proceso de integración del interés negocial en el sistema. La clasificación de sus modalidades se remite a) a la indeterminación subjetiva u objetiva del interés o a la posibilidad de interferencia de intereses externos prevalecientes y b) a la actual interferencia de intereses externos sobre el interés negocial. Se habla de causas internas y de causas externas, respectivamente.

Con relación a la primera hipótesis, vemos que en la vida negocial a veces los intereses se manifiestan incompletos por falta de determinación actual del destinatario de la situación jurídica o del objeto sobre el que ésta ha de recaer (407), o bien por falta de certeza sobre si se mantendrá el interés.

En la segunda hipótesis un interés externo al interés negocial se revela preponderante y transforma la producción de efectos del primero (en los casos de adaptación, impedimento o eliminación).

A) Las causas internas de ineficacia.

a) Causas internas: indeterminación subjetiva u objetiva.

Sujeto y objeto son los puntos de conexión entre el negocio y sus efectos (408). Puede ocurrir, en concreto que un determinado negocio deje inciertos estos términos, dejando su identificación a elementos marginales (409). Hay ineficacia, por cuanto no conociéndose todavía quién va a ser

(401) V. FRANCESCHELLI, op. cit., supra 57, p. 104.
(402) COLIN Y CAPITANT, op. cit., supra 130, pág. 370.
(403) V. COLIN Y CAPITANT, op. cit., supra 130, p. 370.

(404) V. BRUSCUGLIA, Luciano, *Pendenza della condizione e comportamento secondo buona fede*. Pubblicazioni della Facoltà di giurisprudenza della Università di Pisa, Giuffrè-ed. Milano, 1975, p. 20.

(405) SCALISI, op. cit., supra 39, p. 343. MESSINEO, op. cit., supra 56, p. 628.
(406) V. SCOGNAMIGLIO, op. cit., supra 2, p. 407.

(407) V. SCALISI, op. cit., supra 39, ps. 332 y 336.
(408) FALZEA, op. cit., supra 25, p. 272.

(409) V. SCALISI, op. cit., supra 39, p. 333. "El hecho que permite la individuación del elemento objeto o del elemento subjetivo es esencial para la completa realización de la situación efectiva, pero no para la validez del acto". TOMMASINI, op. cit., supra 38, p. 23.

titular de la situación jurídica, ésta no puede nacer para dar satisfacción al interés negocial. "La fuente de imputación constituye pues una concausa del acto; es necesaria no para la existencia del negocio, sino para el surgimiento del efecto. ..." (410). Hay también ineficacia porque no sabiéndose cuál es el objeto sobre el que ha de recaer el efecto no puede aquél cumplir su función de punto de vinculación.

Veamos algunos ejemplos con relación a la falta de determinación subjetiva:

1) El caso del destinatario de la situación jurídica que ha permanecido ajeno al acto y cuya decisión debe esperarse, por ejemplo en la hipótesis del negocio estipulado en nombre ajeno por el representante sin poderes, hasta la ratificación (artículos 1026 a 1029 del Código Civil) (411). En esta hipótesis, la eficacia respecto al tercero depende de su ratificación, sin embargo, el prometiende queda vinculado inmediatamente (artículos 1026 y 1027 del Código Civil). También hay indeterminación subjetiva originaria en la estipulación puramente gratuita en favor de tercero, donde se aplican los principios de las donaciones y se requiere la aceptación (artículos 1030 y 1031 del Código Civil) (412).

2) Cuando la situación jurídica está destinada a un sujeto futuro (por ejemplo la disposición a favor de una persona física que todavía no ha nacido o a favor de una persona jurídica que se va a constituir). El artículo 1400 del Código Civil establece, por ejemplo, que "Para recibir por donación es preciso estar, por lo menos, concebido al tiempo de redactarse la escritura de donación; pero quedará pendiente el derecho del donatario. ...".

3) Cuando el destinatario de la situación jurídica debe ser indicado por un tercero (el caso de la disposición testamentaria librada al arbitrio de un tercero, que entra dentro de la órbita de autonomía privada del testador, la cual solamente tiene la

limitación del artículo 595 del Código Civil en materia alimentaria).

Con relación a la falta de determinación objetiva encontramos también algunos ejemplos en el Derecho Privado costarricense:

1) Cuando el bien es designado en modo genérico, se trata de un bien fungible o de obligaciones alternativas. En efecto, establece nuestro Código Civil: artículo 1050: "La venta de cosas indeterminadas de cierta especie, no transmite la propiedad de la cosa, sino cuando ésta se determine", artículo 1051: "La venta de cosas fungibles. ... aunque existe desde su celebración como contrato productor de obligaciones, no transmite la propiedad hasta que se cuenten, pesen o midan dichas cosas" (413) y artículo 645: "En las obligaciones alternativas la elección corresponde al deudor. ..." (414).

2) Si la indicación del objeto está dejada al arbitrio de un tercero (artículos 1056 y 1057 del Código Civil que se refieren al caso en que el precio de la venta debe ser fijado por un tercero).

3) Si el bien indicado no existe todavía, por ejemplo en el caso de la compraventa de cosa futura (artículo 1059 del Código Civil) (415). "La necesidad del evento al cual está confiada la tarea de integrar la determinación del objeto, provoca, dentro de ciertos límites, la suspensión de los efectos negociales. Tal suspensión se mantiene hasta que el hecho no se verifique. Cuando este hecho sea futuro e incierto surge una situación de pendencia que se parece mucho a la condicional; por tal razón muchos remiten las fuentes de cualificación objetivas al concepto de condición suspensiva. ... pero no se trata de un elemento accidental. ..." (416).

La distinción hecha entre las causas internas de ineficacia, según que deriven de falta de determinación subjetiva u objetiva tiene, como se ha visto, fundamento positivo. La importancia prác-

(410) FALZEA, op. cit., supra 36, p. 256.

(411) Sobre la hipótesis en Italia v. PUGLIATTI, Salvatore, *Studi sulla rappresentanza*, Milano, Giuffrè, 1965, p. 514.

(412) "Omnis rati habitio prorsus retrahitur et confirmat ea, quae ab initio subsequuta sunt". Toda ratificación se retrotrae en absoluto y confirma lo hecho desde el principio. CODIGO DE JUSTINIANO, Lib. IV, Tit. XXVIII, L. 7. CABANELLAS, op. cit., supra 76, p. 6. "Non tantum verbis ratum haberi potest, sed etiam actu". No sólo cabe ratificar con palabras, sino también con actos". SCEVOLA, Lib. XLVI, tit. VIII, L. 5, DIGESTO, CABANELLAS, op. cit., supra 76, p. 40. Un rápido paralelismo entre convalidación y ratificación permite establecer que mientras la falta de convalidación influye sobre la validez y deja abierta la posibilidad de anulación del negocio, la falta de ratificación suspende la eficacia". MESSINEO, op. cit., supra 56, p. 621.

(413) "En un negocio sobre cosa genérica o alternativa a la preliminar individualización de la cosa está subordinado el efecto real, aunque no el surgimiento de la relación obligatoria". SCALISI, op. cit., supra 39, p. 342.

(414) V. FALZEA, op. cit., supra 36, p. 307.

(415) "La existencia actual de la cosa se requiere para que surjan los efectos del negocio, no para que el negocio exista". FALZEA, op. cit., supra 36, p. 313.

(416) FALZEA, op. cit., supra 36, p. 305.

tica de la distinción se encuentra en que en el primer caso (falta de fuente de imputación subjetiva) no nace ningún efecto jurídico, mientras que en los casos de falta de determinación objetiva, si bien no se produce el efecto real, puede producirse el efecto obligatorio (por ejemplo en la compra-venta de cosa genérica) (417) y pueden surgir efectos preliminares: en la falta de fuente de imputación subjetiva no es configurable ninguna expectativa, lo que sí ocurre cuando falta la fuente de determinación objetiva (418).

-b) Causas internas: posible interferencia de intereses externos prevalecientes.

Encontramos también ineficacia derivada de causas internas, cuando la producción de efectos se suspende debido a la incerteza originaria sobre si se presentará un interés externo prevaleciente. Ello ocurre, por ejemplo, en el caso del testamento.

En el testamento encontramos un negocio jurídico unilateral y perfecto desde que el testador ha emitido su manifestación en las formas legales. La eficacia del mismo se encuentra remitida, sin embargo, a la apertura de la sucesión (artículo 520 del Código Civil) (419), mientras tanto es relevante (y puede ser válido), pero es ineficaz (420).

La ineficacia originaria del testamento puede transformarse en "inutilidad relativa" (421), mediante la revocación (422). Es en este sentido que se habla de ineficacia por posible interferencia de intereses externos (al negocio) prevalecientes (sobre el negocio).

B) Las causas externas de ineficacia.

De conformidad con lo visto hasta el momento, las causas de ineficacia pueden distinguirse en dos categorías: causas internas que derivan de la falta de un elemento marginal y causas externas que obstaculizan desde fuera la eficiencia del acto en razón de intereses incidentes sobre el interés negocial (423).

(417) V. FALZEA, op. cit., supra 36, p. 306.
(418) "La incerteza del objeto no impide el nacimiento de una expectativa en sentido técnico...". SCALISI, op. cit., supra 39, p. 342.

(419) V. PUGLIATTI, op. cit., supra 53, p. 126.
(420) V. SCOGNAMIGLIO, op. cit., supra 2, p. 267 y MESSINEO, Francesco, *Manuale di diritto civile e commerciale*, Vol. sexto, Giuffrè-ed. Milano, 1962, p. 204.

(421) Es relativa porque la revocación puede ser revocada y puede darse vida de nuevo al primer testamento; no puede hablarse por ello de ineficacia definitiva o "inutilidad" (absoluta) (Artículo 623 Código Civil).

(422) V. CARIOTA FERRARA, op. cit., supra 95, p. 392 y GULLON, op. cit., supra 149, p. 110.

(423) V. FALZEA, op. cit., supra 36, p. 57.
(424) V. SCALISI, op. cit., supra 39, p. 335.

(425) V. SCALISI, op. cit., supra 39, p. 335.
(426) V. SCALISI, op. cit., supra 39, p. 335.

La ineficacia por causas externas presupone la existencia del acto. La situación efectual, sin embargo, no adquiere existencia o la adquiere en parte, o la pierde, debido al hecho de que el Ordenamiento considera prevaleciente otra situación jurídica que no es con ella compatible. Ejemplos de regulación positiva en los términos referidos se encuentran en las hipótesis de ineficacia relativa (por ejemplo en el caso del artículo 455 del Código Civil) y en materia de revocación testamentaria (artículo 621 del Código Civil).

Obsérvese que se trata de otros intereses jurídicos que, interfiriendo sobre el interés negocial, exigen que las valoraciones negociales sean corregidas, modificadas o eliminadas.

Por causas externas puede producirse una adaptación, un impedimento o una eliminación (424). Veamos separadamente estas tres posibilidades:

a) Hay adaptación en los casos de reducción de eficacia en el tiempo o de reducción de eficacia subjetiva.

El caso típico de reducción de eficacia en el tiempo se encuentra en la condición, debido a la incerteza sobre si se verificará o no la interferencia de intereses y a la necesidad de esperar el momento temporal en el que los sujetos han previsto la satisfacción del interés programado (425).

El caso típico de reducción de eficacia subjetiva se encuentra en las llamadas hipótesis de ineficacia relativa (también llamada inoponibilidad); en ellas, mientras que el efecto jurídico opera plenamente respecto a ciertos sujetos, ello no ocurre con respecto a otras categorías (por ejemplo en el caso del comprador de un bien inmueble que no inscriba su adquisición). La adaptación depende de la existencia de diversas situaciones jurídicas concurrentes sobre un mismo bien y de la exigencia de realizar una forma intermedia de tutela para resolver el conflicto de intereses (426).

b) Hay impedimento en los casos de inutilidad

originaria, donde la ineficacia depende de la falta de verificación de una concausa de eficacia (por ejemplo cuando ya no se podrá verificar el evento previsto como condición suspensiva). En estos casos queda impedida definitivamente la eficacia (427).

c) Hay eliminación cuando la ineficacia depende de hechos resolutorios (condición resolutoria, término final) y, en general en los negocios extintivos (como en la revocación o distracto). La eliminación comprende todos los casos de ineficacia sucesiva o sobreviniente.

a) En particular sobre la adaptación: examen de la condición y de la "ineficacia relativa".

a-1) Las condiciones Aspectos generales.

Dentro de los elementos accidentales del negocio jurídico que tienen incidencia sobre la eficacia, especial mención merecen las condiciones. Es común en la doctrina la idea de que "la condición afecta únicamente los efectos del negocio, bien suspendiéndolos, bien resolviendo los ya producidos" (428).

La condición consiste en el hecho de subordinar la formación o la desaparición de una relación jurídica a la realización de un acontecimiento futuro e incierto (429). Las partes pueden, pues, hacer depender la eficacia o ineficacia del negocio de un hecho futuro e incierto que, además, debe ser posible y lícito (430).

Los caracteres de la condición son:

- 1) se trata de un hecho futuro (431),
- 2) se trata de un hecho incierto; el acto jurídico condicional es, por ello, un acto cuya suerte es incierta (432), y
- 3) se trata de un elemento accidental, en

cuanto su estipulación depende de la voluntad de las partes (433).

La doctrina conoce dos tipos de condiciones: suspensivas y resolutorias. Ellas son de efectos contrarios; "así cuando la suspensiva se realiza, el derecho nace; y cuando la resolutoria se cumple, él desaparece. Todo el tiempo que la primera se halla en estado latente, el vínculo de Derecho no se forma; y mientras la segunda está sin verificarse la obligación surte todos los efectos. De aquí resulta que siempre que la suspensiva esté sin producirse, el presunto acreedor no puede invocar derechos adquiridos, pues sólo tiene la esperanza de un derecho (434); y el presunto deudor, a su vez, nada debe; hallándose facultado por lo mismo para recobrar lo que hubiere pagado por error. En cambio, el que adquiere bajo condición resolutoria goza de los atributos del dominio sin otro inconveniente que la posibilidad de perderlo más adelante" (435). Ha sido explicado que la condición suspensiva opera dentro de la estructura del acto, colocándose entre el momento de la relevancia y el de la eficacia; la resolutoria, en cambio, opera exteriormente cuando el negocio ha desplegado ya su eficacia (436). En la condición suspensiva encontramos, en consideración a las valoraciones mismas de las partes, que su función es la de indicar la situación del mundo fenoménico (futura e incierta) a cuya verificación el autor del acto subordina la actualidad del interés programado (437). En el negocio condicionado suspensivamente no se programa un interés actual, sino un interés que se actualizará hasta el momento en que se produzca el evento previsto. Verificándose la condición suspensiva el negocio adquiere eficacia, verificándose la condición resolutoria el negocio la pierde (438).

(427) Un ejemplo en el artículo 605 del Código Civil.

(428) GULLON, op. cit., supra 149, p. 167.

(429) V. COLIN Y CAPITANT, op. cit., supra 130, p. 361.

(430) V. FRANCESCHELLI, op. cit., supra 57, p. 101.

(431) Idea también de origen romano: "Itaque tunc potestatem conditiones obtinet, quom in futurum confertur". Y así tiene fuerza de condición cuando se refiere a un tiempo venidero, PAPINIANO, Lib. XII, Tít. I, 1.39. "conditio". La condición relativa a un hecho presente o pasado no se considera propiamente condición. CABANELLAS, op. cit., supra 76, p. 67.

(432) V. COLIN Y CAPITANT, op. cit., supra 130, p. 361.

(433) V. FALZEA, op. cit., supra 36, p. 130.

(434) En realidad, más que la esperanza de un derecho tiene una expectativa.

(435) BRENES, op. cit., supra 56, p. 70, V. BORDA, op. cit., supra 56, p. 244.

(436) V. FALZEA, op. cit., supra 36, p. 239.

(437) V. esta explicación sustancial en VARRONE, op. cit., supra 51, p. 89.

(438) V. MESSINEO, op. cit., supra 56, p. 590.

Es interesante recordar aquí la llamada "ficción de verificación" (artículo 682 del Código Civil): "La condición se reputa cumplida cuando el deudor obligado bajo tal condición impide su cumplimiento". Se considera verificado el evento cuando tal verificación no se produce debido a causa imputable a la parte que tenía interés contrario a tal verificación. En tal caso, si la condición es suspensiva el negocio produce sus efectos; si la condición es resolutoria el negocio se resuelve con efecto a partir de la conclusión (retroactividad real) (439). Con la ficción de verificación se dispone implícitamente la obligación para los contratantes de no impedir el verificarse de la condición, por lo que se decreta a título sancionatorio que la condición se tenga por cumplida (440). Ella sirve para hacer respetar el interés programado por las partes; esta solución también tiene sus fuentes en Roma (441).

Es interesante aclarar que ciertas condiciones ilícitas o imposibles pueden tener incidencia sobre la validez de la obligación. Establece, al respecto el artículo 679 del Código Civil: "*Toda obligación contraída, ya sea para el caso en que el estipulante cometiere un acto ilícito, u omitiere cumplir con un deber, ya sea para el caso en que el prometiente cumpliera un deber o no cometiere un acto ilícito es nula; pero será válida la obligación contraída para el caso en que el prometiente cometiere un acto ilícito o descuidare el cumplimiento de un deber*" (442). En el artículo 678 del mismo cuerpo legal se establece: "*La obligación contraída bajo una condición imposible es nula; pero si la condi-*

ción es de no hacer una cosa imposible, la obligación es válida".

a-1-1) Aclaraciones sobre "el término".

La calificación de "accidental" que (también) se otorga al término revela su posición en la estructura del supuesto negocial. Su significación práctica tiene relieve respecto a la eficacia del negocio (443). Se trata de un elemento accidental que opera sobre la eficacia, señalando el momento en que empieza a producirse (término suspensivo o inicial) o se extingue (término resolutorio o final) (444). Influye sobre la eficacia y no sobre el perfeccionamiento del negocio (445).

La diferencia sustancial entre el término inicial y el término final ha sido explicada en el siguiente sentido: "*el término final revela una naturaleza radicalmente diversa a la del término inicial; ello depende del diverso rol ejercitado por uno y otro respecto al despliegue de la función del negocio. Si, en efecto, función del negocio es la innovación de una cierta configuración de intereses, el término inicial se refiere a la misma aptitud del negocio para traducirse sobre el plano de la realidad, en cuanto señala el momento de inicio de la innovación. En cambio, el término final presupone que el negocio se haya traducido ya sobre el plano de la realidad. . . él no se refiere a la medida de la programación para operar, sino a la medida de la programación*" (446).

A diferencia de la condición, en el término hay certeza (447) aunque se parecen en el efecto de diferir o eliminar la eficacia de la situación jurídica (448).

- (439) V. FRANCESCHELLI, op. cit., supra 57. "Se considera —si es suspensiva— como si nunca hubiera nacido. Si la condición es resolutoria, la obligación continúa produciendo sus efectos, que entonces se convierten en definitivos". COLIN Y CAPITANT, op. cit., supra 130, p. 371.
- (440) V. FALZEA, op. cit., supra 36, p. 206.
- (441) "Jure civili receptum est, quoties per eum, cujus interest conditionem impleri, fit quominus impleatur, ut perinde habeatur, ac si impleta conditio fuisset". Está admitido en Derecho Civil que cuando el interesado en una condición impida su cumplimiento, se la considere como cumplida. JULIANO, Lib. XXXV, tit. I, L. 24, DIGES-TO, CABANELLAS, op. cit., supra 76, p. 30.
- (442) V. MESSINEO, op. cit., supra 56, p. 606.
- (443) V. RUSSO, Ennio, *Il termine del negozio giuridico*, Giuffrè-ed. Milano, 1973, p. 4.
- (444) RUSSO, op. cit., supra 443, p. 3 cit. a: DE RUGGIERO, R., *Istituzioni di diritto civile*, I, Messina, 1934, p. 283, MESSINEO, Francesco, *Dottrina generale del contratto*, Milano, 1948, p. 124, FERRARA, F., *Diritto Privato attuale*, Torino, 1948. V. tamb. MESSINEO, op. cit., supra 56, p. 593 y GULLON, op. cit., supra 149, p. 182.
- (445) "La adquisición de un derecho, o la asunción de una obligación, se supone, en el negocio a término inicial, ya ocurrido, solamente que el momento del ejercicio del derecho o del cumplimiento de la obligación no ha llegado todavía". MESSINEO, op. cit., supra 56, p. 594.
- (446) RUSSO, op. cit., supra 443, ps. 148 y 149.
- (447) V. FRANCESCHELLI, op. cit., supra 57, p. 105.
- (448) V. GULLON, op. cit., supra 149, p. 181. "Si las partes convinieron en realizar unas construcciones, al finalizar las cuales el demandado pagaría por el uso de ellas una renta calculada sobre el valor de las mismas, se está en presencia de una obligación de término incierto o desconocido, término y no condición, porque el hecho tenía que verificarse necesariamente con arreglo al contrato, aunque se ignoraba la fecha exacta en que debían finalizar las obras". SALA DE CASACION, No. 72 de 10 hrs. del 28 de junio de 1976.

a-1-2) Condición y término. Aclaraciones.

Aunque ambos elementos accidentales determinan una ineficacia voluntaria (449), estructuralmente, término y condición se defieren en razón de la certeza (o falta de ella) acerca de su verificación (aunque en doctrina se discute la posibilidad del término incierto). Se ha dicho que "tiene más vitalidad la obligación a término que la obligación condicional, ocupa más lugar en el patrimonio que ese germen que constituye el crédito solamente condicional" (450).

Las consecuencias prácticas se observan en el riesgo: el riesgo de la cosa debida bajo condición recae sobre el deudor (artículo 685 del Código Civil: "Mientras la condición suspensiva no se realice, el enajenante conserva por su cuenta y riesgo la cosa objeto de tal obligación y hace suyos los frutos que produzca"); por el contrario "el riesgo de la cosa debida a término recae sobre el acreedor. Este se ha convertido en propietario de la cosa en virtud del contrato. Lo que el término suspende es únicamente la entrega material de la cosa. Cabe por tanto aplicar la regla 'res perit domino'" (451) (artículo 776 del Código Civil: "El plazo se presume estipulado en favor del deudor, salvo que resulte lo contrario de la convención o de las circunstancias").

Para algunos (452) la diferencia puede encontrarse en que en el caso de la condición suspensiva existe una situación de relevancia, mientras que en el caso del término surge la situación jurídica, pero se atrasa su ejecución. La diferencia es observable si se toma en cuenta el hecho de que el acreedor bajo condición suspensiva puede antes de verificarse el evento realizar los actos conservatorios de su derecho (pero sólo los actos conservatorios) (artículo 683 del Código Civil); se excluye la realización de su interés, porque su derecho todavía no existe y él todavía no es acreedor. Esta posibilidad existe, en cambio, para el acreedor a término, aun antes del vencimiento. La plena validez del pago

anticipado y la consecuente exclusión de repetición de lo que ha sido pagado antes del vencimiento (artículo 773: "Lo que ha sido pagado antes no puede ser reclamado") son la demostración más convincente del reconocimiento de su derecho con anterioridad al cumplimiento del término y al mismo tiempo aclaran la función de éste en el sentido de que se produce solamente con relación al ejercicio del derecho, sin excluir la eventual realización anticipada del interés (453). Una confirmación ulterior se tiene con la llamada "decadencia del beneficio del término" (artículo 777 del Código Civil) que eliminando todo límite temporal al ejercicio del crédito legitima al acreedor para exigir inmediatamente la prestación (454).

"La decadencia del beneficio del término recuerda un poco la 'ficción de verificación' de la condición. No es difícil ver la diversidad de los dos remedios: mientras que la ficción de verificación tiene carácter sancionatorio de la violación de la obligación de no impedir el verificarse de la condición, la decadencia del beneficio del término, refiriéndose a cualquier comportamiento del deudor que perjudique las razones del acreedor, realiza una verdadera forma de tutela anticipada del derecho del acreedor, que en el caso del negocio condicional no existe" (455).

a-1-3) En particular sobre la adaptación derivada de condición suspensiva.

Cuando la condición es suspensiva el negocio queda en suspenso, mientras tanto se encuentra privado de eficacia en su contenido, de modo que si se refiere a la adquisición de un derecho ese derecho se encuentra "condicionado"; el titular de ese derecho condicionado puede solamente realizar actos conservatorios (artículo 683 del Código Civil: "El acreedor, puede, antes de cumplirse la condición, ejercer todos los actos conservativos de su derecho") (456).

En la condición suspensiva encontramos un

(449) V. CARIOTA FERRARA, op. cit., supra 95, p. 391.

(450) V. COLIN Y CAPITANT, op. cit., supra 180, p. 377.

(451) COLIN Y CAPITANT, op. cit., supra 180, p. 377, v. tamb. ARIAS RAMOS, op. cit., supra 56, p. 137.

(452) NATOLI, Ugo, *La regola della correttezza e l'attuazione del rapporto obbligatorio. Studi sulla buona fede. Pubblicazioni della Facoltà di giurisprudenza della Università di Pisa, Giuffrè-ed. Milano, 1975.*

(453) V. SCALISI, op. cit., supra 39, p. 341.

(454) Sobre el tema PEREZ, Víctor, *El comportamiento de las partes (acreedor y deudor) durante la fase de actuación de la relación obligatoria*, Revista Judicial, Corte Suprema de Justicia, San José, No. 3, p. 62.

(455) SCALISI, op. cit., supra 39, p. 342.

(456) Sobre el tema v. MESSINEO, op. cit., supra 56, p. 587.

caso típico de ineficacia, entendiéndose ésta como una ineptitud actual para la producción de efectos. Se califica de ineficaz el negocio perfecto y válido, que no produce sus efectos porque hay una causa que lo impide. El caso de la condición suspensiva ejemplifica este mecanismo: la condición suspensiva es causa de ineficacia del negocio, el que producirá sus efectos cuando el evento se verifique (457).

a—2) En particular sobre la "ineficacia relativa". Adaptación subjetiva de eficacia.

Se distingue frecuentemente la ineficacia en absoluta y relativa según que ella opere respecto a todos o solamente respecto a determinadas personas. Se dice que en este segundo caso el negocio es eficaz entre algunos e ineficaz entre otros (458): el contrato eficaz entre las partes no puede ser opuesto útilmente a terceros. El caso típico se encuentra en el conflicto entre dos adquirentes de un bien inmueble, uno de los cuales haya inscrito con anterioridad su título (459).

Como se ha adelantado, la ineficacia relativa responde a una exigencia de adaptación y representa el medio de que se vale el Ordenamiento para realizar una forma intermedia de tutela de los intereses de las partes y de los terceros (460). Con este remedio se tutela el interés del tercero en cuanto titular de una situación jurídica incompatible con los efectos del acto.

La ineficacia relativa se denomina usualmente "inoponibilidad": hay ineficacia respecto a ciertos sujetos a los cuales no es oponible el acto (461).

La relatividad de esta forma de ineficacia deriva de la distinción entre partes y terceros (462), entendiéndose por tercero quien no ha sido parte en el acto o contrato a que se refiere la inscripción (en el caso de la inoponibilidad por falta de registración) (párrafo segundo del artículo 455 del Código Civil) (463). Se ha dicho que en la base del remedio hay un fenómeno de reflexión de los efectos del acto en la esfera jurídica de personas que no han tomado parte en él (464).

Debe observarse que en la doctrina hay graves imprecisiones sobre este concepto. Algunos han llegado a afirmar que el negocio es "nulo" frente a determinadas personas (465) confundiéndose la invalidez con la ineficacia.

Dado que el negocio carece de efectos frente al tercero no es necesaria ninguna acción suya para eliminar los efectos del negocio, aunque, en algunos casos podrá ser útil alguna acción declarativa o de constatación (466): ello se ha explicado diciéndose que "frente a la nada no es siquiera concebible una impugnación"; no se requiere cuando los efectos del negocio no pueden oponerse al tercero, como, por ejemplo, ocurre cuando las partes no cumplen una carga como la de dar publicidad a su acto (467).

Los ejemplos de ineficacia relativa son múltiples; entre ellos tenemos:

(457) V. FRANCESCHELLI, op. cit., supra 57, p. 114.

(458) V. CARIOTA FERRARA, op. cit., supra 95, p. 390, BRANCA, op. cit., supra 158, p. 97.

(459) V. SCOGNAMIGLIO, op. cit., supra 3, p. 259.

(460) V. SCALISI, op. cit., supra 35, p. 355.

(461) V. LA CRUZ, op. cit., supra 36. "Inoponibilidad significa que el negocio en sí válido y además eficaz entre las partes y también hacia otros, no es eficaz, por lo que no despliega ningún efecto, frente a algunos terceros". MESSINEO, op. cit., supra 56, p. 626, BORDA, op. cit., supra 56, p. 389, TRABUCCHI, op. cit., supra 1, p. 198.

(462) V. DIEZ PICAZO, op. cit., supra 34, p. 292, V. PLANITZ, op. cit., supra 93, p. 107.

(463) V. SALA DE CASACION, No. 52 de 13 y 30 hrs. del 25 de junio de 1952, sem. I, tomo único, p. 552.

(464) V. SCALISI, op. cit., supra 39, p. 354. En cuanto a las críticas al esquema de la "Doppelwirkungen". V. PUGLIATTI, op. cit., supra 53, p. 658, SCALISI, op. cit., supra 39, ps. 347 y 353.

(465) V. VON THUR, op. cit., supra 148, p. 91.

(466) V. CARIOTA FERRARA, op. cit., supra 95, p. 393.

(467) V. BETTI, op. cit., supra 35, ps. 350 y 351.

a) la falta de publicidad declarativa de la compraventa de bienes inmuebles (artículos 455 y 459 del Código Civil) (468).

El artículo 456 del Código Civil "que es el fundamento jurídico que sostiene la fe que el Registro presta a terceros, protege del modo dispuesto a los actos o contratos que se hayan inscrito en dicha institución, dándole así vigor a otras normas legales, como la del artículo 267 del Código Civil que preceptúa que "para que la propiedad sobre inmuebles surta todos sus efectos legales, es necesario que se halle debidamente inscrita en el Registro General de la Propiedad", y la del artículo 255 ibídem que manda que "los títulos sujetos a inscripción que no estén inscritos, no perjudican a terceros, sino a partir de la fecha de su inscripción en el Registro" (469). La determinación de los títulos inscribibles ha sido aclarada jurisprudencialmente (470). El conflicto de intereses se observa,

por ejemplo, en el caso de presentación de la escritura con posterioridad a un mandamiento de embargo (471). Se distingue entre si han transcurrido o no tres meses a partir del negocio para resolver el conflicto. Así, se ha dicho: *"en el régimen establecido por nuestro Código Civil para solucionar los conflictos sobre preferencia en razón de tiempo entre el titular de un derecho real, adquirido o constituido en escritura pública y el embargante que logra anotar el embargo con anterioridad a la fecha de presentación de la escritura al Registro Público, se ha establecido que esta última prevalece sobre el embargo siempre que sea presentada al Registro dentro de los tres meses posteriores a su otorgamiento; de lo contrario si la presentación se hiciere después, la preferencia corresponderá al embargante, salvo que se demuestre en vía ordinaria que es cierto el derecho. . ."* (472).

b) En términos análogos se regula la hipoteca

- (468) "si éste no ha sido hecho público mediante la transcripción, no es oponible a otro causahabiente del mismo propietario que podría haber contratado luego, pero que habiendo hecho público su título ha conservado el derecho adquirido". STOLFI, op. cit., supra 37, p. 99. "...de acuerdo con los principios que rigen la institución del Registro Público, entre dos documentos relativos a una misma finca, que se excluyan o contradigan entre sí, el que estuviere inscrito prevalece sobre el que no lo está. . .". SALA DE CASACION, No. 54, de 16 hrs. del 28 de mayo de 1958, sem. I, T. II, p. 876.
- (469) SALA DE CASACION, No. 21 de 15 y 30 hrs. del 27 de enero de 1967, sem. I, tomo I, p. 369. "aun cuando una sentencia tuviera por válida la primera venta, si esta última no se dio a conocer a los terceros por medio del Registro, esa sentencia no puede causarle perjuicio al segundo comprador, conforme al artículo 456 citado, el cual se inspira en el principio fundamental de que, sin publicidad, el tercero no puede ser perjudicado, de modo que no se han infringido por el Tribunal de alzada los artículos 468, inciso 1, 469 y 470 ibídem". SALA DE CASACION, No. 52 de 13 y 30 hrs. de 25 de junio de 1952, sem. I, tomo único, p. 552. En términos análogos: "Un documento privado de carta venta, sin fecha cierta alguna, surte efectos sólo entre las partes contratantes, no contra terceros, a quienes sólo les afecta lo que aparece inscrito en el Registro y es sabido que sólo los trasпасos que consten en escritura pública pueden inscribirse". TRIBUNAL SUPERIOR CIVIL, No. 123 de 8 y 45 hrs. del 14 de marzo de 1976, v. tamb. SALA DE CASACION, No. 9 de 14 y 15 hrs. del 20 de enero de 1971.
- (470) "Si bien el artículo 450 del Código Civil dispone de un modo general que en el Registro se inscribirán los títulos que consten en escrituras o ejecutorias, sin mayor esfuerzo se comprende que el texto alude a los que tengan intrínsecamente el carácter de inscribibles, es decir, atendiendo a la naturaleza del acto o contrato o del respectivo pronunciamiento judicial, mas no —como es obvio— a los títulos que estén en el caso contrario por ser incompatibles con el régimen del Registro". SALA DE CASACION No. 9 de 14 y 15 hrs. del 20 de enero de 1971. "Una escritura pública en que se constituya una obligación puramente personal, aunque esté vinculada a un inmueble, como sería la promesa de vender una finca, no podría inscribirse en el Registro, por tratarse de relaciones extrañas a la institución registral; y así también ocurriría con la ejecutoria de una sentencia referente a un crédito no garantizado con derechos reales sobre inmuebles, pues una obligación de esa índole nada tiene que ver con el Registro Público". SALA DE CASACION, sentencia últ. cit.
- (471) "El recurso es procedente por violación del artículo 455 del Código Civil y errónea interpretación del número 458 del Código de Procedimientos Civiles. Manda el primero que los títulos sujetos a inscripción que no estén inscritos —el instrumento de que se trata en el caso presente—, no perjudicarán a tercero, sino desde la fecha de su presentación en el Registro. De esa suerte, si la presentación de la escritura fue posterior a la del mandamiento de embargo, en manera alguna puede afectar o perjudicar éste (ver artículo 54 del Reglamento del Registro Público). SALA DE CASACION No. 85 de 15 y 15 hrs. del 15 de abril de 1959, sem. I, tomo II, p. 683. "Conforme al artículo 196 del Código de Procedimientos Civiles, una vez practicada la anotación en el Registro Público del mandamiento para inscribir una demanda ordinaria "la transmisión de la propiedad o la constitución de cualquier derecho real sobre la cosa, se entenderá hecha sin el perjuicio del acreedor anotante". De otra parte, los títulos sujetos a inscripción en aquella oficina —como lo es la escritura de que se trata— no perjudican a terceros, sino desde su presentación a la misma, según el número 455 del Código Civil. Por ello, aunque de fecha anterior a la que ésta está sujeta a las dos disposiciones mencionadas y por esto no puede ordenarse la cancelación que el ocurrente persigue. Tal tesis ha sido constantemente mantenida por esta Corte; v. entre otras sus sentencias de 14 y 20 hrs. del 28 de noviembre de 1940, p. 1293 de la colección, de 3 y 30 hrs. p.m. de 30 de abril y de 3 y 45 hrs. p.m. del 17 de setiembre, ambos meses de 1929 y ps. 420 y 338 respectivamente". SALA DE CASACION, No. 9 de 14 y 45 hrs. del 20 de enero de 1959, sem. I, t. I, p. 259. V. tamb. SALA DE CASACION, No. 141 de 14 y 30 hrs. del 30 de noviembre de 1978.
- (472) SALA DE CASACION, No. 141 de 14 y 30 hrs. del 30 de noviembre de 1978.

sobre inmuebles sin inscribir en el Registro (según resulta de los artículos 464 y 455 del Código Civil) (473).

c) También hay ineficacia relativa en la llamada no invalidación de inscripciones nulas en perjuicio de tercero (según el artículo 50 del Reglamento del Registro Público el Registrador General puede suspender la inscripción de actos absolutamente nulos, de conformidad con el artículo 835 del Código Civil) (474). Según el artículo 456 del Código Civil la inscripción que se realizare no convalida los actos o contratos inscritos que sean nulos o anulables conforme a la ley (475). Se hace sin embargo una excepción (476) en cuanto los actos o contratos que se ejecuten por persona que en el Registro aparezca con derecho a ello, establecido que, una vez inscritos no se invalidarán en cuanto a terceros.

d) Otro ejemplo de ineficacia relativa se encuentra en tema de contrato de mandato; según el último párrafo del artículo 1251 del Código Civil "los poderes generales o generalísimos deben otorgarse en escritura pública e inscribirse en la sección correspondiente del Registro de la Propiedad, y no producen efecto respecto de tercero sino desde la fecha de su inscripción". En tal caso la falta del requisito produce una inoponibilidad con relación a terceros (477). Se ha sostenido, consecuentemente, que la inscripción no es un requisito esencial de

perfeccionamiento del contrato y, que el acto de inscripción lo que determina es la eficacia respecto a terceros (478).

e) También hay ineficacia relativa en materia de inscripción de trasposos automovilísticos en el Registro de Vehículos de la Dirección General de Tránsito.

f) En materia de sociedades encontramos otras hipótesis de ineficacia relativa (artículos 19 y 22 del Código de Comercio). Mientras no se haya efectuado la publicación y la inscripción sobre la constitución de la sociedad, sus modificaciones, fusión o cualesquiera otros actos que modifiquen su estructura, los pactos y documentos sociales no producirán efecto legal alguno en perjuicio de terceros (479).

g) La renuncia a la prescripción no opera respecto a los acreedores del renunciante cuando éstos hacen valer los derechos de su deudor (artículos 850 y 716 del Código Civil).

h) En materia de compraventa de establecimientos mercantiles también hay ejemplos de inoponibilidad con relación a los acreedores (480).

i) No perjudican tampoco a tercero las acciones de resolución cuando aquel ha inscrito su derecho (artículo 457 del Código Civil) (481).

j) Hay, en fin, ineficacia relativa en los casos de la llamada acción revocatoria o pauliana, sobre la cual conviene hacer algunas consideraciones: la

(473) "Si bien las partes pueden convenir en un gravamen hipotecario sobre un inmueble sin inscribir en el Registro Público, para que tal cosa pueda perjudicar a terceros, y sólo con esa finalidad, el derecho de hipoteca sí debe llevarse al Registro respectivo. . .". TRIBUNAL SUPERIOR CIVIL, No. 609 de 8 y 30 hrs. del 26 de julio de 1976.

(474) "...según el artículo 50 del Reglamento del Registro Público el Registrador General debe suspender la inscripción de los documentos que registren actos o contratos absolutamente nulos, o que carezcan de las formalidades extrínsecas que las leyes exigen, o de alguno de los requisitos que debe contener el asiento". SALA DE CASACION No. 113 de 16 y 15 hrs. del 9 de noviembre de 1956, sem. II, tomo II, p. 766, V. tamb. SALA DE CASACION No. 117 de 15 hrs. del 25 de noviembre de 1958, sem. II, tomo II, p. 683.

(475) "...el artículo 456 del Código Civil en su regla primera establece que: "la inscripción no convalida los actos o contratos inscritos que sean nulos o anulables conforme a la ley". SALA DE CASACION, No. 74 de 15 y 30 hrs. de 16 de julio de 1958, sem. II, tomo I, p. 38.

(476) V. SALA DE CASACION, 13 y 30 hrs. del 5 de enero de 1951, sem. I, t. único, p. 15. El artículo 477 del Código Civil establece: "Podrá declararse nula la cancelación (de inscripciones): 1) cuando se declare falso o nulo el título en virtud del cual fue hecha, 2) cuando se haya verificado por error o fraude. Pero en estos casos la nulidad sólo perjudica a terceros posteriores, cuando se haya inscrito provisionalmente la demanda establecida para que se declare en juicio.

(477) V. SALA DE CASACION No. 44 de 10 y 15 hrs. del 30 de abril de 1969 y No. 5 de 14 y 15 hrs. de 13 de enero de 1971.

(478) V. SALA DE CASACION, No. 5 de 14 y 15 hrs. del 13 de enero de 1971.

(479) V. CARIOTA FERRARA, op. cit., supra 95, ps. 393 y 394.

(480) "Solamente cuando el acreedor se dice perjudicado por la venta del establecimiento mercantil, presenta un título en que conste una deuda proveniente del giro o tráfico mercantil del negocio, se podrá declarar la nulidad de la venta dicha, por omitirse la publicación de los edictos que señalá la ley. . .". TRIBUNAL SUPERIOR CIVIL, No. 801 de 9 y 30 hrs. del 29 de octubre de 1974.

(481) V. MESSINEO, op. cit., supra 56, ps. 626 y 627.

acción revocatoria tiene como finalidad específica la obtención de una declaración de ineficacia relativa (482); ella se refiere a los actos de disposición del patrimonio que el deudor verifique en perjuicio del acreedor. Se ha aclarado que ella opera en la medida del perjuicio que resulte conscientemente producido y subsista en el momento en que se promueve la demanda (483).

Se trata de una hipótesis de ineficacia relativa, en cuanto ella tiene efecto solamente respecto al acreedor que la ha pedido (484).

La acción en examen se encuentra regulada en nuestro Ordenamiento por los artículos 848 y 849 del Código Civil, de conformidad con los cuales hay ineficacia respecto al acreedor de los actos del deudor que le perjudique siempre que el deudor conozca el perjuicio o que el acto anterior al crédito haya sido preordenado dolosamente; obtenida la declaración de ineficacia el acreedor puede accionar contra los terceros adquirentes; esta acción prescribe en cinco años a partir de la fecha del acto (485).

Obsérvese que "la acción revocatoria o pauliana presupone que el deudor cumpla actos de disposición del propio patrimonio, acarreado con ello perjuicio a los intereses del acreedor; el acreedor puede pedir que sean declarados ineficaces frente a él tales actos" (486); "aunque su crédito estuviere sujeto a condición o a término", expresa el artículo antes citado.

El fundamento de esta acción se encuentra "en el derecho general de garantía que incumbe al acreedor sobre los bienes del deudor" (487).

La acción, como se ha dicho, tiende a que no se desintegre indebidamente el caudal del deudor con el cual el acreedor puede satisfacer su crédito; se refiere, pues, a los actos que tiendan a sustraer parte de su patrimonio "o sea, bienes que ya lo integraban, como sería la renuncia a una servidumbre o a un usufructo ya constituidos; no comprende, por consiguiente los hechos negativos, por los cuales omite aumentarlo, verbigracia el rechazo de una donación" (488).

Nuestra jurisprudencia ha establecido los paralelismos y las diferencias entre esta acción y la de nulidad por simulación absoluta. Se ha aclarado que "surten efectos análogos en cuanto dejan libre el camino para que los acreedores puedan ejercitar el derecho de persecución sobre los bienes que son prenda común de todos ellos" (489). Sus diferencias se encuentran en cambio en que "la acción pauliana se concede para atacar un contrato verdadero, en que el deudor se desprende de un bien en fraude de acreedores, contrato que sería válido si no existiera ese fraude, es decir, si el deudor tuviera otros bienes para responder a sus obligaciones, mientras que la acción por simulación absoluta se dirige a impugnar un acto o contrato que sólo tiene existencia aparente, y por medio de ella lo que se persigue es que los tribunales declaren que el bien no ha sido enajenado y que continúa perteneciendo al deudor. La confusión entre ambas acciones proviene, por una parte, de que en la simulación absoluta también existe, generalmente, un fraude en perjuicio de acreedores; y por otra, de que el Código Civil se ocupa por igual de la acción de simulación y del fraude pauliano al referirse a los actos o contratos que pueden impugnarse dentro de la insolvencia o concurso, sin regular especialmente la simulación por separado, pues el único artículo que se ocupa de ella es el número 905 inciso primero. Además, como la acción pauliana tampoco estaba contemplada en el carácter de acción individual, pues no fue sino al reformarse el artículo 848 del Código Civil, por ley número 4327 de 25 de febrero de 1969 que dicha acción fue establecida con autonomía —fuera del concurso— esa circunstancia también ha dado lugar al error frecuente de suponer que la declaratoria de quiebra o insolvencia era indispensable para impugnar los actos o contratos simulados, como si por no existir posibilidad de alegar el fraude pauliano en una acción individual, lo mismo ocurriera con la simulación absoluta. No es así en realidad, pues ese tipo de simulación cae de lleno dentro de lo que dispone el artículo 835 inciso primero del Código

(482) "...ineficaz frente a los acreedores defraudados...". DIEZ PICAZO, op. cit., supra 34, p. 292. V. tamb. BORDA, op. cit., supra 56, p. 380.

(483) V. BETTI, op. cit., supra 35, p. 370.

(484) V. FRANCESCHELLI, op. cit., supra 57, p. 355, CARNELUTTI, Francesco, *Estudios de Derecho Procesal*, I, Ediciones jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1952, p. 455.

(485) Debe observarse que se trata más bien de una caducidad, por las razones citadas en la nota 346.

(486) FRANCESCHELLI, op. cit., supra 57, p. 354.

(487) BRENES, op. cit., supra 56, p. 101.

(488) BRENES, op. cit., supra 56, p. 101.

(489) SALA DE CASACION No. 22 de 14 y 30 hrs. de 31 de marzo de 1970.

Civil; y tanto por lo que prescribe el artículo 837 *ibídem*, a cuyo tenor la nulidad absoluta "puede alegarse por todo el que tenga interés en ella", cuanto por el derecho de los acreedores que también fija el artículo 981 del mismo Código, es evidente que cualquiera de ellos puede pedir la declaratoria de simulación sin mediar procedimientos concursales, pues se trata de uno de los recursos que tienen a suma no los acreedores para conservar el patrimonio del deudor, a los fines de hacer efectivo el derecho de garantía que establece el citado artículo 981" (490).

b) En particular sobre el impedimento: examen de la deficiencia de la condición suspensiva y de la revocación del testamento.

b-1) La deficiencia de la condición suspensiva. Inutilidad.

Ya hemos tenido ocasión de tratar el argumento. Basta recordar que cuando, en un negocio suspensivamente condicionado, se revela la imposibilidad de que el evento futuro e incierto llegue a verificarse, el negocio de ser relevante pasa a ser inútil, esto es, definitivamente ineficaz. La eficacia queda impedida definitivamente.

b-2) La revocación del testamento. Inutilidad relativa.

Cuando se revoca el testamento ocurre algo análogo al fenómeno descrito como "deficiencia de la condición suspensiva": antes del momento de la eficacia se impide (de antemano) la producción de efectos. La ineficacia que nace no es sin embargo necesariamente definitiva, en cuanto la revocación puede ser, a su vez, revocada y puede revivirse el primer testamento siempre que así se declare expresamente (artículo 623 del Código Civil) (491). Se habla por ello de "inutilidad relativa".

La revocación puede ser expresa o tácita

(492), según el carácter simbólico o significativo de la manifestación de intereses.

No se debe acudir a la invalidez para explicar el fenómeno de la revocación testamentaria, por cuanto el concepto de revocación es perfectamente compatible con el testamento válido (lo presupone). El carácter relativo de la inutilidad revela esto.

Conviene recordar que ciertas cláusulas del testamento no son revocables, como el reconocimiento de un hijo (artículo 87 del Código de Familia).

c) En particular sobre la eliminación. Examen de la revocación, la rescisión y la resolución.

c-1) La revocación.

Una de las formas típicas de ineficacia sobreviniente, o ineficacia por causas externas que determina "eliminación", es la revocación. Con ella no solamente se eliminan los efectos producidos sino que se impiden los ulteriores efectos del negocio (493). Se admite, por ejemplo, que en la revocación de la donación hay ineficacia sobreviniente; el negocio válido es, en este caso, privado de eficacia mediante el ejercicio de una potestad unilateral (artículo 1405 del Código Civil) (494).

El concepto de revocación ha sido confundido con los conceptos de rescisión (495) y con el de invalidez (496).

El concepto de "revocación" es usado en las mismas fuentes romanas con diversos sentidos "revocare denota a veces el retiro de la voluntad expresada (R. voluntatem donationem, mandatum), y a veces tiene el mismo sentido y alcance semántico de "rescindere", esto es, disolver un vínculo jurídico con eficacia obligatoria "ex nunc" . . . Algunos autores atribuyen a la voz "revocación" un sentido específico, refiriéndola únicamente a los actos a título gratuito. Otros le dan un alcance

(490) SALA DE CASACION, No. 22 de 14 y 30 hrs. del 31 de marzo de 1970. Sobre esta comparación v. BORDA, op. cit., supra 56, p. 383.

(491) V. MESSINEO, op. cit., supra 420, p. 219. Otro caso de inutilidad relativa en el artículo 816 del Código Civil.

(492) V. MESSINEO, op. cit., supra 420, p. 210 y PUGLIATTI, op. cit., supra 53, p. 126.

(493) V. VARRONE, op. cit., supra 51, p. 45, v. BORDA, op. cit., supra 56, p. 391, TORRENTE, op. cit., supra 42, p. 250.

(494) Algunos no admiten la calificación de ineficacia subsiguiente en el caso de la revocación: BETTI, op. cit., supra 35, p. 350.

(495) "La rescisión de un contrato se opera solamente por voluntad de las partes contratantes o por declaración judicial". SALA DE CASACION, No. 50, I sem. II tomo, p. 851, 1958.

(496) "Los contratos son susceptibles de ser invalidados no solamente por causas legales taxativas, sino también por mutuo consentimiento de los propios interesados; este género que deja sin efecto un contrato anterior en virtud de mediar mutuo consentimiento, y que se funda en la misma voluntad de las partes que dio origen y vida al contrato que ellas, a su vez, también quieren destruir recibe en algunas legislaciones el nombre de revocación". SALA PRIMERA CIVIL, No. 382 de 9 hrs. de 10 de setiembre de 1976.

amplísimo referible a toda especie de negocios" (497) (concepto este último de validez teórico general).

El fundamento sustancial de la revocación se encuentra precisamente en el juicio de valor formulado por el mismo autor del acto revocado; con este juicio se demuestra que la programación negociada antes predispuesta ya no es conforme con sus intereses (498). El presupuesto es la recíproca conveniencia de las partes (499).

Con el nuevo negocio se neutralizan los efectos del precedente. Cuando la eficacia del negocio cesa por voluntad de las partes resulta innecesario el pronunciamiento judicial; así lo ha aclarado nuestra jurisprudencia y la doctrina (500).

Los casos posibles de revocación son: a) acto unilateral del testador, o del donante, b) mutuo consentimiento cuando se trata de contratos y c) acto unilateral del estipulante cuando se trata de negocio en favor de tercero y éste no se ha adherido a él (artículos 1030 y 1031 del Código Civil) (501).

La justificación jurídica del instituto se encuentra en el mismo poder de autonomía privada que dio vida al negocio (502). Los orígenes se encuentran en Roma (503).

Hay ciertos negocios donde la autonomía privada no funciona con efectos revocatorios. Son negocios irrevocables, por ejemplo, el reconocimiento de un hijo (artículo 87 del Código de Familia), y la donación fuera de los casos legales (artículo 1405 del Código Civil) (504).

El contrato revocatorio es denominado por

algunos "distracto" (505): frente al acuerdo inicial se levanta con posterioridad el consentimiento contrario de las partes.

La retroactividad de la revocación no es legal sino solamente convencional o voluntaria (506).

La revocación puede ser expresa o tácita.

Expresa es la que resulta claramente de los términos del nuevo negocio. Es tácita cuando no hay una manifestación expresa. Por ejemplo, hay revocación tácita cuando se hace un segundo testamento, en lo que contradiga al primero (artículo 622 del Código Civil).

c-2) La impugnabilidad: rescisión y resolución.

c-2-1) Ideas generales sobre la impugnabilidad.

Hablamos de impugnabilidad del negocio jurídico cuando se concede a una de las partes, o a otro sujeto, el poder de accionar para la eliminación de los efectos. En estos casos el negocio es, desde el momento de su realización, válido y eficaz (507). Tiene, sin embargo, en algún momento, una deficiencia estructural o funcional, por lo que se concede al interesado la posibilidad de impugnar su eficacia (508). Es también así una hipótesis de ineficacia sobreviniente.

Puede decirse que los negocios impugnables son negocios que, aun teniendo todos los requisitos de validez, pueden llegar a sufrir una destrucción de efectos debido a algunas circunstancias —a menudo sobrevinientes— que el Ordenamiento toma en consideración con miras al resultado prác-

(497) LORETO, Luis, *Contrato revocatorio y retroactividad convencional*, Editorial Sucre, Caracas, 1976, p. 55.

(498) V. VARRONE, op. cit., supra 51, p. 46.

(499) MESSINEO, op. cit., supra 4, p. 691.

(500) MESSINEO, op. cit., supra 4, p. 691. "En sentencia de las... prohibiendo argumentos de la Sala Primera Civil este Tribunal declaró que es innecesaria la resolución de un contrato "si las partes acuerdan amigablemente la conclusión de la relación contractual existente entre ellas". Tal doctrina buena para el evento de un convenio consumado "a fortiori" debe serlo cuando el convenio no llega a perfeccionarse". SALA DE CASACION No. 36 de 15 y 16 hrs. del 9 de abril de 1969, Sem. I, Archivo.

(501) V. BETTI, op. cit., supra 35, p. 191.

(502) V. LORETO, op. cit., supra 497, p. 53.

(503) "Quae consensu contrahuntur, consensu dissolvuntur". Lo que el consentimiento contrae, el consentimiento lo disuelve. CODIGO DE JUSTINIANO, CABANELLAS, op. cit., supra 76, p. 6.

(504) MESSINEO, op. cit., supra 56, p. 631 y MESSINEO, op. cit., supra 97, p. 203.

(505) V. LORETO, op. cit., supra 497, ps. 54, 55 y 63: "Esta expresión casi ignorada de nuestra práctica forense y poco usada por nuestros civilistas es, sin embargo, expresión correcta y técnica. Ella deriva su validez semántica de las fuentes clásicas, en donde hallamos empleado el sustantivo "distractus" equivalente a "disolutio" en oposición a "contractus".

(506) LORETO, op. cit., supra 497, p. 63.

(507) V. SCOGNAMIGLIO, op. cit., supra 2, p. 398.

(508) V. SCOGNAMIGLIO, op. cit., supra 2, p. 408.

tico perseguido por las partes, o bien en función de la tutela de la igualdad negocial, en los casos de resolución y rescisión, respectivamente.

c-2-2) La rescisión.

Dentro de las formas de ineficacia derivadas de un proceso de "eliminación" de los efectos surtidos encontramos la impugnabilidad por rescisión. La doctrina atribuye este derecho a una parte en razón de una grave desproporción entre las prestaciones (realizadas o prometidas) (lesión), o cuando derive de un estado de peligro notorio para la otra parte o de un estado de necesidad del que esa parte se hubiere aprovechado (509).

En nuestro sistema no se ha otorgado a la expresión rescisión su significado técnico correcto; así ocurre en la legislación (véase, por ejemplo el artículo 836 del Código Civil), jurisprudencia (510) y doctrina (511).

Se ha aclarado que la rescisión incide sobre la eficacia "...el negocio rescindible es un negocio válidamente formado, pero que produciendo perjuicio... podrá ser declarado ineficaz... supone la validez y opera únicamente sobre la eficacia" (512); en ambos casos de rescisión se concede al sujeto el poder de hacer caer los efectos, por lo que se trata de una hipótesis de ineficacia sucesiva (513). Es el caso de hablar de ineficacia sobrevinida a un negocio al cual no faltan requisitos de validez. No adolece de vicios o defectos, pero es un negocio que produce un perjuicio que solamente

puede ser reparado provocando su ineficacia (514).

Estando dirigida la rescisión al restablecimiento de un equilibrio se comprende la admisibilidad del instituto de la reducción a equidad (515).

c-2-3) La resolución.

La resolución puede conceptualizarse como el medio con el cual una de las partes, por el sobrevenir de un hecho externo que perturba el desarrollo normal de la relación, puede provocar la cesación de la eficacia. Como tal se ubica dentro del concepto técnico de "eliminación" (que es una de las posibilidades de ineficacia definitiva —junto con algunas formas de impedimento— que a su vez se ubica dentro de las formas de ineficacia derivadas de causas externas) (516). A diferencia de la rescisión encuentra su fundamento en el sobrevenir de una situación de hecho que incide sobre la funcionalidad negocial (517).

En razón de lo anterior, el remedio de la resolución tiene como presupuestos o un hecho objetivo o un comportamiento de una de las partes, posteriores a la celebración del negocio, rompiendo la composición de intereses de que el contrato es expresión (518).

Se admiten diversos tipos: por imposibilidad sobreviniente, por excesiva onerosidad sobreviniente y por incumplimiento.

El remedio de la resolución por excesiva onerosidad sobreviniente tiende a tutelar la condición de paridad entre las partes en momentos sucesivos

(509) Así BETTI, op. cit., supra 35, p. 371. V. desarrollos de estas ideas en PUGLIATTI, op. cit., supra 53, quien expresa sobre los casos de peligro y necesidad: "la primera se presenta cuando una de las partes ha asumido obligaciones en condiciones inicuas, por la necesidad de salvarse o salvar a otros del peligro actual de un daño grave en la persona... la otra se da si hay desproporción entre la prestación de una parte y la de la otra, y la desproporción depende del estado de necesidad de una de las partes del cual la otra se haya aprovechado para obtener ventaja... en ambas situaciones se toma en cuenta el equilibrio de intereses, con referencia al momento constitutivo del contrato, y tal equilibrio es, más que el presupuesto, el objeto mismo de la tutela". DIEZ PICAZO, op. cit., supra 34, p. 317 y FRANCESCHELLI, op. cit., supra 57, p. 373, DIEZ PICAZO, op. cit., supra 34, p. 317 y FRANCESCHELLI, op. cit., supra 57, p. 373, TRABUCCHI, op. cit., supra 207, BRANCA, op. cit., supra 158, p. 95.

(510) "El vocablo rescindir, significa en correcto lenguaje jurídico y conforme al sentido que le atribuye el Código Civil, dejar sin efecto un acto o contrato porque adolece de vicios que lo hacen relativamente nulo". SALA DE CASACION, No. 80 de 15 hrs. de 12 de julio de 1968, así tamb. parte de la doctrina. V. BORDA, op. cit., supra 56, p. 391.

(511) Se confunde rescisión con nulidad relativa (y ésta con anulabilidad). BRENES, op. cit., supra 56, p. 254, BONET, op. cit., supra 173, p. 729.

(512) LA CRUZ, op. cit., supra 36, p. 310.

(513) V. SCOGNAMIGLIO, op. cit., supra 3, p. 260.

(514) V. GULLON, op. cit., supra 149, p. 208.

(515) "Sentado, luego, que la ineficacia encuentra su motivo en el perturbado equilibrio de las prestaciones deducidas en el contrato... se comprende que la rescisión puede ser evitada por la otra parte ofreciéndose a modificar el contrato en la medida suficiente para reintegrarlo a la equidad". BETTI, op. cit., supra 35, p. 371.

(516) MESSINEO, op. cit., supra 56, p. 631.

(517) V. SCOGNAMIGLIO, op. cit., supra 2, p. 269.

(518) MESSINEO, op. cit., supra 4, p. 679. "...la relevancia respecto a la realización de los efectos de un hecho sobreviniente es lo que agrupa todas las hipótesis de resolución y justifica la unitariedad de la terminología". SCOGNAMIGLIO, op. cit., supra 3, p. 269, V. tamb. BRANCA, op. cit., supra 158, p. 95.

a la conclusión del negocio (519). Se aplica a los contratos con prestaciones recíprocas que sean de ejecución continuada, periódica o diferida.

La resolución por incumplimiento, en cambio, contempla un hecho del deudor a él imputable (520). Esta resolución debe ser declarada judicialmente (521). En caso de incumplimiento (artículo 692 del Código Civil) de una de las partes, la otra puede, a su escogencia, pedir el cumplimiento o la resolución del contrato, con daños y perjuicios. Es necesario, eso sí, que el incumplimiento reclamado tenga importancia (522); esta importancia depende de los intereses de las partes; lo que se quiere tutelar es una situación de equilibrio de un sistema de intereses (523).

Es necesario, como se ha adelantado que la resolución sea pedida judicialmente, porque ella no opera de pleno derecho; "es necesario que la parte interesada ejercite la acción correspondiente, para que después de oídos los contendientes pueda ser motivo de pronunciamiento el punto; y así también habrá de hacerse para hacer valer las responsabilidades que dimanen del incumplimiento; aunque la acción resolutoria carezca de interés actual" (524). No tiene interés la acción cuando por alguna otra razón se ha producido la ineficacia del negocio (525).

En ciertos casos de excepción la resolución opera de derecho, como en el caso de la cláusula resolutoria expresa y el término final (526).

Aunque en la anulabilidad y la resolución hay (en ambos casos) una eliminación de efectos, entre

estas figuras hay claras diferencias, como se ha visto; ellas se resumen en que "la anulabilidad presupone un vicio congénito del supuesto causal, a consecuencia del cual el Derecho formula para la programación negocial un juicio negativo, que a su vez se resuelve en la atribución al supuesto (inválido) de efectos precarios y eliminables. Resolubilidad tiene que ver en cambio, con un supuesto no viciado y la atribución a ella de efectos jurídicos definitivos: la resolución, con sus reflejos sobre la eficacia es debida a un hecho que se verifica en la fase de actuación del programa negocial, en sus elementos subjetivos u objetivos, un hecho que sobreviene el ciclo de formación del negocio y no puede referirse, desde un punto de vista de teoría general, a los vicios relativos al supuesto" (527).

c-3) La resolución convencional.

c-3-1) La cláusula resolutoria.

La eliminación de eficacia por factores sobrevinientes puede estar determinada negocialmente por las mismas partes mediante lo que se denomina "cláusula resolutoria" (528). Ella consiste en "cualquier determinación que prevea o en general discipline la resolución de los efectos descendientes del negocio mismo. En este sentido pertenecen, por ejemplo a la categoría de las cláusulas resolutorias (o resolutorias) la previsión de una condición resolutoria, en sentido técnico, la atribución de una facultad de receso unilateral, y la especificación de la resolución de un acto de liberalidad por incumplimiento del 'modus'" (529).

(519) CARIOTA FERRARA, op. cit., supra 95, p. 385. y BETTI, op. cit., supra 35, p. 373.

(520) V. MESSINEO, op. cit., supra 4, p. 687.

(521) "El incumplimiento de un contrato legitima el ejercicio de la acción para que los tribunales declaren la resolución, y la intervención de estos es indispensable" SALA DE CASACION No. 107 de 2 de setiembre de 1970.

(522) FRANCESCHELLI, op. cit., supra 57, p. 374.

(523) PUGLIATTI, op. cit., supra 53, p. 172.

(524) SALA DE CASACION, No. 115 de 16 hrs. de 6 de octubre de 1976.

(525) "Habiendo expirado el contrato por el vencimiento del plazo, y en consecuencia no existiendo ya convenio alguno entre las partes, ninguna razón legal asiste al recurrente para alegar que la actora debió haber pedido que se declarara resuelto el contrato pues la acción resolutoria se concede para que se deshagan por la vía judicial los contratos pendientes, lo cual excluye la posibilidad de que esa acción pueda tener cabida tratándose de un contrato que terminó por otra de las causas que la ley señala, una de ellas la expiración del plazo estipulado". SALA DE CASACION, No. 74 de 10 hrs. del 31 de julio de 1969, TRIBUNAL SUPERIOR CIVIL, No. 640 de 14 y 15 hrs. del 21 de setiembre de 1973.

(526) V. FRANCESCHELLI, op. cit., supra 57, p. 375.

(527) TOMMASINI, op. cit., supra 38, p. 15.

(528) V. MESSINEO, op. cit., supra 4, p. 683.

(529) BUSNELLI, Francesco, *Cláusula resolutoria*, Milano, Giuffrè-ed. 1960, p. 1.

Se ha sostenido que "la cláusula resolutive expresa da lugar a un medio extraordinario por el cual en los contratos con prestaciones recíprocas, una parte, en el caso en que se verifique el previsto incumplimiento de la contraparte puede obtener la resolución de la relación, prescindiendo de las vías normales y mediante un acto de voluntad suyo" (530).

c-3—2) En particular sobre la condición resolutoria.

Cuando la condición es resolutoria el negocio tiene eficacia mientras tanto como si fuese puro y

simple, de modo que si tiene por contenido la adquisición de un derecho, éste entra en la esfera jurídica del adquirente, quien puede ejercitarlo; el alienante, por su parte, puede realizar actos conservativos, en vista de la eventual verificación de la condición (531). Si bien es cierto que cuando se verifica la condición resolutoria cesa la eficacia (532) del mismo modo que cesa con la anulación (533), debe tenerse presente que la segunda se origina en un estado patológico inicial del negocio mientras que la condición resolutoria deriva de una particular disciplina del acto establecida por las partes.

(530) BUSNELLI, op. cit., supra 529, p. 1 y sentencias citadas en nota 525.

(531) V. MESSINEO, op. cit., supra 56, p. 587.

(532) SALA PRIMERA CIVIL, No. 382 de 9 hrs. de 10 de setiembre de 1976.

(533) V. FALZEA, op. cit., supra 36, p. 243.