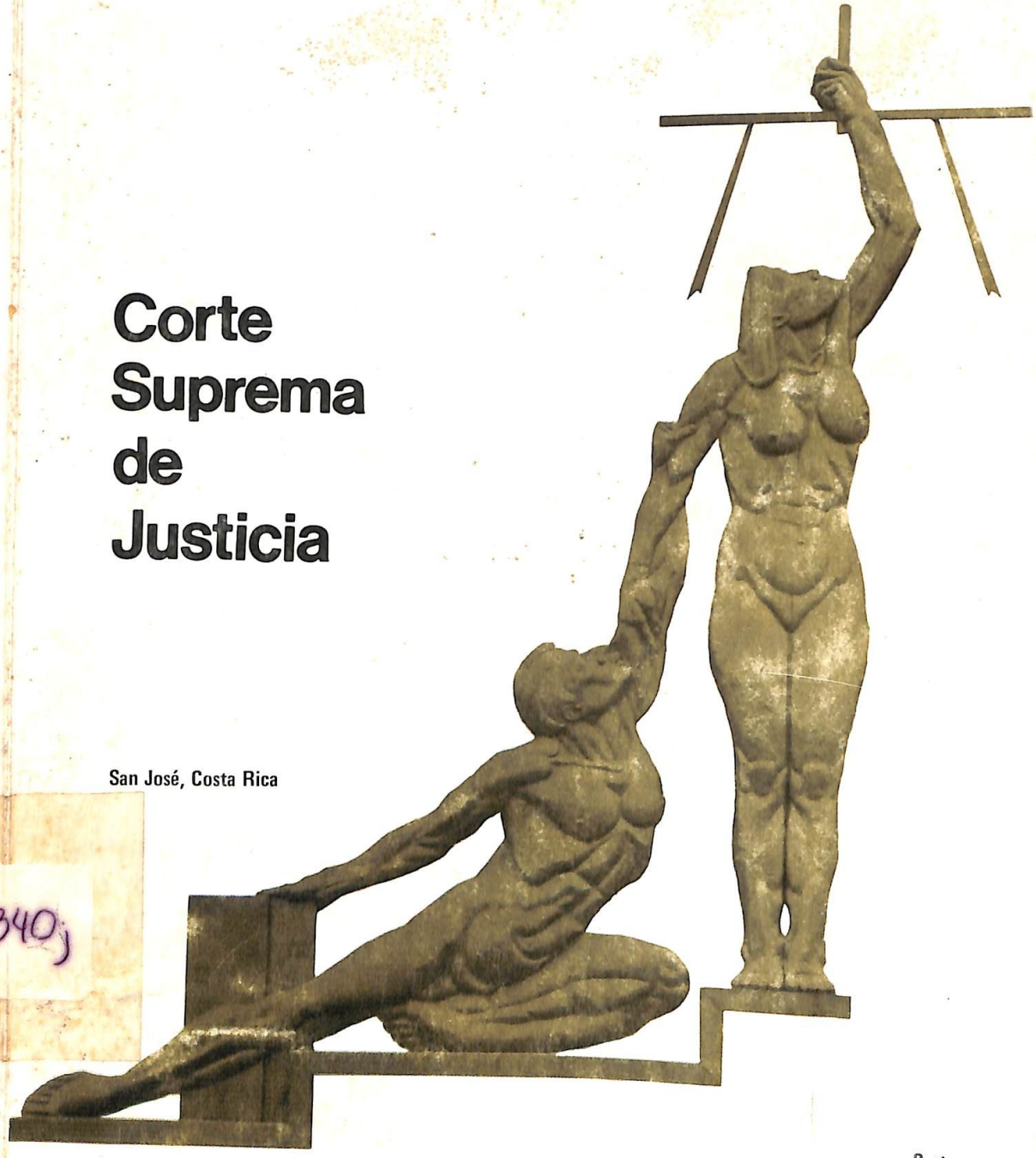
AÑO III

Nº 9

REVISTA JUDICIAL



Corte Suprema de Justicia

San José, Costa Rica

R340j

Setiembre, 1978

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

REVISTA JUDICIAL

Año III - No. 9 - Setiembre, 1978

Publicación trimestral
Director: Dr. Víctor Pérez Vargas

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

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

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL
"FERNANDO COTO ALBÁN"

S U M A R I O

Presentación. 5

Breves apuntes en tema de sucesión en el débito (expromisión — delegación — "accollo"). 9
Dr. Gastón Certad.

Comentarios a las "Bases de trabajo para redactar el articulado del proyecto del Código Procesal Civil costarricense". 27
Dr. Luis G. Herrera C.

Estado y evolución de la jurisdicción agraria en América Latina. 35
Lic. Ricardo Zeledón.

Los derechos autorales en México y Costa Rica. 49
Lic. Mario Ramírez.

El duelo. 61
Lic. José Francisco Chaverri Rodríguez
Lic. Joaquín Vargas Gené
Lic. Fernando Cruz Castro.

La sana crítica y las sentencias de juicios ante el contralor de casación. 73
Lic. Víctor Manuel Obando.

Las defensas previas en el Contencioso Administrativo. 87
Lic. Mario A. Muñoz Quesada.

Los valores fundamentales de la personalidad y sus medios de tutela. 103
Zetty Bou Valverde
Víctor Pérez Vargas.

Reseña Bibliográfica. 133
Víctor Pérez Vargas.

Información normativa. 135
Licda. Marcelina Zeledón Castillo.

Jurisprudencia. 141
Digesto.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

PRESENTACION

Iniciamos con este número el tercer año de vida de nuestra Revista Judicial. Como de costumbre el contenido esta vez es variado: Derecho Privado, Derecho Agrario, Derecho Procesal Civil, Derecho Penal, Derecho Procesal Administrativo y Derecho Procesal Penal. Presentamos también las secciones de información normativa, reseña bibliográfica y Digesto de Jurisprudencia. Cabe destacar que hemos recibido múltiples comentarios favorables sobre la labor desempeñada por la licenciada Marina Ramírez y su equipo de trabajo en lo que se refiere al análisis y sistematización de la jurisprudencia. No es necesario insistir aquí sobre la importancia que tiene para todo "operador" jurídico el conocimiento del pensamiento de nuestros jueces. Queremos sin embargo enfatizar el mérito de la labor realizada por el Digesto pues gracias a ella, utilizándose las guías como auxiliares de investigación, podemos hoy los costarricenses mantenernos "al día" con el pensamiento jurisprudencial, derecho viviente por excelencia. Transmitimos, así, públicamente al equipo de trabajo del Digesto los comentarios recibidos.

Del doctor Gastón Certad, asiduo colaborador de nuestra Revista presentamos esta vez el estudio: "Breves apuntes en tema de sucesión en el débito" (Expromisión, Delegación, "Accollo"). Antes de pasar al análisis de cada una de las figuras, el autor nos ofrece las ideas generales sobre "la sucesión en el débito", como una modalidad de modificación estructural de la relación obligatoria. Suceder en el débito significa –se aclara– "subentrar un sujeto a otro en su posición de deudor"; esta sucesión no es indiferente para el acreedor por lo que debe mediar su asentimiento. Se analizan seguidamente los medios técnicos para realizar esta sustitución: la expromisión en sus dos formas, acumulativa y liberatoria y las subdivisiones de ésta: sustitutiva y novativa. Se pasa luego al estudio de la delegación, que también se subdivide en la misma forma que la expromisión. La distinción entre la expromisión y la delegación se encuentra en la intervención del deudor, sin embargo se afirma la insuficiencia de este criterio y la necesidad de avalar la tesis del profesor Cicala en el sentido de que la distinción depende de un momento ulterior, el del contrato entre el que asume y el acreedor: "Si Juan se obliga frente a José pura y simplemente asumiendo la deuda de Pedro, hay expromisión; si por el contrario, Juan se obliga frente a José, declarando de asumir la deuda de Pedro, porque de ello ha sido por Pedro encargado, porque intenta así dar ejecución a tal encargo, hay delegación". Finalmente se

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

estudia el "accollo", modalidad de estipulación en favor de tercero donde la adhesión del acreedor al mismo es "una declaración de quererse aprovechar de la estipulación hecha en su favor". La liberación del deudor original no deriva del "accollo", sino de la declaración unilateral del acreedor. Se estudia finalmente la sucesión en el débito en el Derecho Civil costarricense criticándose la impropiedad conceptual. Este estudio tiene el mérito de lograr una sistematización del tema, preparando también el camino a la legislación.

Presentamos los comentarios a las "Bases de trabajo para redactar el articulado del proyecto de Código Procesal Civil Costarricense" elaborados por el Dr. Luis G. Herrera. Se pone énfasis en este estudio en la necesidad de tomar en cuenta la evolución jurisprudencial costarricense, en la necesidad de dar participación a los abogados nacionales en la tarea codificadora y en la de tomar en consideración la realidad nacional. Se destaca la idea de que es indispensable revisar al mismo tiempo otras leyes que pueden resultar afectadas (el autor cita a manera de ilustración algunos artículos de la Ley Orgánica del Poder Judicial, del Código Civil, del Código de Familia y de otros cuerpos legales) por exigencias de orden sistemático. Se insiste en que no hay que poner tanta atención a la extensión del articulado, pues esta ha de resultar de las mismas necesidades reales. En cuanto a las reformas básicas se comparten las propuestas contenidas en las "Bases", en su mayoría. Se pone en discusión entre otras cosas la oralidad y la conciliación preprocesal. Concluye el doctor Herrera con un llamado a los juristas nacionales para que se pronuncien sobre las "Bases" en función de un mayor equilibrio de intereses.

El licenciado Ricardo Zeledón, quien actualmente realiza estudios especializados de Derecho Agrario en la Universidad de Pisa (Italia), colabora en este número con el estudio "Estado y evolución de la jurisdicción agraria en América Latina". En este trabajo el licenciado Zeledón nos relata que a partir de la indefinición originaria de principios de siglo en cuanto a órganos, competencia y procedimientos, se ha venido gestando un panorama diverso. Con este estudio, como lo explica su autor, se tiende a establecer la existencia del Derecho Procesal Agrario, a determinar el papel de la publicización de lo agrario y su influencia en la génesis de la jurisdicción agraria y a fijar el desarrollo conceptual de esta nueva rama dentro de sus perspectivas histórico-jurídicas. Después de relatarnos las discusiones doctrinarias sobre la jurisdicción agraria nos ofrece un interesante estudio de Derecho Comparado, observándose ahí que los órganos encargados de esta jurisdicción en algunos países son judiciales y en otros de carácter administrativo. Dentro del conjunto de países que tienen regulación específica nos cita los casos de Alemania, España, Finlandia, Francia, Holanda, Inglaterra e Italia. Pone énfasis el autor en el hecho de que el sentido de las normas procesales agrarias se encuentra en lograr que los principios de la reforma agraria no sean simplemente programáticos y no se paralice la actividad estatal. Después de relatarnos la historia de la jurisdicción agraria en América Latina se insiste en que el jurista debe volcar los ojos hacia el futuro para una mejor justicia agraria. Se hace ver que no es necesaria una extensa regulación codificada y se ponen algunos ejemplos de los aspectos que deben ser tomados en consideración. Se aboga por la tesis de que esta jurisdicción quede dentro de la órbita del Poder Judicial y se proponen otras ideas específicas para la regulación y consolidación de la reforma agraria. Estudios como el presente muestran una vez más el papel que puede desempeñar el jurista en la tarea legislativa.

El Juez y Profesor Lic. Mario Ramírez, también constante colaborador de la Revista Judicial nos presenta su trabajo sobre "Los derechos autorales en México y Costa Rica". Realiza el autor, en primer término, una confrontación de leyes y métodos de protección de la propiedad intelectual entre los países citados con múltiples observaciones de interés. Concluye con la tesis de la necesidad de una ley acorde con la época y con la idiosincracia costarricense y de más amplios estudios sobre la materia.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

En el Primer Seminario de Derecho Penal, los licenciados José Francisco Chaverri Rodríguez (q.d.D.g.), Joaquín Vargas Gené y Fernando Cruz presentaron el trabajo "El duelo" que hoy publicamos. Se hace ver que la doctrina principalmente admite la tesis de la creación de una figura delictiva especial con atenuación de las penas en caso de muerte o lesiones. El fundamento de esta punibilidad en la doctrina es diverso (peligro para las personas, infracción a la paz pública, ofensa a la administración de justicia); se insiste en tomar en consideración las costumbres como elemento de interpretación. Se observa que en el Código actual hay impunidad para los padrinos de un duelo regular y se hace referencia a las diversas modalidades delictivas de la figura en el Derecho costarricense. Se analizan también los pocos casos que en la materia se han presentado en nuestra jurisprudencia. Dentro de las conclusiones se afirma la necesidad de mantener la actual regulación sobre la materia en cuanto a la punibilidad mitigada del duelo regular, y la impunidad de la tentativa. Se recomienda, sin embargo, adicionar el artículo 135 del Código Penal para sancionar a los padrinos que concertaren un duelo a sabiendas de los fines inmorales del provocador, y el artículo 137 con el fin de imponer las penas del artículo 136 al duelista que antes del combate tuviere conocimiento de la alevosía de los padrinos y se aprovechare dolosamente de ella con daño para su contrario.

Del licenciado Víctor Manuel Obando publicamos el trabajo "La sana crítica y las sentencias de juicios ante el contralor de Casación", un ensayo doctrinario y casuístico sobre el Código Procesal Penal de Costa Rica, como lo califica su autor. Observa el licenciado Obando que a pesar de las imperfecciones del nuevo sistema es loable éste por estar acorde con la cultura jurídica del país. Se plantea el problema de cómo puede un Tribunal que ha estado ajeno al proceso oral revisar el fallo; se aclara que el recurso se limita a revisar la aplicación del Derecho sustantivo y formal. Se destaca el papel de la sana crítica y se hace ver la importancia de las motivaciones. Concluye el autor con la idea de la necesidad de una reforma constitucional y de una mejor preparación de los funcionarios.

El Lic. Mario A. Muñoz Quesada, nos ofrece su estudio "Las defensas previas en el Contencioso Administrativo". Se sostiene que ellas se invocan para atacar defectos procesales de la demanda. Las conceptualiza como un "trámite procesal anterior a la contestación de la demanda que puede ejercer tanto el demandado como los coadyuvantes, en relación con el acto impugnado para hacer ver al juez los defectos procesales de la demanda, que, de no subsanarse, podrían dar lugar a su inadmisibilidad". Con relación al sujeto legitimado para su alegación estudia el papel de los demandados, y los coadyuvantes. En su sistematización el autor nos enumera las defensas que determinan la inadmisibilidad de la acción, la litis pendencia y la falta de agotamiento de la vía administrativa.

En comentario al nuevo capítulo del Código Civil sobre los llamados "derechos" de la personalidad, incluimos el estudio "Los valores fundamentales de la personalidad y sus medios de tutela". El trabajo está dividido en dos partes: una parte general donde se da ubicación teórica al tema (en el sentido de que en todo Ordenamiento hay ciertos valores relativos a la personalidad y que estos se tutelan por medio de diversos tipos de situaciones jurídicas: derechos, deberes, poderes, obligaciones, poderes-deberes, etc.) y se perfilan los rasgos generales de la categoría y una parte sistemática donde se estudian los diversos valores y las correspondientes situaciones jurídicas (imagen, nombre, vida, integridad corporal, partes separadas del cuerpo y cadáver, honor, libertad, reserva y derecho moral de autor).

Víctor Pérez Vargas.

Escaeado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL
"FERNANDO COTO ALBÁN"

"BREVES APUNTES EN TEMA DE SUCESION EN EL DEBITO (EXPROMISION – DELEGACION – 'ACCOLLO')"

Prof. Dr. Gastón Certad M.

"Nell'indagine giuridica, si deve muovere dalla disciplina normativa anche quando si deve delimitare il campo della sua applicazione: le valutazioni sociali non contano se non si sono tradotte in corrispondenti valutazioni dell'ordine giuridico".
Prof. Giuseppe Ferri

SUMARIO

1. La sucesión en el débito. Generalidades. 10
2. De la expromisión (art. 1272 Cód. Civ. italiano). 11
3. De la delegación (arts. 1268-1271 Cód. Civ. italiano). 13
4. Del "accollo" (arts. 1273 Cód. Civ. italiano). 16
5. La sucesión en el débito en el Derecho Privado costarricense. 19

Bibliografía. 25

Escaeado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

1. La sucesión en el débito. Generalidades.

Durante la existencia de la relación obligacional pueden intervenir circunstancias de la más variada índole, que dejando subsistir técnicamente inmutada la individualidad de la relación, modifican su composición respecto a cualesquiera de sus elementos estructurales. De ese modo un nuevo deudor puede "suceder" o unirse al deudor original; un nuevo acreedor, al acreedor original. Nos interesa tratar aquí, muy elementalmente dada la índole de este trabajo, el llamado fenómeno de la sucesión en el débito.

Pesaba en los romanos la (primitiva) concepción de "obligatio" como un vínculo netamente personal que unía el deudor al acreedor; ello chocaba con la idea de que aquel fuese sustituido por otro y de que el último pudiese ceder a un tercero las facultades que tenía contra el primero. La misma sencillez de la vida económica de Roma no hacía sentir la necesidad de considerar siquiera la cesión del crédito, ni mucho menos, la sucesión en el débito.

Pero cuando, como consecuencia de las conquistas y de las relaciones con otros pueblos, la vida comercial romana se ensanchó, tal necesidad nació (1). Ticio estipula de Sempronio lo que le debía Cayo; Cayo queda liberado y Sempronio obligado en su lugar con Ticio. El deudor encuentra en la "novatio" un medio de liberarse de su acreedor proporcionándole, en lugar de la cosa debida, el empeño de otra persona. Si esta persona se obliga con el acreedor por orden suya, se dice que hay "delegatio": delega un deudor nuevo a su acreedor (2). Si por el contrario, el promitente se ha comprometido espontáneamente para serle útil, se dice que hay "expromissio" (Paulo, L. 22, D., ad S. C. Vel., XVI, 1) (3).

Como en general "suceder" significa "entrar una persona o cosa en lugar de otra o seguirse a ella" (4), "suceder en el débito significa específicamente "sub-entrar un sujeto a otro en su posición de deudor", y esto, desde un punto de vista estructural, nada lo impide. Pero puesto que precisamente existe un acreedor que espera satisfacción, satisfacción que puede depender tanto de la disposición, cuanto de la posible solvencia de la persona del deudor, es de suponer que al acreedor no le es indiferente la persona misma del deudor. De todo esto se infiere que la llamada sustitución del deudor es una cuestión de suyo delicada y por ello la ley no la permite si no media el asentimiento del acreedor, salvo que sea necesaria en su mismo interés (caso de muerte del deudor).

Sin el consentimiento del acreedor no se admite, fuera de esos límites, sucesión en la deuda inter vivos a título particular, por la razón ya enunciada de que no puede ser dado al deudor disponer a su arbitrio de la expectativa de su acrredor, considerada ésta en el complejo de elementos de hecho (probidad, seriedad, solvencia del deudor), del que resulta el carácter subjetivamente fiduciario de la relación crediticia (5).

Con el asentimiento del acreedor, la sucesión se admite sin límites, incluso por acto inter vivos y a título particular, en las más modernas legislaciones del mundo, por cuanto él es el único o principal interesado, y estando él conforme, no hay razón de oposición por parte del ordenamiento jurídico.

El medio técnico de realizar esta sucesión en la deuda inter vivos y a título particular es, según la mejor doctrina, al través del "accollo" (6) (mal llamado) sustitutivo, aunque también puede efectuarse mediante la delegación y la expromisión sustitutivas.

---

(1) ARIAS RAMOS, J., *"Derecho romano"*, II, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1963, págs. 686 y 687; CUENCA, Humberto, *"Proceso Civil romano"*, E.J.E.A., Buenos Aires, 1957, pág. 271, No. 263.

(2) "Delegare est vice sua alium reum dare creditori vel cui jusserit". Ulpiano, L. 11, pr., D., de novat., XLVI, 2. Hay "delegatio" cada vez que una persona se compromete, por orden de otra, a proporcionar a otra persona una prestación; y, como veremos, puede existir sin que haya novación.

(3) PETIT, Eugéne, *"Tratado elemental de derecho romano"*, Edinal, México, 1958, pág. 496.

(4) *"Diccionario de la lengua española"*, Real Academia Española, XIX edición, Madrid, 1970.

(5) BARBERO, Domenico, *"Sistema del derecho privado"*, E.J.E.A., Buenos Aires, 1967, pág. 266.

(6) Es ésta la expresión que utiliza el Código Civil italiano de 1942 en su artículo 1272. La traducción de este vocablo al español, como bien lo apunta Santiago Sentís Melendo en la traducción de la obra *"Sistema del derecho privado"* de Domenico Barbero (cit., pág. 268, nota del traductor), no es sencilla. Idiomáticamente "accollo" significa el peso que gravita sobre el cuello de una caballería y, por extensión, el peso que puede hacerse recaer sobre una persona. El citado traductor utiliza, para traducir esta voz, el término "carga", que no compartimos por confundirse con la traducción del vocablo italiano "onere", que ninguna relación guarda con "accollo". Preferimos nosotros usar el mismo vocablo italiano, no sin advertir que los alemanes utilizan la muy genérica locución "asunción de deuda (Schulddübernahme)" y los franceses "cesión de deuda (cession de dette)", que sirven para distinguir el entero fenómeno de la sustitución y no la aislada figura del "accollo".

Escaeado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

2. De la expromisión (art. 1272 Cód. Civil italiano) (7).

La expromisión es un contrato mediante el cual un tercero (llamado expromitente) y un sujeto que es acreedor de una obligación (expromisario) se ponen de acuerdo para que aquel sub-entre en la obligación y responda conjunta y solidariamente con el deudor original (exprometido), o para que lo sustituya, asumiendo él solo la primitiva obligación, o bien extinguiendo ésta y naciendo una nueva en cabeza suya únicamente.

Existen entonces dos tipos de expromisión: a) la acumulativa (conjuntiva o solidaria), en la que no hay efecto liberador para el primitivo deudor y sí efecto obligatorio para el tercero sub-entrante; y b) la liberadora, en la que el deudor original queda siempre liberado.

La expromisión liberadora se divide a su vez en dos figuras: a) sustitutiva (verdadera sucesión inter vivos y a título particular en la deuda), en donde hay sucesión del tercero en la obligación preexistente y liberación del deudor original; y b) novativa, en donde se efectúa la extinción de la obligación preexistente y se constituye una nueva obligación a cargo exclusivo del tercero sub-entrante; como lógica consecuencia el primitivo deudor queda liberado (8).

En la expromisión sustitutiva no hay extinción de la obligación, pero el exprometido queda liberado (efecto liberador) y el expromitente asume la primitiva obligación (efecto obligatorio). En la novativa, hay extinción de la obligación y constitución inmediata de una nueva obligación en cabeza del exprgmitente (efecto obligatorio): el primigenio deudor queda lógicamente liberado (efecto liberador).

En la expromisión sustitutiva el efecto positivo para el acreedor lo constituye la asunción de la obligación por parte del expromitente; el negativo, la liberación del exprometido. En la novativa, el efecto positivo para el expromisario está en la asunción de la nueva obligación por parte del expromitente; el negativo, en la extinción de la obligación original y la consiguiente liberación del exprometido.

Enconadas trifulcas doctrinales ha producido la determinación de la naturaleza jurídica de la expromisión liberadora. La mayoría sostiene, que en su forma sustitutiva, es un contrato, un único negocio que produce de un solo golpe dos efectos: a) uno obligatorio a cargo del tercero sub-entrante; y b) uno liberador en favor del deudor (9). Alguien afirma que se trata de un contrato, de un único negocio que produce un solo efecto: la sustitución, que está compuesta por la liberación del deudor original y la concomitante asunción de la obligación por parte del tercero; se habla aquí de efecto sucesorio (10). Para otros se trata más bien de una "fattispecie" compleja formada por dos negocios: uno unilateral, de naturaleza renunciativa, que produce el único efecto de la liberación del deudor original (declaración unilateral del acreedor de liberar al exprometido); y otro bilateral, un contrato entre expromitente y expromisario que produce el único efecto del "ingreso" del primero al puesto del exprometido en la primitiva relación obligacional (11).

A propósito de la expromisión novativa, algu-

---

(7) "(Expromisión).— El tercero que, sin delegación del deudor, asume frente al acreedor la deuda, está obligado solidariamente con el deudor original, si el acreedor no declara expresamente de liberar a este último.
Si no se ha convenido diversamente, el tercero no puede oponer al acreedor las excepciones relativas a sus relaciones con el deudor original.
Puede oponerle, por el contrario, las excepciones que hubiere podido oponerle al deudor original, si no son personales y no derivan de hechos posteriores a la expromisión. No puede oponerle la compensación que hubiere podido oponerle al deudor original, aunque se hubiere verificado antes de la expromisión".

(8) Es ésta una de las formas de la llamada novación subjetiva, que puede lograrse también mediante delegación y mediante "accollo". Es costumbre en algunos confundir estas figuras con la novación, pero debemos hacer notar que ninguna novación realiza una sucesión, porque sucesión y novación, propiamente hablando, son conceptos inconciliables, aunque muchas veces, pero no siempre, los efectos prácticos puedan ser los mismos.

(9) Las indicaciones bibliográficas sobre esta teoría resultan inútiles ya que, tratándose de una convicción muy difundida, nos veríamos avocados a citar toda la literatura sobre el tema: notable la alemana; bastante escasa y casi fragmentaria, la italiana, si bien no privada de óptimas contribuciones dedicadas a particulares sectores del fenómeno; de modesta trascendencia, la francesa. Entre las obras de mayor relieve debemos señalar, en Italia, a NICOLO, Rosario, "*L'adempimento indiretto dell'obbligo altrui*", Milano, 1936, págs. 237 y sgtes. En la literatura alemana, ENNECCERUS, Ludwig-KIPP, Theodor-WOLFF, Martin, "*Derecho de obligaciones*", II, Ed. Bosch, Barcelona, 1947, págs. 409 y sgtes. En la doctrina suiza, VON TUHR, Andreas, "*Tratado de las obligaciones*", II, Ed. Reus, Madrid, 1934, págs. 333 y sgtes. y "*Partie générale du Code Fédérale des Obligations*", Lausanne, 1934, págs. 763 y sgtes.

(10) CICALA, Raffaele, "*L'adempimento indiretto del debito altrui*", Jovene, Napoli, 1968, págs. 45 y sgtes.

(11) BARBERO, Domenico, op. cit., págs. 289 y 290; RESCIGNO, Pietro, "*Studi sull'accollo*", Giuffrè, Milano, 1958, págs. 112 y sgtes.; y "*Delegazione*", voce, en Enciclopedia del Diritto, XI, Giuffrè, Milano, 1962, pág. 970.

Escaeado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

nos dicen que es un contrato, un único negocio que produce un solo efecto indivisible consistente en la extinción mediante constitución: extinción y constitución no son dos momentos jurídicos distintos, sino un único momento jurídico pues se trata de una extinción mediante constitución; característica de la novación es que la preexistente obligación resulte extinguida por la nueva, pues novación es precisamente la extinción de una obligación mediante la constitución de una obligación nueva que toma el puesto de la precedente y la extingue(12). Otros afirman que se trata de un contrato, de un único negocio en el que la obligación no se extingue del todo: algo sobrevive de la obligación originaria en la nueva obligación; sea que la primitiva obligación no se puede decir que se extinguió (13). Otro afirma que estamos en presencia de un contrato, de un único negocio que produce dos efectos: constitución y extinción. Para este autor, la expresión "efecto novativo" no es otra cosa que una fórmula elíptica a la que sólo puede reconocérsele el valor verbal de indicar conjuntamente los dos correlativos efectos que, verificándose contemporáneamente y consistiendo el uno en la extinción de la vieja relación, el otro, en la constitución de la nueva relación, realizan, de esta manera, la sustitución de la segunda a la primera. Sin embargo, como bien lo explica el propugnador de esta teoría, la dualidad de efectos en la novación no implica dualidad de negocios, así como la dualidad de efectos en la compraventa tampoco indica que estamos en presencia de dos negocios jurídicos (14).

Se plantea sobre el tema otra cuestión: ¿puede el deudor, dentro de la expromisión liberadora en cualesquiera de sus formas, oponerse a la liberación? Para resolverlo es necesario entrar a determinar cuál es el interés jurídicamente relevante, si aquel del deudor a liberarse (15) o si, por el contrario, aquel del deudor a liberarse mediante cumplimiento, entendido no sólo como interés a liberarse puro y simple, sino también como interés a cumplir (16).

Otra interrogante se formula frente a este instituto la doctrina: ¿estaremos —con la expromisión— en presencia de una estipulación en favor de un tercero? Se postula frecuentemente la solución afirmativa, apoyada casi siempre en la genérica consideración de que la liberación constituye una ventaja para el deudor (17). Sin embargo, no falta quien sostenga válidamente que no estamos ante una estipulación en favor de un tercero aduciendo que, mientras en la primera hipótesis la disposición del estipulante en favor del tercero debe estar regida por un interés externo al contrato entre estipulante y promitente, en la "fattispecie" expromisoria la disposición en favor del tercero está fundada sobre la misma causa del contrato entre acreedor y expromitente: la disposición que el acreedor hace en favor del tercero deudor encuentra su equivalente en la atribución que el acreedor recibe del expromitente; ella, por lo tanto, entra en el esquema causal del contrato entre expromisario y expromitente (18). Y parece llevar razón este autor: la estipulación en favor de un tercero es, para el estipulante, un acto de disposición unilateral hacia el tercero, en el sentido de que con ella el estipulante dispone de aquel derecho que, de lo contrario, le hubiere correspondido a él mismo; el estipulante le hace adquirir al tercero no un derecho suyo, sino más bien un derecho que, a falta de la cláusula de estipulación en su favor, él mismo hubiere adquirido: la disposición del estipulante en favor del tercero opera no mediante un traspaso, sino mediante el mecanismo de la desviación del efecto(19); se abrevia, de este modo, el ciclo de producción del

---

(12) MARTORANA, *"La novazione del diritto civile italiano"*, Palermo, 1924, pág. 16; BARASSI, Lodovico, *"La teoria generale delle obbligazioni"*, I, Milano, 1948, Giuffrè Ed., pág. 240; DE RUGGIERO-MAROI-MAIORCA, *"Istituzioni di diritto civile"*, II, Milano, 1961, págs. 107 y sgtes.

(13) CODACCI-PISANELLI, *"Ampiezza del concetto di novazione"*, Milano, 1950, págs. 45 y sgtes.; LUZZATO, R., *"Le obbligazione nel diritto italiano"*, Utet, Torino, 1950, pág. 338.

(14) CICALA, Raffaele, op. cit., págs. 102 y sgtes.

(15) CICALA, Raffaele, op. cit., págs. 167 y sgtes.

(16) Entre otros, FALZEA, Angelo, *"L'offerta reale e la liberazione coattiva del debitore"*, Milano, 1947, págs. 33 y sgtes. y 65 y sgtes.; RESCIGNO, Pietro, *"Incapacitá naturale e adempimento"*, Jovene, Napoli, 1950, 144 y sgtes.; IDEM, *"L'abuso del diritto"*, *en Rivista di Diritto Civile*, I, 1965, pág. 260; IDEM, *"Studi sull'accollo"*, cit., págs. 115 y sgtes. y 238; TILOCCA, Ernesto, *"La remissione del debito"*, CEDAM, Padova, 1955, págs. 18 y sgtes.

(17) VON TUHR, Andreas, *"partie gén. du Code Féd. des Obligations"*, cit., pág. 766, nota 28; QUAGLIARIELLO, Gaetano, *"L'espromissione"*, Jovene, Napoli, 1953, págs. 98 y sgtes.

(18) CICALA, Raffaele, op. cit., págs. 237 y sgtes.

(19) MAJELLO, Ugo, *"L'interesse dello stipulante nel contratto a favore di terzi"*, Jovene, Napoli, 1962, págs. 121 y sgtes.

Escaeado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

efecto que en definitiva debe producirse; se verifica la adquisición del derecho por parte del tercero sin que el derecho pase primero del promitente al estipulante. En la expromisión, por el contrario, el efecto extintivo en favor del tercero no es provocado por una cláusula del contrato entre acreedor y expromitente, mediante la cual este último haga una disposición en favor del tercero (deudor) que se verifique al través del mentado mecanismo de la desviación del efecto: la extinción de la obligación es un efecto necesariamente destinado al tercero (deudor), un efecto que se produce en cabeza suya no mediante desviación de su natural dirección contractual, operada por una determinada cláusula, sino porque sólo a su respecto debe producirse; no puede concebirse aquí ni una desviación, ni una sucesiva inversión del efecto. En conclusión: el efecto en favor del tercero es provocado directamente por la disposición del acreedor contenida en el contrato con el expromitente, disposición que no puede no tener como único destinatario al tercero (deudor), y no por una disposición del expromitente, que, a través de una cláusula de estipulación en favor de un tercero, opera sobre el efecto desviándolo de él hacia el tercero (20).

3. **De la delegación (arts. 1268-1271 Cód. Civ. italiano) (21).**

Se presenta la delegación cuando el deudor (delegante) asigna al acreedor (delegatario) un nuevo deudor (delegado) quien se obliga frente a aquel, bien conjunta y solidariamente con el deudor original, bien sustituyéndolo en la primitiva obligación (quedando el primigenio deudor liberado), bien extinguiéndose la obligación y surgiendo ipso facto una nueva en cabeza del tercero únicamente.

Como puede apreciarse, también hay dos tipos de delegación: acumulativa (conjuntiva o solidaria) y liberadora, dividiéndose esta última, al igual que la expromisión, en sustitutiva (verdadera sucesión inter vivos a título particular en la deuda) y novativa.

Muy discutida ha sido en doctrina la determinación del elemento sobre el que descansa la diferencia entre "expromissio" y "delegatio". Para distinguirlas, un muy respetable sector doctrinario pone el acento sobre la iniciativa del deudor, que es propia de la delegación y falta en la expromisión (22): *"Existe expromisión cuando un sujeto extraño a la relación de obligación la asuma en su aspecto pasivo por iniciativa propia, sin recibir para ello encargo o autorización del sujeto pasivo de dicha relación. A diferencia de la delegación, en que la iniciativa parte de uno de los sujetos de la relación preexistente... En el aspecto estructural, por consiguiente, la expromisión consiste en una asunción de deuda operada por un tercero frente al acree-*

---

(20) CICALA, Raffaele, op. cit., pág. 237.

(21) "1268. (Delegación acumulativa).— Si el deudor asigna al acreedor un nuevo deudor, que se obliga frente al acreedor, el deudor original no es liberado de su obligación, salvo que el acreedor declare expresamente de liberarlo.
Sin embargo, el acreedor que ha aceptado la obligación del tercero no puede dirigirse al delegante, si primero no ha requerido del delegado el cumplimiento".
"1269. (Delegación de pago).— Si el deudor para efectuar el pago ha delegado a un tercero, este puede obligarse frente al acreedor, salvo que el deudor se lo haya prohibido.
El tercero delegado para ejecutar el pago no está obligado a aceptar el encargo, aunque sea deudor del delegante. Se excepcionan los usos diversos".
"1270. (Extinción de la delegación).— El delegante puede revocar la delegación, mientras el delegado no haya asumido la obligación frente al delegatario o no haya efectuado el pago en su favor.
El delegado puede asumir la obligación o efectuar el pago en favor delegatario aún después de la muerte o de la sobrevenida incapacidad del delegante".
"1271. (Excepciones oponibles por el delegado).— El delegado puede oponer al delegatario las excepciones relativas a sus relaciones con él.
Si las partes no han pactado diversamente, el delegado no puede oponer al delegatario, salvo que éste las conociere, las excepciones que hubiere podido oponerle al delegante, salvo que sea nula la relación entre delegante y delegatario.
El delegado no puede tampoco oponer las excepciones relativas a la relación entre el delegante y el delegatario, si al respecto las partes no han hecho expresa referencia".

(22) BETTI, Emilio, *"Teoría general de las obligaciones"*, II, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1970, págs. 299 y 230; ANDREOLI, Marcello, *"La delegazione"*, CEDAM, Padova,1937, págs. 235 y sgtes.; BARASSI, Lodovico, op. cit., pág. 283; QUAGLIARIELLO, Gaetano, op. cit., págs. 48 y sgtes.; DE RUGGIERO-MAROI-MAIORCA, op. cit., pág. 112; ROTONDI, Mario, *"Istituzioni di diritto privato"*, Milano, 1962, pág. 349; TORRENTE, Andrea, *"Manuale di diritto privato"*, Giuffrè, Milano, 1965, pág. 349; TRABUCCHI, Alberto, *"Instituciones de derecho civil"*, II, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1967, págs. 99 y 100.

Escaeado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

dor, sin un previo 'iussum' (autorización) del deudor. . ." (23). *"Las dos figuras difieren entre sí en cuanto, en la expromisión, opera (al menos inicialmente) la sola voluntad del tercero y falta toda iniciativa del deudor original"* (24).

Ha sido observado por alguno, sin embargo, que existe la figura de la delegación aun cuando la iniciativa sea tomada por el acreedor (delegatario), solicitándole a su deudor que le asigne uno nuevo; y por ello se ha escrito que el criterio distintivo entre "delegatio" y "expromissio" está en la "intervención" (y no en la iniciativa) del primitivo deudor (25). Se debe sin embargo observar que la iniciativa del acreedor se desarrolla en la hipótesis formulada, en una fase preparatoria de la "delegatio" que no influye sobre su estructura, centrada precisamente sobre el preventivo mandato del deudor (26).

Otros dicen que el procedimiento delegatorio debe necesariamente partir del llamado "iussum" del deudor, que debe en todo caso preceder el negocio de asunción entre el tercero y el acreedor. Pero en la delegación no es necesaria la iniciativa del delegante, sino que es suficiente tan solo un acto de apropiación de los efectos de la asunción de la deuda cumplida por el tercero, sea que basta la ratificación de la asunción por parte del delegante. Es esta la llamada teoría de la intervención aún póstuma del deudor delegante (27).

Para el profesor Cicala un criterio basado sobre la sola valoración del comportamiento del deudor original, llámese iniciativa o intervención, no es suficiente para distinguir la delegación de la expromisión, porque la iniciativa o la intervención que hay en la delegación es idéntica a la iniciativa o a la intervención que puede haber —y normalmente hay— en la expromisión. La distinción debe estar referida, necesariamente, a un momento ulterior, que es aquel del contrato entre el que asume y el acreedor (28).

Ante todo podemos afirmar que la delegación comprende un mandato (29) entre delegante y delegado con el cual el primero tiende, siempre, a obtener del segundo, sea o no su deudor, el cumplimiento de una actividad jurídica de cooperación. Esta primera fase del procedimiento delegatorio puede también preceder a una expromisión, si permanece interna entre el deudor mandante y el mandatario, quien asume (30).

Esto es, si Juan se obliga frente a Pedro, deudor de José, a asumir la deuda, y luego asume tal deuda frente a José sin declararle a este último que intenta así ejecutar el empeño contraído con Pedro, estamos seguramente en presencia de una expromisión y no de una delegación; porque Juan en relación a José, no tiene la característica de ser delegado de Pedro, es decir que, frente a José, Juan asume la deuda ajena sin delegación de Pedro. Claro está que en la expromisión esta fase preparativa puede faltar, aunque sean raros los casos en que falta. No puede, por el contrario, haber válida delegación si falta el mandato, salvo la hipótesis formulada por Di Sabato de una sucesiva ratificación del deudor original.

Sin embargo, según Cicala, esta primera fase presenta, en una y otra figura, una peculiaridad diversa que ha escapado a la doctrina: la expromisión no es asunción pura y simple de una obliga-

---

(23) BETTI, Emilio, op. cit., pág. 299.

(24) MESSINEO, Francesco. *"Manual de derecho civil y comercial"*, IV, E.J.E.A., Buenos Aires, 1971, pág. 182.

(25) BIGIAVI, Walter, *"La delegazione"*, CEDAM, Padova, 1940, págs. 37 y sgtes.

(26) DI SABATO, Franco, *"L'assunzione del concordato fallimentare"*, Jovene, Napoli, 1960, pág. 158.

(27) DI SABATO, Franco, op. cit., págs. 151 y sgtes.

(28) CICALA, Raffaele, *"Saggi"*, L'arte tipografica, Napoli, 1969, págs. 130 y 131.

(29) El Código Civil italiano de 1942 distingue el mandato de la representación. Artículo 1703. "El mandato es el contrato con el cual una parte se obliga a cumplir uno o más actos jurídicos por cuenta de otra"; pero "si al mandatario le ha sido conferido el poder de actuar en nombre del mandante se aplican también las normas" de la representación (art. 1704), según las cuales "el contrato concluido por el representante en nombre y en el interés del representado, dentro de los límites de las facultades conferidas, produce directamente efecto respecto al representado" (art. 1388); pero si el mandatario "actúa en nombre propio adquiere los derechos y asume las obligaciones que se deriven de los actos cumplidos con terceros, aun si ellos han tenido conocimiento del mandato" (art. 1705). Esta distinción del Código Civil italiano la hacen también otros códigos modernos como el alemán (arts. 164 a 180) y el suizo de obligaciones (arts. 32-40).
En nuestro país (art. 1251) el contrato de mandato es siempre representativo: el mandatario debe actuar a nombre y por cuenta —y no solo por cuenta— de su mandante. Esto se origina en el Code Napoleon, artículo 1984, que identifica los conceptos de mandato y poder.

(30) CICALA, Raffaele, op. ult. cit., págs. 131 a 137.

Escaeado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

ción, sino que debe necesariamente referirse a la obligación ajena asumida (31).

En general, el mandato para concluir una delegación debe contener, a diferencia del mandato para concluir una expromisión, un intento específico: que el mandato mismo sea llevado por el delegado a conocimiento del delegatario, en el sentido de que el delegado deberá hacer presente al delegatario que se obliga frente a él precisamente porque ha sido encargado de ello por el delegante. Del mandato surge entonces para el mandatario, junto a la obligación de concluir un negocio por cuenta del mandante, la obligación de declararle al delegatario, su calidad de mandatario.

Pero, si bien la primera fase del procedimiento delegatorio y la fase preliminar de una expromisión presentan una peculiaridad diversa, esta peculiaridad del mandato no puede ponerse como base del criterio distintivo entre delegación y expromisión, porque carece de importancia en tratándose de la calificación de la "fattispecie". Es perfectamente posible que el mandatario, desviándose de la programación del negocio de asunción hecha en el mandato, concluya tal negocio en forma diversa a las modalidades fijadas en el mandato, por lo que, aun cuando la fase precedente al contrato de asunción se presente claramente preordenada hacia una delegación, a tal fase puede perfectamente seguir un contrato de asunción que sea una verdadera y propia expromisión, y viceversa. Y además, es posible que se concluya un contrato delegatorio, y no una expromisión, aun si la delegación falta (32) (recordemos la hipótesis en la cual la ratificación puede suplir el defecto de una precedente delegación, agudamente señalada por Di Sabato).

Tenemos entonces que el elemento distintivo entre delegación y expromisión debe buscarse en el negocio mismo de asunción concluido, en una u otra hipótesis, entre tercero y acreedor. Se tendrá entonces delegación o expromisión según la diversa modalidad en que se concluya el negocio de asunción, es decir, según que Juan, asumiendo la deuda de Pedro frente a José, se presente o menos ante José como mandatario de Pedro, es decir, declare o no a José de actuar por delegación de Pedro (ponga o no como causa de su obligarse frente a José el llamado "iussum" de Pedro). Si Juan se obliga frente a José pura y simplemente asumiendo la deuda de Pedro, hay expromisión; si por el contrario, Juan se obliga frente a José, declarando de asumir la deuda de Pedro porque de ello ha sido por Pedro encargado, porque intenta así dar ejecución a tal encargo, hay delegación.

Lo importante entonces, en lo que a la calificación de la "fattispecie" se refiere, es, según el profesor Cicala, la referencia del tercero (quien asume) a una delegación (o mandato, según la doctrina dominante) y no la existencia o menos de la misma: la delegación puede existir y no ser referida por el tercero en el negocio de asunción, en cuyo caso no hay delegación sino expromisión; puede no existir y sin embargo ser referida, en cuyo caso no hay expromisión, sino una delegación incompleta (33), que debe ser reintegrada mediante la llamada ratificación. Entonces, resumiendo, si el tercero, declarando obligarse frente al acreedor, no hace ninguna referencia a la delegación del deudor, sino que asume pura y simplemente la deuda ajena, de modo que, frente al acreedor, él actúa de iniciativa propia, hay expromisión; determinar aquí si preexiste o no una delegación (mandato), o si de ésta el acreedor tiene conocimiento por cualquier otro medio, es del todo inútil (34); si por el contrario, el tercero declara obligarse frente al acreedor porque para ello ha sido delegado por el deudor, hay delegación y no expromisión.

En otras palabras, el contrato de asunción concluido entre tercero y acreedor en cumplimiento de la obligación de actuar por cuenta del deudor (mandante) puede o no, al igual que cualquier otro negocio de gestión, revelar a la contra-parte (acree-

---

(31) CICALA, Raffaele, op. ult. cit., pág. 139.

(32) CICALA, Raffaele, op. últ., cit., págs. 142 y 143.

(33) Habla aquí el profesor Cicala de una delegación inválida (anulable), invalidez que puede ser subsanada por la ratificación del deudor. Nosotros creemos que no hay invalidez sino simple ineficacia ("relevancia", como diría FALZEA), una "fattispecie" incompleta que debe ser contemplada con la ratificación del deudor.

(34) CICALA, Raffaele, op. ult. cit., pág. 146, nota 57.

Escaeado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

dor) su carácter gestorio: en la afirmativa, tendremos contrato delegatorio; en la negativa, contrato expromisorio.

4. Del "accollo" (art. 1273 Cód. Civ. italiano) (35) (36).

Se suele definir el "accollo" como un contrato entre el deudor ("accollado") y un tercero ("accollante") mediante el cual convienen precisamente en que éste asuma frente al acreedor ("accollatario") la deuda del primero, bien conjunta y solidariamente, bien sustituyéndolo en la primitiva obligación (quedando lógicamente aquel liberado), bien extinguiéndose la obligación y surgiendo instantáneamente una nueva en cabeza del "accollante" únicamente.

Al igual que en la expromisión y en la delegación, para la mayoría de la doctrina en el "accollo" se presentan también dos figuras: el acumulativo (conjuntivo o solidario) y el liberador, que se subdivide a su vez en sustitutivo (verdadera sucesión inter-vivos a título particular en la deuda) y novativo.

El problema de identificar la estructura del "accollo" se plantea fundamentalmente en los siguientes términos: si el acreedor es o no un tercero respecto al mismo o si es parte del mismo; si la adhesión del acreedor es requisito de eficacia o elemento de perfección del "accollo".

Mientras es pacífico en doctrina que el acreedor es parte en los contratos de expromisión y delegación, es opinión dominante que, respecto al "accollo", es un tercero.

Otra interrogante surge en cuanto a la determinación de la naturaleza jurídica de este instituto: ¿estamos en presencia de un contrato en favor de un tercero o más bien ante una simple estipulación en favor de un tercero?

Hace algunos años ya, parecía ser general la opinión de que el "accollo" era un contrato en favor de un tercero (37). Hoy la doctrina italiana, casi concordemente (38) (y la jurisprudencia toda), reconoce que el "accollo" es una estipulación en favor de tercero y que la adhesión del acreedor al mismo es una "declaración de quererse aprovechar de la estipulación hecha en su favor".

Contra la tesis del "accollo" como contrato en favor de un tercero, se han esgrimido en doctrina los siguientes argumentos, que conviene aquí repasar:

a) Se dice por algunos que la perfección de la cesión del contrato depende en última instancia del asentimiento del contrayente cedido; dicho asentimiento "constitutivo" es requerido para la trasmisión de las deudas; así las cosas, también la declaración del acreedor "accollatario" es elemento de perfección del "accollo"; de modo que se debe excluir que el "accollo" sea un contrato en favor de un tercero (39).

b) El "accollo" tiene como fin exclusivo levar del deudor original la obligación que sobre él pesa; y el ingreso del nuevo deudor en la relación constituye un hecho accesorio y eventual para hacer más fácil el logro de aquel fin, pero sobre todo para permitir al acreedor utilizar, en provecho propio, el acuerdo alcanzado entre su deudor y el tercero.

---

(35) "1273. (Accollo).— Si el deudor y un tercero convienen en que éste asuma la deuda del otro, el acreedor puede adherirse a la convención, haciendo irrevocable la estipulación a su favor.
La adhesión del acreedor conlleva liberación del deudor original sólo si constituye condición expresa de la estipulación o si el acreedor declara expresamente de liberarlo.
Si no hay liberación del deudor, éste queda obligado solidariamente con el tercero.
En todo caso el tercero está obligado frente al acreedor que se ha adherido a la estipulación en los límites en que ha asumido la deuda, y puede oponer al acreedor las excepciones fundadas en el contrato en base al cual la asunción se ha producido".

(36) Sobre el término "accollo", ver infra, nota 6.

(37) La doctrina germánica contemporánea suele referir esta calificación únicamente al "accollo" acumulativo; ver ENNECCERUS-KIPP-WOLFF, op. cit., pág. 407 y los autores citados en la nota 10. En Italia, entre otros, PACCHIONI, Giovanni, *"I Contratti a favore di terzi"*, CEDAM, Padova. 1933, págs. 354 y sgtes.; NICOLO, Rosario, op. cit., págs. 269 y sgtes., refiriéndose al "accollo" en general; y calificando así al solo "accollo" acumulativo, ANDREOLI, Marcello, op. cit., págs. 424 y sgtes.; BIGIAVI, Walter, op. cit., págs. 105, nota 32 y 106.

(38) Entre otros, BARBERO, Domenico, op. cit., págs. 270 y sgtes.; BETTI, Emilio, op. cit., pág. 305; MESSINEO, Francesco, *"Dottrina generale del contratto"*, Milano, 1948, pág. 404; SANTORO-PASSARELLI, Francesco, *"Dottrine generali del diritto civile"*, Jovene, Napoli, 1971, págs. 94 y sgtes.

(39) LAZZARA, *"Accollo e liberazione del debitore originario"*, en Rivista Trimestrale de Diritto e Procedura Civile, 1957, págs. 1302 y sgtes.; RESCIGNO, Pietro, *"Accollo e contratto a favore di terzo"*, en Banca, Borsa e Titoli di Credito, 1953, págs. 37 y sgtes.; IDEM, *"L'accollo ex lege"*, ivi, 1954, I, págs. 240 y sgtes.; autores citados por CICALA, Raffaele, *"Saggi"*, cit., pág. 87, nota 20. Valga la pena recordar que en Italia existe la figura de la cesión del contrato, ausente de nuestra legislación civil.

Escaeado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

La posibilidad de que el "accollo" opere en la forma sustitutiva o en la forma llamada simple, demuestra que la multiplicación de los sujetos pasivos constituye un momento accidental o variable del "accollo" y no podría por esa razón representar el momento esencial del "favor". No se trata de un mecanismo idéntico al del negocio en favor de un tercero, porque la eficacia externa del "accollo" no es otra cosa que un simple medio para la mejor realización de su eficacia interna: aunque no se verifique la primera, en cuanto el acreedor no efectúe la indicada adhesión, el "accollo" logra igualmente —a diferencia del contrato en favor de un tercero— una integral, si bien menos enérgica, actuación (40).

c) Se dice también que la "intervención" del nuevo sujeto en la relación obligacional es efecto natural del "accollo", condicionada únicamente a la adhesión del acreedor, mientras que el contrato en favor de un tercero subsiste como tal siempre que las partes hayan expresamente previsto la eficacia externa (41).

ch) La adquisición del derecho por parte del tercero se verifica en el momento de la estipulación, es decir, antes de la adhesión; por el contrario, la extensión subjetiva de la pretensión del acreedor se realiza automáticamente en el momento de la conclusión del "accollo" acumulativo, pero sólo cuando sub-entra la adhesión (42).

d) Falta el "favor" para el acreedor; en el "accollo" acumulativo, porque el acreedor no adquiere un nuevo derecho, sino la posibilidad de ejercer el mismo y único derecho frente a dos obligados, posibilidad que constituye una ventaja meramente económica; en el "accollo" liberador, porque se debe considerar irrelevante una ventaja meramente causal (sustitución del primitivo obligado por otro más dispuesto a cumplir). El "accollo" liberatorio no tiene siquiera la apariencia de un instituto destinado a producir un beneficio al tercero acreedor. En el "accollo" acumulativo la multiplicación subjetiva del ámbito pasivo de la obligación sí parece dar ventajas al tercero acreedor, pero la ventaja del acreedor tiene carácter reflejo e instrumental respecto al beneficio del deudor original, a quienes las partes miran como el único objetivo del "accollo" (43).

Hasta aquí las objeciones de la que podríamos llamar doctrina mayoritaria. Examinemos ahora el punto de vista del profesor Cicala.

I) El "accollo", acumulativo o liberador, es una estipulación en favor de un tercero, porque obliga ("favor" para el tercero) al "accollante" frente al "accollatario", quien no participa en el negocio (44).

II) En cuanto estipulación en favor de un tercero, el "accollo" no es un negocio autónomo, sino una modalidad que puede formar parte de cualquier contrato, nominado o innominado, permaneciendo absorbido por la estructura de este último e integrando su causa. El "accollo" es entonces un efecto que puede realizarse al través de cualquier contrato, típico o atípico, y encuentra en él su justificación causal (45).

III) La causalidad del "accollo" (o mejor aún, del negocio en que el "accollo" está contenido) no impide que se realice el efecto de la sucesión en la deuda, así como la causalidad de la cesión de créditos (o mejor aún, del negocio en que la cesión está contenida) no impide tampoco que se realice el efecto de la sucesión en el crédito (46).

IV) En cuanto estipulación en favor de un tercero, el "accollo" se perfecciona al perfeccionarse el contrato que lo contiene, sin la participación contractual del acreedor, cuya adhesión es requisito de eficacia (conditio iuris) del "accollo" y no elemento de perfección del mismo: se trata de la declaración del tercero de querer prevalerse de la estipulación hecha en su favor; si el "accollo" está condicionado a la liberación del deudor original ("accollo" llamado liberador), la adhesión del acreedor es, además de declaración de quererse aprovechar de la estipulación hecha en su favor, declaración liberadora (47).

---

(40) FALZEA, Angelo, op. cit., pág. 306; RESCIGNO, Pietro, "*Accollo e contratto a favore di terzo*", cit., pág. 53.

(41) FALZEA, Angelo, op. cit., pág. 306.

(42) FALZEA, Angelo, op. cit., pág. 306.

(43) FALZEA, Angelo, op. cit., págs. 305-307; RESCIGNO, Pietro, op. ult. cit. pág. 51.

(44) CICALA, Raffaele, "*Saggi*", cit., págs. 119 y 120.

(45) CICALA, Raffaele, op. ult. cit., pág. 120.

(46) Idem.

(47) Idem.

Escaeado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

V) La liberación del deudor original no es entonces efecto del "accollo", sino efecto de la declaración unilateral del acreedor, implícita en su adhesión al "accollo" llamado liberador, es decir, el "accollo" condicionado a dicha liberación (conditio facti): la adhesión del acreedor, dados los términos del convenio a que se refiere, conlleva a la liberación del deudor original (48).

VI) Efecto del "accollo", en la dirección "accollante"-"accollatario" es, únicamente, el ingreso del primero en la preexistente obligación del "accollado", permanezca este último obligado ("accollo" acumulativo) o resulte liberado ("accollo" liberador) (49).

Quiere esto decir que tanto el "accollo" llamado acumulativo cuanto el "accollo" llamado liberador, constituyen una estipulación en favor del tercero acreedor ("accollatario"), porque producen para este último un efecto activo, en cuanto producen un efecto pasivo a cargo del "accollante".

Muy interesante resulta la toma de posición del profesor Cicala en lo que a la liberación del deudor original respecta: ella es efecto, no del "accollo", sino de una declaración unilateral del acreedor. La declaración mediante la cual el "accollatario" se adhiere al "accollo" liberador presenta, para él, una complejidad funcional de la que adolece la adhesión al "accollo" llamado acumulativo: esta última es simple requisito de eficacia del "accollo"; se trata de la simple declaración del tercero de quererse prevaler de la estipulación hecha en su favor (art. 1033 Cód. Civ.), a la que la doctrina generalmente reconoce el carácter de conditio iuris. La adhesión al "accollo" llamado liberador es, no solo adhesión del acreedor a la estipulación hecha en su favor, y por ello conditio iuris del "accollo", sino también y al mismo tiempo, hecho constitutivo de la liberación del deudor original, porque es implícitamente declaración liberadora, y por ello, hecho productor del evento (la liberación) al que suspensivamente está condicionado este tipo de "accollo" (conditio facti porque, no obstante ser indicada por la ley, es introducida al contexto del negocio por propia iniciativa del tercero).

Bajo los lineamientos de la estructura del acto, entre "accollo" acumulativo y "accollo" liberador, se presenta esta diferencia: que el primero es una estipulación en favor de un tercero no sujeta a ninguna condición (voluntaria), mediante la cual, si el acreedor se adhiere (condición legal) se verifica, sin más, el efecto del ingreso del "accollante" en la preexistente relación obligacional, a la par del "accollado"; mientras el segundo es una estipulación en favor de un tercero sometida a la condición suspensiva de la liberación del deudor original, por la que el "accollante" entrará en la preexistente obligación sólo si el deudor original resulta liberado ("accollo" llamado sustitutivo) o si se extingue la original obligación y se constituye una nueva a su exclusivo cargo ("accollo" llamado novativo).

Tenemos entonces que, tanto el "accollo" en su forma acumulativa, cuanto en su forma liberadora, son estipulaciones en favor de un tercero (el acreedor "accollatario"), porque producen a su respecto, siempre, un efecto activo (50): producen un efecto obligatorio a cargo del "accollante" (que se convierte en todo caso en deudor) y en favor del "accollatario"; el "accollante" permanece obligado frente al acreedor —conjuntamente con el deudor original ("accollo" llamado acumulativo) o en sustitución de éste ("accollo llamado sustitutivo, si la primitiva obligación no se extingue; "accollo" llamado novativo, si ella se extingue y nace una nueva a cargo exclusivo del tercero sub-entrante), mientras que antes del "accollo" no estaba obligado. En cuanto al "accollo" llamado liberador, como se dijo, la liberación del deudor original no es efecto del "accollo", como contrato entre asuntor y deudor original, sino efecto de la declaración unilateral del acreedor: el "accollo" es aquí también estipulación en favor del tercero acreedor, porque su eficacia externa se agota obligando al "accollante" hacia este último, que no participa del contrato. La eficacia del "accollo", como contrato entre asuntor y deudor original, en la dirección tercero subentrante-acreedor, es siempre activa (favor) para el acreedor, porque le ofrece un nuevo deudor junto al deudor original o en susti-

(48) CICALA, Raffaele, "*Saggi*", cit., pág. 120.

(49) Idem.

(50) CICALA, Raffaele, op. cit., pág. 115.

Escaeado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

tución de éste. Como vimos, el evento futuro e incierto de la liberación del deudor original es, respecto al negocio que contiene al "accollo", condición (voluntaria o facti) a la cual las partes contratantes subordinan, en todo o en parte, la eficacia del negocio. Este evento se verifica cuando el acreedor declara de adherirse. Esa adhesión del acreedor al "accollo" liberador, no obstante ser un acto materialmente único, es tanto declaración de querer aprovecharse de la estipulación hecha en su favor, o mejor aún, del "accollo", cuanto, dados los términos del convenio a que se refiere, declaración liberadora.

Se impone señalar aquí, en coherencia con estos razonamientos, el carácter equívoco de la expresión "accollo" liberador. El "accollo" en sí, es, pura y simplemente, un negocio de asunción de deuda ajena; el efecto de la liberación del deudor original desciende, no del "accollo" —que produce únicamente el efecto del ingreso del "accollante" al lado pasivo de la relación obligacional— sino de la declaración unilateral del acreedor. Por otra parte, ni siquiera la expresión "accollo" acumulativo es feliz: porque el "accollo", en sí, repetimos, es simple negocio de asunción de deuda ajena. Porque el "accollado" está ya obligado frente al "accollatario", el efecto del "accollo" consiste siempre y únicamente en obligar al "accollante". Este es el único efecto que se produce (frente al acreedor) y el único efecto del "accollo". El adjetivo acumulativo, atribuido al efecto del (mal llamado) "accollo" acumulativo, puede hacernos entender, erróneamente, que este "accollo" produzca un efecto mayor (o simplemente diverso) respecto al (mal llamado) "accollo" liberador, allí donde ninguna diferencia hay entre uno y otro efecto, que es y será siempre el mismo: el ingreso del "accollante" en el lado pasivo de una relación obligacional previamente constituida.

5. La sucesión en el débito en el Código Civil costarricense.

Nuestro Código Civil no trata ex professo esta materia. En su Libro III, Título V, Capítulo I, "De la novación", contempla y regula —bastante deficientemente— las instituciones que hasta aquí hemos comentado.

En buena técnica jurídica, la novación consiste en la sustitución o cambio de una obligación preexistente, que se extingue, por otra nueva que la sustituye. Proviene de un contrato por el cual la deuda que se extingue da origen a otra que la reemplaza y subsiste (51).

Establece nuestro Código, artículo 814:

> "La novación se efectúa:
> 2.— Cuando el acreedor libra de su obligación al deudor, admitiendo un nuevo deudor en reemplazo del primero".

Al respecto, nuestro aislado tratadista don Alberto Brenes Córdoba comenta: *"Por fin, sobreviene novación por cambio de deudor, siempre que el acreedor acepte que un tercero reemplace a aquél como obligado.*

Cuando esto ocurre porque sea el deudor quien presenta al tercero para que haga sus veces, se dice que hay 'delegación'. Se llama delegado al nuevo deudor y delegante al antiguo. Y cuando el deudor sustituto se ofrece espontáneamente, el caso es calificado de expromisión (promesa de sí mismo), siguiendo el tecnicismo del Derecho Romano" (52).

Reconoce entonces don Alberto, con criterio agudo que del todo compartimos, que la norma en examen contempla, sea la delegación que la expromisión. No entra el distinguido abogado a considerar si dentro de esa hipótesis quedan contemplados todos los casos posibles de delegación y expromisión (acumulativa y liberadora, esta última en sus dos formas sustitutiva y novativa) o si, por el contrario, sólo alude nuestro Código, como pareciera en un primer momento anunciarnos el encabezado de la norma y el del Capítulo mismo, y como trataremos de demostrar, a la delegación y a la expromisión novativas; nada dice tampoco don Alberto sobre si el inciso cobija o no la figura del "accollo".

Tiene este artículo su precedente en el número 1271 del Código Civil francés:

> "La novación se opera de tres maneras:
> 2.— cuando un nuevo deudor sustituye al antiguo que es librado por el acreedor".

Comentando esta norma, los tratadistas fran-

---

(51) BRENES CORDOBA, Alberto, *"Tratado de las obligaciones"*, Ed. Juricentro, San José, 1977, pág. 168, No. 432.
(52) Op. cit., pág. 169, No. 435.

Escaeado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

ceses distinguen, al igual que don Alberto en el inciso 2 de nuestro 814, dos variedades de novación por cambio de deudor (novación llamada subjetiva): delegación y expromisión; y concuerdan además en que, ya se trate de la una o de la otra, el asentimiento del acreedor es indispensable para que la novación se opere (". . .librado por el acreedor") (53). Lo mismo podemos afirmar nosotros respecto a nuestro repetido artículo ("Cuando el acreedor libra de su obligación al deudor. . .").

"Hay delegación cuando el nuevo deudor que se compromete con el acreedor es delegado, es decir, encargado por el viejo; es entonces el primitivo deudor quien toma la iniciativa de la delegación, a diferencia de lo que sucede en la expromisión. . ." (54).

De estas palabras nítido resulta que el inciso 2 del artículo 1271 del Code Napoleón contempla, para los citados escritores franceses, la delegación que nosotros hemos llamado en este estudio "novativa", sea que el término "novation" que encabeza este artículo del Código Civil francés, va entendido en su acepción técnico-jurídica (extinción de una obligación e inmediato nacimiento de una nueva en cabeza del tercero), sin que comprenda, amén de las hipótesis de la 'novatio strictu sensu' producto de una delegación, aquella en que el tercero sub-entra al deudor original, lo sustituye, lo sucede, sin que se produzca la desaparición de la primitiva deuda y el nacimiento de una nueva a su cargo (delegación por nosotros llamada sustitutiva), ni mucho menos aquella en que el tercero se introduce en el ámbito pasivo de la relación obligacional y responde frente al acreedor conjuntamente con el primitivo deudor (delegación que nosotros llamamos acumulativa, conjuntiva o solidaria). A esta misma conclusión hay que llegar respecto a nuestro inciso 2, artículo 814.

"Si por el contrario, el nuevo deudor, que viene a tomar el lugar del viejo, no actúa bajo petición de éste, instigado por él, si él actúa espontáneamente o por iniciativa de un tercero, estamos ante un caso de expromisión. . ." (55).

Lo mismo resulta de estas otras palabras de los ya citados juristas franceses: regula el inciso 2 del 1271 Code Napoleón la que nosotros aquí llamamos "expromisión novativa". En otras palabras, la norma de comentario produce, únicamente, la "novatio strictu sensu" producto de una expromisión, dejando por fuera la hipótesis en la que el tercero sub-entra al deudor original, lo sucede, sin que se extinga la obligación original y nazca una nueva a su exclusivo cargo (expromissio que nosotros llamamos sustitutiva), ni tampoco aquella en que el tercero ingresa al lado pasivo de la relación obligacional, respondiendo frente al acreedor conjuntamente con el deudor original (la por nosotros llamada expromissio acumulativa, conjuntiva o solidaria). A idéntica conclusión debemos llegar ante el inciso 2 de nuestro artículo 814.

Otro artículo que debe ser cuidadosamente examinado en nuestro Código Civil es el 819:

> "La simple indicación hecha por el deudor de persona que debe pagar por él, no produce novación.
>
> La delegación, aunque obliga directamente al delegado para con el acreedor que lo acepta, no produce novación por sí misma, sino cuando es acompañada o seguida de descargo total hecho de un modo expreso por el acreedor en provecho del delegante".

Comenta don Alberto: *"El simple encargo que haga un deudor a un tercero para que pague por él, no implica por sí solo novación aun en el supuesto de que el acreedor manifieste estar de acuerdo, pues de ello no se desprende de modo necesario su anuencia a prescindir del deudor primitivo, siendo lo más fundado suponer que se trata simplemente de una recomendación o comisión de pago y no de novar la deuda"* (56).

El primer párrafo del artículo trascrito tiene su precedente en el primer párrafo del artículo 1277 Code Napoleón:

> "La simple indicación hecha por el deudor de una persona que debe pagar en su lugar, no opera ninguna novación".

El segundo párrafo tiene su antecedente en el artículo 1275 ejusdem:

---

(53) BAUDRY LACANTINERIE, G.-BARDE, L., *"Traité Théorique et pratique de droit civil"*, III (des obligations), Librairie de la Société du Recueil J.-B. Sirey et du Journal du Palais, Ancienne Maison L. Larose & Forcel, Paris, 1908, pág. 25, No. 1713; PLANIOL, Marcel, *"Traité élémentaire de droit civil"*, II Librairie Général de Droit & de Jurisprudence, Ancienne Librairie Chevalier-Marescq et Cie. et Ancienne Librairie F. Pichon réunies, Paris, 1917, pág. 175, No. 540.

(54) BAUDRY LACANTINERIE-BARDE, op. cit., págs. 25 y 26, No. 1714.

(55) BAUDRY LACANTINERIE-BARDE, op. cit., pág. 26, No. 1715.

(56) BRENES CORDOBA, Alberto, op. cit., págs. 169 y 170, No. 435.

Escaeado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

> "La delegación mediante la cual un deudor presenta al acreedor otro deudor que se obliga frente al acreedor, no opera ninguna novación, si el acreedor no declara expresamente que él pretende librar al deudor que ha hecho la delegación".

Frente a esta norma, los comentaristas franceses sostienen la existencia de dos tipos de delegación: perfecta e imperfecta.

"Para que exista delegación perfecta, es indispensable que el delegatario libere al delegante" (57). "La delegación perfecta tiene por efecto liberar al primitivo deudor. Ella lo coloca en la misma situación que si hubiera pagado y por consiguiente el delegatario no tiene más acción contra él" (58). Esta es la delegación por nosotros llamada novativa prevista y regulada por el inciso 2 del artículo 814 C.C.

Pero "la delegación no produce siempre una novación. En ciertos casos, la deuda que ella origina, en vez de suprimirla, viene a colocarse junto a la deuda original. . ." (59).

"Resulta del artículo 1275 que no hay más novación cuando el delegatario no ha expresamente declarado que él libera al delegante. En esta hipótesis, nace una segunda obligación que viene a agregarse a la primera. Según la terminología del derecho romano, es este un caso de 'adpromissio', y la doctrina moderna dice que la delegación es entonces imperfecta.

. . .El acreedor tiene ahora dos deudores, y cada uno de ellos está obligado por la totalidad de la deuda. . .

. . .Así puede decirse que, en la delegación imperfecta, tanto el delegado cuanto el delegante, juegan, en relación al delegatario, el papel de deudor principal. . .

. . .La delegación imperfecta no puede, evidentemente, realizarse sin que el acreedor la acepte. Pero no es necesario que dicha aceptación sea expresa. Ella puede resultar de las circunstancias" (60). Esta forma de delegación es la que nosotros hemos dado en llamar, siguiendo a la doctrina italiana más moderna, "acumulativa, conjuntiva o solidaria", prevista y regulada por el artículo 819 segundo párrafo C.C., como veremos.

Aplicando este mismo orden de ideas a nuestra legislación tenemos entonces que, la delegación, en sus dos formas (acumulativa y novativa) está expresamente regulada por nuestro Código Civil. La novativa, en los artículos 814 inciso 2 y 819 párrafo segundo; la acumulativa, en esta última norma solamente. Esto nos lleva a la necesaria conclusión de que, no obstante que el Capítulo I, Título V, Libro III de nuestro Código Civil lleve por nombre "de la novación", no debemos entender que se trata de novación en su acepción técnico-jurídica (extinción-nacimiento), sino en el más amplio significado de "cambio —objetivo o subjetivo— en la relación obligacional", al tratarse dentro del mismo no solo la novación producto de una delegación, sino también, de modo expreso, la delegación acumulativa.

Debemos atribuir esta impropiedad de conceptos de nuestro legislador, a la misma impropiedad de conceptos de que adolece sobre la materia el Code Napoleón que, como vimos, es fuente inspiradora de nuestra normativa. El empleo ordinario que se hacía —y aún se hace— de la delegación entre personas que son, las unas de las otras, acreedoras y deudoras, hizo que los legisladores confundieran a menudo la delegación con la novación. Es este un error que ni el mismo Pothier pudo evitar (61). La delegación no es novación; es una convención especial, análoga al mandato, que se verifica entre delegante y delegatario para la realización de diversos efectos jurídicos. Este "mandato" tiene por objeto obtener de la persona delegada alguna estipulación. En cuanto a la novación, que bien puede resultar de la delegación, ella no es más que una consecuencia posible, nunca necesaria, de la operación. Ella supone, ante todo, que las partes estén ligadas entre sí por una obligación anterior; luego, que ellas hayan tenido la intención de extinguirla, dejando subsistente, únicamente, la nueva obligación. Alguna de esas

---

(57) BAUDRY LACANTINERIE-BARDE, op. cit., pág. 58, No. 1744; en el mismo sentido, PLANIOL, Marcel, op. cit., pág. 180, No. 554.

(58) BAUDRY LACANTINERIE-BARDE, op. cit., pág. 61, No. 1747.

(59) BAUDRY LACANTINERIE-BARDE, op. cit., pág. 26, No. 1714.

(60) BAUDRY LACANTINERIE-BARDE, op. cit., págs. 71 y 72, No. 1753; en el mismo sentido, PLANIOL, Marcel, op. cit., pág. 180, No. 554.

(61) Este autor define la delegación como "une espéce de novation, par laquelle l'ancien débiteur, pour s'acquitter envers son créancier, lui donne un tierce personne,. . .". POTHIER, "*Obligations*", III, 1791, 2 vol. en 12, édit. Bugnet, reédité par M. Masson, Paris, 1883, No. 600.

Escaeado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

dos condiciones puede faltar: habrá entonces delegación, pero sin novación. De ahí que el legislador italiano del '42, con muy buen criterio, en el artículo 1235 del Código Civil establece:

> "(Novación subjetiva). Cuando un nuevo deudor sustituye al original que resulta liberado, se observan las normas contenidas en el Capítulo VI de este Título".

Es menester aclarar que la novación está tratada por dicho Cuerpo de Leyes en la Sección I, Capítulo IV ("De los modos de extinción de las obligaciones distintos del cumplimiento"), Título I ("De las obligaciones en general"), Libro IV ("De las obligaciones").

Tenemos entonces que en Costa Rica, el Código Civil prevé y regula de modo expreso la expromisión y delegación novativas y la delegación acumulativa. ¿Qué sucede entonces con la llamada expromisión acumulativa?

Nada dice a su respecto el Código Civil francés; sin embargo, Baudry Lacantinerie y Barde comentan: "Si el compromiso del nuevo deudor, en lugar de extinguir la vieja obligación, viene simplemente a reunirse con ella, ese deudor —para emplear la terminología romana— es un 'adpromissor' y no ya un 'expromissor' " (62). Está entonces reconocida, por los clásicos franceses, la existencia de la por nosotros llamada expromisión acumulativa.

Si bien nuestro Código, haciendo eco del francés, guarda sepulcral silencio sobre esta forma de expromisión, es nuestro criterio que a ella puede aplicársele, por analogía —recordemos que la distinción entre expromissio y delegatio es sumamente sutil— el artículo 819 sobre la delegación. Habida cuenta de que la expromisión novativa está contemplada, como bien hemos demostrado líneas atrás, en el inciso 2 del artículo 814 (y por analogía, también en el párrafo segundo del artículo 819), habrá expromisión acumulativa cuando el acreedor no acompañe o siga a la expromisión de descargo total hecho de un modo expreso en provecho del exprometido (artículo 819 párrafo 2).

Es nuestro criterio, que el comentado inciso 2 del artículo 814 cobija también la hipótesis del "accollo", cuando de él se produzca, claro está, la novación de la deuda; la redacción tan general de la norma nos permite cómodamente esta interpretación.

En cuanto al "accollo" (mal llamado) acumulativo, no creemos que pueda usarse el mismo argumento que aplicamos para admitir la expromisión acumulativa: aplicación analógica del párrafo 2 del 819 (recordemos que el "accollo" se produce en la dirección acreedor-tercero, mientras que la expromisión y la delegación, en la dirección deudor-tercero), pero nada impide considerar que éste es perfectamente posible en base al reconocimiento de la autonomía contractual en materia negocial que impera, sin lugar a dudas, a lo largo y a lo ancho de todo nuestro Código Civil.

Como habrán podido notar Uds. nos quedan por fuera de la normativa las verdaderas hipótesis de sucesión a título particular inter vivos en la deuda: delegación, expromisión y "accollo" (este último mal llamado por algunos) sustitutivos, institutos a los que la doctrina clásica francesa llama *"cesion de dette"*.

Nace esta figura con el Código Civil alemán de finales del siglo XIX. La "cessión de dette" libera al primitivo deudor. Este resultado no puede producirse contra la voluntad del acreedor. Sin duda alguna si la cesión le hace perder a este último un deudor, también le hace adquirir otro. Pero es posible que el segundo deudor no le inspire al acreedor tanta confianza como el primero. Es por ello entonces imposible que pueda imponérsele al acreedor un cambio de obligado.

Laurent es de la opinión que este razonamiento nos obliga a considerar la cesión de deudas, jurídica y legalmente imposible: *"Si cede sus créditos, no cede sus deudas", invocando "el principio elemental que el deudor no puede ceder sus obligaciones"* (63). *"El Código no admite que las deudas puedan ser cedidas; el deudor está ligado al acreedor, y no puede desligarse de éste"* (64). Pero para salvaguardar los derechos del acreedor, creemos nosotros que no es necesario, hoy en día, adherirse a la opinión de Laurent.

La sucesión inter vivos a título particular en las deudas representa el punto de llegada de la evolución que se produjo en torno a la noción de obligación heredada de los romanos. Se han necesitado muchos siglos para que esta evolución se complete.

---

(62) Op. cit., pág. 28, No. 1718.

(63) LAURENT, *"Principes du droit civil français"*, Bruxelles, 1898-1903, XXV, No. 211.

(64) LAURENT, op. cit., XXIV, No. 529.

Escaeado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

El Código prusiano de 1794 (Allgemeines Landrecht) contenía algunas disposiciones que, según la forma en que sean interpretadas, podemos afirmar que marcaron la inclinación hacia el triunfo del sistema moderno (arts. 399-412). Pero el Código Civil para el Imperio de Alemania, en su texto definitivo, no fue votado sino en 1896 y es el primero en admitir ex professo la sucesión inter vivos a título particular en las deudas: las consagra en su Libro II, relativo al "Derecho de las obligaciones", Sección V que, bajo la rúbrica "Schuldübernahme", regula la institución (arts. 414-419).

El B.G.B. prevé que la "Schuldübernahme" —con esta expresión el legislador alemán distingue únicamente la asunción sustitutiva— puede realizarse mediante contrato entre quien asume y el acreedor (art. 414; trátase de la expromisión y delegación sustitutivas) o bien mediante contrato entre asuntor y deudor, que el acreedor ratifique expresamente (Art. 415) (65). Está entonces disciplinada expresa y únicamente la asunción sustitutiva; pero obviamente, en base al reconocimiento de la autonomía privada, han sido también admitidas la novación subjetiva pasiva y la asunción acumulativa en todas sus formas.

Podemos observar, ante estas figuras (delegación, expromisión y "accollo" (este último mal llamado sustitutivo) cuál es la noción hoy imperante de obligación: ésta, desde el punto de vista pasivo, no es considerada ya como una unión personal, salvo cuando su ejecución no es susceptible que emane de otra persona distinta que no sea el deudor personal original, en razón de sus aptitudes o cualidades. Pero, fuera de esta hipótesis, la persona del deudor no es en medida alguna elemento de la obligación. La esencia de la obligación, siguiendo las expresiones de Saleilles, está *"en la naturaleza de la prestación a cumplir"*, la manera como ella debe ser y *"el conjunto de actividades"* a la cual ella puede comprometer eso que se ha llamado *"el contenido de la obligación, la 'praestare' de los Romanos"*, y este 'praestare' *puede tener un valor propio, independiente de la persona y circular como tal"* (66). Así, la persona del deudor viene a resultar extraña a la esencia de la obligación; ella no tiene importancia sino únicamente bajo el aspecto de las posibilidades de pago.

Nuestro Código Civil, al igual que el Code Napoleón, tal y como lo hemos venido afirmando, ignora totalmente la sucesión inter vivos a título particular en las deudas, es decir, no contempla expresamente ni la delegación, ni la expromisión, ni el "accollo" (este último mal llamado sustitutivo). Nos preguntamos: ¿es posible, bajo el imperio de nuestro Código Civil, admitir la sucesión inter vivos a título particular en las deudas, tal y como ella está hoy organizada, entre otros, en los Códigos Civiles alemán e italiano? Fundándonos en el principio de la libertad convencional o autonomía privada, ampliamente pregonado y defendido por nuestra codificación, y en la necesidad que imponen los tiempos modernos de una tremenda agilidad en el crédito, sobre todo dentro de las relaciones jurídicas mercantiles, nosotros no solo respondemos que sí es posible, sino que es hoy una necesidad ineludible.

---

(65) Esta especie negocial de asunción sustitutiva tiene, en el sistema alemán, el puesto del "accollo" liberador del derecho italiano, más precisamente del "accollo" sustitutivo. Es hoy opinión dominante en Alemania que el artículo 415 ha acogida la llamada "Verfügungstheorie", que establece que el "accollo" sustitutivo, como contrato entre el que asume y el deudor, es un negocio de disposición ("Verfügungsschäft") del derecho ajeno, por ello ineficaz como todo acto dispositivo del no legitimado, si no hay ratificación del titular, esto es, del acreedor. Resulta entonces mayoritariamente rechazada la llamada "Angebotstheorie", según la cual el "accollo" sustitutivo consistiría en un contrato que se concluye con el acreedor: la declaración de este último (que líneas atrás calificamos como ratificación) sería una aceptación de una oferta hecha por la otra parte del contrato, constituida, según la más antigua formulación de la "angebotstheorie", por quien asume o por el deudor o, como hoy se afirma frecuentemente, sólo por aquel. Se sostiene entonces, según esta otra orientación, que del "accollo" concluido entre la persona que asumirá la obligación y el deudor deriva simplemente la obligación de aquel de liberar a éste mediante sucesión en la deuda y el poder del deudor de hacer la comunicación al acreedor; que la comunicación del "accollo" al acreedor, hecha por el que asume o por el deudor, es una propuesta de contrato; que la declaración del acreedor es una aceptación; y por ello, en definitiva, se degrada al "accollo", como contrato entre el que asume y el deudor, a la categoría de negocio preparatorio de la expromisión.
Distinto es sin duda el esquema legislativo del "accollo" según el artículo 1273 del Código Civil italiano del '42: dicho esquema comprende tanto al "accollo" (mal llamado) liberador (en sus dos formas, novativa y sustitutiva), cuanto al "accollo" (mal llamado) acumulativo; y al menos, según la declarada intención del legislador y la doctrina de ese país, no puede ser reducido a la "Verfügungstheorie", ni mucho menos a la "Angebotstheorie", pues se presenta como una típica aplicación del contrato en favor de un tercero, según unos, o como una estipulación en favor de un tercero, según otros.

(66) *"Essai d'une Théorie générale de l'obligation d'aprés le projet de Code Civil allemand"*, París, 1890, No. 82, pág. 71.

Escaeado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

Podría objetársenos por algunos que no es permitido a las partes crear un derecho nuevo, un derecho que desconozca la noción de obligación que, siguiendo los postulados romanos de la "obligatio", se desprende de nuestro Código Civil. Pero, a nuestros ojos, tal objeción no tendría ninguna trascendencia. La codificación, que es considerada por los seguidores del derecho latino como un beneficio, no está —ni puede estar jamás— destinada a frenar la marcha del progreso jurídico mediante la exclusión de nuevas concepciones que responden fielmente a nuevas y muy sentidas necesidades de la comunidad jurídica, bajo el legueyesco y simple argumento de no estar contempladas expressi verbis por la ley. Tarea del legislador es la de construir principios, no teorías; éstas son obras de los jurisconsultos. El papel de los legisladores es el de consagrar soluciones a los problemas que, en un determinado momento histórico, el hombre, protagonista de la experiencia jurídica, le plantea.

Analicemos, sólo por un momento, las disposiciones de nuestro Código Civil en materia de contratos. Hay algunas de ellas que son de orden público, en el sentido que fueron escritas atendiendo el interés general; no puede entonces descartarse su aplicación. En cuanto a las disposiciones que no revisten ese carácter, ellas son susceptibles de dividirse en dos categorías: unas son simples presunciones legales que admiten prueba en contrario ("praesumptio iuris tantum"); otras, son consecuencias de principios generales que no han sido expresados por el legislador, pero que se suponen existentes. Ahora bien, si es cierto que las partes han entendido concluir una novación conforme a los lineamientos del Código Civil y no se han reservado expresamente los privilegios, prendas o hipotecas, ellas no estarían en grado de probar que su intención fue la de mantener dichas garantías; porque, en ausencia de una reserva expresa, la extinción de los privilegios, prendas o hipotecas es un efecto inevitable de la novación. Pero, si bien las partes, cuando adoptan los principios contenidos en las disposiciones legales, no puede rechazar las consecuencias necesarias, ellas pueden, al menos, en la medida en que no vengan a contrariar normas imperativas, el orden público o las buenas costumbres, adoptar principios diferenes que vengan simplemente a llenar las lagunas legislativas para el caso concreto.

Sin duda nuestro legislador previó que, si se pretende hacer una novación, la deuda primitiva se extingue y, con ella, salvo el caso de expresa reserva, los privilegios, prendas e hipotecas que la garantizan (art. 820). Pero ninguna disposición de nuestro Código Civil prohíbe la sucesión inter vivos a título particular en las deudas; ninguna de ellas implica la imposibilidad de "ceder una deuda" bajo el imperio de nuestra legislación; ni tampoco puede dicha prohibición barruntarse siquiera del entero sistema.

No hay razón entonces, jurídica, que no sea la romántica de mantener incólume, en abierto contraste con la necesidad que impone la sociedad moderna, la noción romana de "obligatio", para prohibir en nuestro país la sustitución en la deuda. Las razones, si es que hubo algunas, que en 1886 imperaron para que el legislador patrio no incluyera expresamente esta figura, no existen ya; por el contrario, hoy se impone su ilimitada aceptación. Un argumento de derecho positivo sustenta nuestra posición: hemos concluido y comprobado líneas atrás que el nombre "novación" que contiene el Capítulo I del Título V, del Libro III de nuestro Código Civil, no fue entendido por el legislador del '86 en su acepción técnico-jurídica (extinción de una obligación e inmediato nacimiento de una nueva en cabeza del tercero) sino en la más amplia (y metajurídica) de "cambio —objetivo o subjetivo— de la relación obligacional". Esto nos permite elencar allí todas y cada una de las formas de sucesión en la deuda.

En conclusión: el carácter estrictamente personal de la obligación en su ámbito pasivo no tiene ya fundamento racional fuera de los casos en que, excepcionalmente, las cualidades y aptitudes del deudor original son la condición misma del cumplimiento y de la posibilidad de ejecución. Terminamos diciendo, con Baudry Lacantinerie y Barde, que *"el silencio de una legislación sobre la sucesión a título particular de las deudas no es suficiente para que esta sea imposible bajo el imperio de dicha legislación"* (67).

---

(67) Op. cit., pág. 94, No. 1766.

Escaeado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOGRAFIA

ANDREOLI, Marcello, *"La delegazione"*, CEDAM, Padova, 1937; ARIAS RAMOS, J., *"Derecho romano"*, II, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1963; BARASSI, Lodovico, *"La teoría generale delle obbligazioni"*, I, Giuffrè Ed., Milano, 1948; BARBERO, Domenico, *"Sistema del derecho privado"*, E.J.E.A., Buenos Aires, 1967; BAUDRY LACANTINERIE, G.-BARDE, L., *"Traité théorique et pratique de droit civil"*, III (des obligations), Librairie de la société du Recueil J.-B. Sirey et du Journal du Palais, Ancienne Maison L. Larose & Forcel, Paris, 1908; BETTI, Emilio, *"Teoría general de las obligaciones"*, II, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1970; BIGIAVI, Walter, *"La delegazione"*, CEDAM, Padova, 1940; CICALA, Raffaele, *"L'adempimento indiretto del debito altrui"*, Jovene, Napoli, 1968; *"Saggi"*, L'arte tipografica, Napoli, 1969; CODACCI-PISANELLI, *"Ampiezza del concetto di novazione"*, Milano, 1950; CUENCA, Humberto, *"Proceso civil romano"*, E.J.E.A., Buenos Aires, 1957; DE RUGGIERO-MAROI-MAIORCA, *"Istituzioni di diritto civile"*, II, Milano, 1961; *DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA*, Real Academia Española, XIX edición, Madrid, 1970; DI SABATO, Franco, *"L'assunzione del concordato fallimentare"*, Jovene, Napoli, 1960; ENNECCERUS, Ludwig-KiPP, Theodor-WOLFF, Martin, *"Derecho de obligaciones"*, II, Ed. Bosch, Barcelona, 1947; FALZEA, Angelo, *"L'offerta reale e la liberazione coattiva del debitore"*, Milano, 1947; LAURENT, *"Principes du droit civil français"*, Bruxelles, 1898-1903; LAZZARA, *"Accollo e liberazione del debitore originario"*, en Rivista Trimiestrale di diritto e procedura civile, 1957; LUZZATO, R., *"Le obbligazioni nel diritto italiano"*, UTET, Torino, 1950; MAJELLO, Ugo, *"L'interesse dello stipulante nel contratto a favore di terzi"*, Jovene, Napoli, 1962; MARTORANA, *"La novazione del diritto civile italiano"*, Palermo, 1924; MESSINEO, Francesco, *"Dottrina generale del contratto"*, Milano, 1948; *"Manual de derecho civil y comercial"*, IV, E.J.E.A., Buenos Aires, 1971; NICOLO, Rosario, *"L'adempimento indiretto dell'obbligo altrui"*, Milano, 1936; PACCHIONI, Giovanni, *"I contratti a favore di terzi"*, CEDAM, Padova, 1933; PETIT, Eugéne, *"Tratado elemental de derecho romano"*, Edinal, México, 1958; PLANIOL, Marcel, *"Traité élémentaire de droit civil"*, II, Librairie Général de Droit & Jurisprudence, Ancienne Librairie Chevalier-Marescq et Cie. et Ancienne Librairie F. Pichon Réunies, Paris, 1917; POTHIER, *"Obligations"*, III, 1791, 2 vol. en 12, édit. Bugnet, réedité par M. Masson, Paris, 1883; QUAGLIARIELLO, Gaetano, *"L'espromissione"*, Jovene, Napoli, 1953; RESCIGNO, Pietro, *"Accollo e contratto a favore di terzi"*, en Banca, Borsa e Titoli di Credito, 1953; *"Delegazione"*, voce, en Enciclopedia del diritto, XI, Giuffrè, Milano, 1962; *"Incapacità naturale e adempimento"*, Jovene, Napoli, 1950; *"L'abuso del diritto"*, en Rivista di Diritto Civile, I, 1965; *"L'accollo ex lege"*, en Banca, Borsa e Titoli di Credito, I, 1954; *"STUDI sull'accollo"*, Giuffrè ed., Milano, 1958; ROTONDI, Mario, *"Istituzioni di diritto privato"*, Milano, 1962; SALEILLES, *"Essai d'une theorie générale de L'obligation d'aprés le projet de Code Civil allemand"*, Paris, 1890; TILOCCA, Ernesto, *"La remissione del debito"*, CEDAM, Padova, 1955; TORRENTE, Andrea, *"Manuale di diritto privato"*, Giuffrè ed., Milano, 1965; TRABUCCHI, Alberto, *"Instituciones de derecho civil"*, II, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1967; VON TUHR, Andreas, *"Partie Générale du Code Fédérale des obligations"*, Lausanne, 1934; *"Tratado de las obligaciones"*, II, Ed. Reus, Madrid, 1934.

****

Escaeado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL
"FERNANDO COTO ALBÁN"

COMENTARIO A LAS "BASES DE TRABAJO PARA REDACTAR EL ARTICULADO DEL PROYECTO DE CODIGO PROCESAL CIVIL COSTARRICENSE" (1)

Dr. Luis G. Herrera C.

1. COMO DEBE REALIZARSE LA REFORMA DEL C.P.C.: Desde hace varios días tenía el deseo de hacer algunos comentarios a las "Bases" elaboradas por el eminente jurista Dr. Niceto Alcalá-Zamora, como parte del plan para hacer un nuevo Código de Procedimientos Civiles. A lo mejor resulta atrevida mi intervención, al tratar de comentar un trabajo de tan prestigioso jurista, pero en tratándose de una reforma tan importante para la vida institucional del país, siento un deber en hacerlo, ya que, la realidad socio-económica que resulta afectada con la futura legislación, sí es conocida en gran parte por mí, a diferencia de dicho jurista, quien ignora todos los factores integrantes de esa realidad. No dudamos en que Alcalá-Zamora ya conoce con mucha profundidad nuestro postrero Código, pero se trata tan solo de la letra muerta dé la ley, estampada u objetivada en el papel. Creo, que la vigencia histórica del Código, debe ser harto conocida por el jurista que pretende elaborar un proyecto de "Código Procesal Civil", lo cual no ocurre en el caso de este jurista. Este ignora la evolución histórica de nuestra jurisprudencia, que aparte de ser una fuente de derecho, se constituye en un termómetro esencial para el control de los defectos y bondades de nuestro viejo Código.

Lo anterior, lo traigo a colación, por cuanto me he opuesto siempre a que un jurista extranjero redacte cuerpos legales de tanta trascendencia, como lo es el Procesal Civil; no así las "Bases", que tan solo constituyen el marco estructural o esqueleto del Código, aunque sabemos el mismo debe estar construido en forma sistemática y con una sobredosis de lógica-jurídica. Son los propios costarricenses, técnicos en el derecho, quienes pueden avocarse a la tarea de determinar si se hace necesario una reforma parcial o total del Código. Me pregunto, para qué se invierten tantos millones de colones becando a nuestros abogados, quienes van a realizar sus estudios a Europa?

Hay que recordar, que el éxito de una nueva legislación no depende la belleza literaria ni la precisión cronométrica de los conceptos utilizados, sino que su eficacia surge de la aceptación que pueda tener en la conciencia popular (Ortega y Gasset). Lógicamente, el sector más familiarizado con la nueva ley, lo integran los abogados y todas aquellas personas en forma directa o indirecta tengan que ver con su estudio o aplicación, quienes

(1) Publicado en la *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, No. 4, 1977, ps. 999 ss. Estas "Bases" fueron objeto de discusión en el Congreso Jurídico celebrado en el mes de octubre en el Colegio de Abogados, en donde se le introdujeron algunas enmiendas.

Escaeado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

deben tener un conocimiento amplio de la misma; conocimiento que se adquiere a través de un período preparatorio en todas las esferas (2). Tampoco debemos olvidar los costos tanto de estudios, preparación, ejecución y aplicación de la nueva ley, y que nuestro país, es un país pobre, en donde existe un orden de prioridades, o por lo menos debería existir.

Me pregunto, si realmente se ha divulgado y examinado con profundidad nuestro C.P.C. y si las personas encargadas del proyecto, han dado participación a nuestros más connotados abogados, no solo procesalistas, sino también conocedores de otras ramas del derecho (3). En la elaboración de un proyecto de tanta importancia, debe lograrse un equilibrio en la participación, de tal forma que no prevalezcan los caprichos personales de un abogado, lo que es usual en nuestro medio, sino que se le dé cabildo abierto a civilistas, penalistas, etc., pues bien sabemos que la autonomía del Derecho Procesal es limitada y éste no puede subsistir sino es con la hermandad de otras ramas del Derecho.

Las anteriores razones, si es que pueden considerarse como tales, obedecen a una inquietud, en virtud de la cual creo que es necesario darle participación a los abogados nacionales, y una vez que estén determinadas las verdaderas necesidades del Código, se proceda a la formación de una comisión, la que deberá redactar el proyecto en un período más o menos largo, sin apuros, pues si nuestro Código ha resistido casi un siglo de vida, perfectamente puede soportar por lo menos cinco o diez años más, sin que se altere nuestro ordenamiento ni las condiciones de nuestra realidad socio-económica. Terminada esta labor, el mismo se sometería a discusión en un Congreso Jurídico, y lo que de aquí resulte, podría someterse a revisión de un brillante jurista, como podría ser del Dr. Niceto Alcalá-Zamora. Pero, el procedimiento utilizado ha sido a la inversa, y es el que siempre han utilizado nuestros países latinoamericanos, despreciando nuestros valores. Concretamente en Costa Rica, ha sido toda una moda, el plagiar legislaciones extranjeras sin tan siquiera adaptarlas a nuestra realidad, así como se han acogido criterios foráneos sobre los nacionales. Esta desadaptación, es propia de los países subdesarrollados, y nadie hace por lograr una independencia y autonomía, por lo menos en este campo.

2. LAS "BASES" ELABORADAS POR EL DR. ALCALA-ZAMORA. No cabe la menor duda que las "Bases" elaboradas por el Dr. Alcalá-Zamora responden a un sincero y concienzudo estudio, aunque si bien, podrían resultar en gran medida ajenas a nuestra realidad, lo que incluso el mismo jurista reconoce, al decir lo siguiente:

> "En cambio, cuando en sus manos se pone la elaboración de una ley, máxime si se trata de una de la complejidad y de la previsiblemente larga vida de un Código (calculable en decenios, y los hay que se acercan al siglo, como precisamente el procesal civil costarricense, y que incluso rebasan la primera centuria y se van aproximando a la segunda, cual acontece con lo más o menos retocados subsisten de la época napoleónica), entonces ese mismo jurista ha de atenerse al medio para el que legisle y pesar y sopesar los factores que hagan viable, o, por el contrario, imposible en él fórmulas experimentadas con éxito en otras latitudes" (3).

El propio jurista reconoce el peligro de ignorar esos factores, pues al ser aplicados *"en ambientes distintos de los originarios y por jueces y abogados con formación diversa de la de sus colegas foráneos, se han producido desviaciones y hasta derogaciones de facto respecto del modelo, del que se apartan así en mayor o menor medida por exigencias de acomodación a la vida nacional"* (4).

No obstante lo dicho, creo que la elaboración de las "Bases" de un Código no afecta en forma

---

(2) No podemos dejar de olvidar la experiencia reciente: la vigencia del nuevo C.P.P., la que sin duda alguna se realizó sin esa previa preparación, por lo que ya, muchos abogados formados bajo la vigencia del C.P.P. de 1910, pretenden introducir una serie de institutos totalmente incompatibles con el nuevo sistema. Esta falta de conocimiento y de comprensión hacia la nueva legislación, que es buena, culminó con la reforma al artículo 5, en virtud de la cual se le eliminó el ejercicio exclusivo de la acción penal (pública) al Ministerio Público; reforma que fue realizada en forma inmoral, pues se introdujo en el art. 31 de la Ley No. 6122 de 19 de noviembre de 1977, de naturaleza y fines diversos.

(3) ALCALA-ZAMORA, ob. cit. p. 1003.

(4) Ibídem.

Escaeado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

acentuada a la realidad, ni se desvía de ella, por cuanto las mismas constituyen tan solo prescripciones teóricas de carácter general y esquemático. Donde sí debe eliminarse la participación foránea es ya propiamente en el proceso de redacción del cuerpo legal, pues es ahí donde se debe exigir el conocimiento certero de todos esos "factores" sociales, políticos, económicos, religiosos y jurisprudenciales. Este conocimiento de nuestra "realidad nacional" tiene que ir unido a una buena técnica legislativa, la que desgraciadamente siempre ha fallado en Costa Rica, en donde prevalecen las razones politiqueras y personalistas. El personalismo es un factor esencial de nuestra sociedad, el que se manifiesta no solo en la política, sino en las diversas manifestaciones del hombre en sociedad: todos queremos ser líderes y presidentes, y todos queremos que las cosas lleven nuestro sello personal, aunque sea profundamente deficiente.

Esa falta de técnica legislativa se manifiesta más que nada en la ausencia de sistematización con otras leyes conexas o afines. Hay que recordar que para reformar un Código en su totalidad, también deben revisarse otras leyes que resultan "afectadas", bien porque la nueva ley requiere de una vigente para su completa eficacia o bien por otras leyes pueden depender de la nueva. En consecuencia también es necesario revisar la Ley Orgánica del Poder Judicial, la que está totalmente desactualizada, así como los demás cuerpos legales que contienen normas procesales, como por ejemplo el Código Civil, en que las disposiciones reguladoras de la prueba, en su mayoría son procesales (arts. 719, 720, 724, 727, 731, etc.). Igualmente debe revisarse el Código de Familia (arts. 48 inc. 7, 57, 78, 98, etc.), el Código Penal (art. 83 párrafo 2 —cuestiones prejudiciales—, 109); el C.P.P. (ver arts. 528 y 534 entre otros); la Ley No. 5711 de 1975 (arts. 38, 39 y 70); el Código de Trabajo (art. 445), etc. Para lograr la "unidad normativa" de que nos habla Alcalá-Zamora, no solamente debemos preocuparnos del Código Procesal Civil, sino de toda la legislación, pues es la única forma de poder legislar con orden y coherencia, para poder hablar y afirmar que tenemos un ordenamiento jurídico.

De todo lo dicho, se desprende que no es necesario un análisis detallado de las "Bases" del Dr. Alcalá-Zamora, aunque lo haré en forma general para exponer mis opiniones con respecto a ciertas instituciones que posiblemente van a formar parte de nuestro próximo Código, además de que posiblemente estas "Bases" sean las únicas que formen parte del plan de los reformadores.

3. DENOMINACION, EXTENSION Y ESTRUCTURA DEL CODIGO: Comparto el criterio de Alcalá-Zamora en que se denomine *"Código Procesal Civil"*, toda vez que esta última es más amplia, pues no solamente comprende los conceptos de "proceso", "juicio" y "procedimiento", sino cualquier acto de naturaleza procesal, sea de todos aquellos que caen en el ámbito de estudio del Derecho Procesal Civil. De todas formas considero innecesaria una discusión en torno a este problema, por cuanto no va a plantear crisis alguna en su aplicación, pues más que todo interesa su efectividad y asimilación, antes que un tecnicismo científico exageradamente mesurado, que a la postre sería solamente comprensible por una minoría (5).

Igualmente no debemos ser tan rigurosos en fijar la extensión del articulado, por cuanto el mismo resulta de las necesidades de cada legislación. Estamos de acuerdo también en que hay que evitar un casuismo exagerado y dotar a nuestra legislación de instituciones flexibles que resuelvan dentro de la totalidad del Código o en unión con otras, todas las situaciones que se le presenten (6).

Propiamente en cuanto a la estructura, el Dr. Niceto Alcalá-Zamora sugiere que nuestro Código se componga de tres libros y un apéndice (7). Tampoco se debe entrar en una discusión profunda sobre este punto, ya que esa materia que llama "seudo-procesal", bien puede ir en un apéndice, en un cuarto libro, o en un título especial.

Compartimos el criterio del jurista en el sentido de que nuestro Código utiliza una terminología anticuada e incorrecta, como por ejemplo "acción" en vez de "pretensión" (art. 5); falta de jurisdicción como sinónimo de falta de competencia (art. 215 inc. 1) o plazo en lugar de término, etc. Sin duda, debemos actualizar nuestra termino-

---

(5) En España se le llama "Ley de Enjuiciamiento Civil", en Portugal y Brasil "Código de Processo Civil", en México y Perú "Código de Procedimientos Civiles"; Venezuela "Código de Procedimiento Civil", etc.

(6) El C.P.C. mexicano cuenta con 956 arts., un título especial de 47 arts. y 16 arts. transitorios; el C.P.C. portugués consta de 1528 arts. en numeración corrida; el C.P.C. del Perú, 1348 arts., L. Enj. C. española 2182 arts., etc.

(7) Ob. cit. ps. 1012-1013.

Escaeado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

logía, pero sin introducir términos incomprensibles y oscuros. Se requiere la asesoría de técnicos del idioma español.

4. **REFORMAS BASICAS:** Alcalá-Zamora incluye en sus "Bases" una serie de reformas básicas, las cuales compartimos casi en su totalidad, y que en seguida iremos comentando.

a. **ORALIDAD:** No estoy de acuerdo con introducir la oralidad en el proceso civil, toda vez que el objeto procesal no lo requiere. Creemos que la misma se justifica en el proceso penal, en donde es indispensable que los jueces en forma directa perciban la prueba testimonial (inmediación), tanto del imputado como de los testigos. Se trata de resolver problemas y situaciones humanas, en donde está de por medio la libertad, y no hacerlo a través del papel como sucedía con el viejo Código de Proc. Penales de 1910 (hoy derogado). Pensamos que lo más factible sería establecer la oralidad, en forma optativa, o bien únicamente para los juicios donde se ventilan cuestiones de familia: divorcios, investigación de paternidad, etc. La ventaja sería que ya contamos con una experiencia, cual es la oralidad en el proceso penal, la que sin duda alguna constituye un avance en nuestra legislación.

b. **PRINCIPIOS LIBERALES:** Todos los principios "liberales" que enumera Alcalá-Zamora, resultan de extraordinaria importancia para la vida de una legislación procesal avanzada, permitiendo que la misma perdure por muchas décadas. Muchos de ellos existen ya en nuestro vigente C.P.C. aunque tratado muy levemente, casi imperceptibles. Creo que entre los de mayor importancia están la independencia y la inamovilidad de los jueces. En nuestra legislación únicamente se ha incorporado el primero (art. 2 L.O.P.J.), no así el segundo. Sabemos que en nuestro país se han politizado todas las instituciones y estructuras, lo que hace que la posición de un juez no sea muy segura por cuestiones ideológicas, por lo que se hace necesario incorporar este principio en nuestra ley, e incluso elevarlo a rango constitucional.

También es necesario regular con mayor precisión el principio de contradicción e incluir el de la instrucción, con el fin de ponerle *"freno a los extravíos de las partes y como complemento de su deficiente actividad"* (Alcalá-Zamora).

La concentración, habría que incluirla en forma metódica para evitar no solo la "hipertrofia", sino la duración excesiva de los juicios, que a veces tardan hasta cinco años y más. Observamos que un proceso civil en muchos casos tarda dos o tres años en primera instancia, uno o dos en segunda instancia y el mismo tiempo en casación, violándose en forma permanente la garantía contenida en el art. 41 de nuestra Constitución Política, que exige para los ciudadanos *"justicia pronta, cumplida y sin denegación y en estricta conformidad con las leyes"*.

Otros principios fundamentales son la "sana crítica" en la apreciación de alguna prueba, fundamentalmente la testimonial, la inmediatividad, la escritura para fijar "el tema litigioso" o establecer la relación jurídico-procesal, la oralidad que ya comentamos, la publicidad, con las excepciones de rigor, cuando por motivos de moralidad o interés público así lo exijan; la libertad formal condicionada, para excluir los formalismos innecesarios de nuestro actual Código, la fundamentación, la moralidad e impugnabilidad motivada. La fundamentación y la impugnabilidad son de urgente incorporación a nuestra legislación procesal civil, pues es la única forma de poder combatir a los abogados inescrupulosos y a los "tinterillos" que abundan en nuestro medio, quienes no ven más posibilidades de defensa que atrasar los procedimientos. El C.P.P. ha incluido ambos principios y la experiencia demuestra que el resultado ha sido fecundo, porque ha obligado a los abogados a asumir una nueva actitud y a actuar con mayor profesionalismo.

c. **"CONCILIACION PREPROCESAL":** Así la llama el jurista en sus "Bases", posiblemente por estar colocada antes del juicio propiamente dicho, o sea, antes de que se constituya la verdadera relación jurídico-procesal. No estoy de acuerdo con este instituto, ya que en nuestro país no tenemos vocación de arreglar en forma extrajudicial los litigios. La mentalidad del costarricense es profundamente legalista, aunque falseada en la mayoría de las veces, y casi por instinto le gusta "litigar", tratando de evitar al máximo las posibilidades de arreglo. De establecerse este trámite procesal, ocurriría lo mismo que en España, en que se ha convertido en "una etapa de tránsito impuesta por el legislador antes de iniciarse el juicio en sentido estricto, bastando promover durante ella cuestión de competencia o recusación o que no comparezca cualquiera de las partes, para que se dé por intentada

Escaeado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA II CIRCUITO JUDICIAL SAN JOSE DIRECCION EJECUTIVA

sin efecto, aunque en el último caso se impongan las costas al que sin justa causa no concurriese al acto" (8).

d. **INCIDENTES:** Compartimos nuevamente el criterio del jurista, de que los incidentes constituyen una "auténtica plaga", con los cuales los abogados inescrupulosos están constantemente paralizando los procedimientos, sin que se puedan imponer sanciones a quienes los promueven sin fundamento alguno. Hay que introducir una institución semejante al "despacho saneador" (Códigos de Portugal y Brasil) o bien una audiencia previa (Austria y el Vaticano) o una "comparecencia previa" que es el trámite que se propone en la "Actualización de la Ley de Enjuiciamiento Civil" española, en la cual se ventilarían todos los problemas relacionados con la validez del proceso, excepciones, etc. Lógicamente la audiencia que se incorporaría a nuestra legislación, debería acomodarse a la idiosincrasia del costarricense y a nuestro ordenamiento jurídico, de tal forma que salga una institución autóctona. Con este trámite se lograría darle mayor celeridad al proceso, eliminándose en lo posible las excepciones dilatorias. En relación con este punto, veamos qué nos dicen los procesalistas españoles en la "Exposición General de Motivos":

> "Es el caso de la eliminación en la Ley del sistema de excepciones dilatorias, en el tipo actual de juicio que las admite como tales DILATORIAS que, haciendo honor a su denominación, actúan como factores de retardo en la administración de la justicia civil, y que en aquellos otros donde se proponen juntamente con las cuestiones de fondo, pueden conducir al lamentable resultado de que, tras el agotamiento de las instancias y, en bastantes casos, de un recurso de tipo casacional, la última palabra de los órganos jurisdiccionales sea la que establezca que el obstáculo procesal actúa como impeditivo de la entrada en el examen y decisión de las cuestiones de fondo, habiendo hecho inútil todo el tiempo empleado en la sustanciación del juicio y malversadas las cantidades que se emplean con la esperanza de obtener un pronunciamiento inmediato de justicia y no un "non liquet" que aplaza "sine die" esa aspiración" (9).

La otra solución sería mantener la vieja institución de los incidentes, pero reduciendo las posibilidades de ejercicio e imponiendo sanciones a quienes utilizan este medio en forma manifiestamente exagerado, con el objetivo de paralizar los procedimientos.

e. **APELACION E INCONSTITUCIONALIDAD:** También estamos de acuerdo en que hay que regular en forma más científica la apelación, introduciendo como principios básicos la fundamentación y la motivación, tal y como lo regula el C.P.P. en las Reglas Generales, y a la vez, el principio de la especificidad, sea, la apelación únicamente en los casos expresamente señalados.

En relación con el traslado del recurso de inconstitucionalidad que actualmente está incorporado en el C.P.C. en los artículos 962 a 969, creemos que la medida sería de gran beneficio, ya que este recurso constituye una parte del Derecho Constitucional y en consecuencia debe estar legislado, o bien en la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, por ser la más afín, o bien en una ley independiente.

f. **PROCEDIMIENTOS ESPECIALES:** Nuestro Código ha exagerado en este orden. Encontramos por ejemplo la anticuada y poco útil acción de jactancia (art. 3); "Juicio de menor cuantía" (arts. 351 a 382); juicio ejecutivo (arts. 425 a 479); "Juicio ejecutivo hipotecario" (arts. 480 a 491); "Sucesiones" (arts. 504 a 562); "Concurso de Acreedores" (arts. 563 a 647); "Interdictos" (arts. 652 a 687); "Desahucio" (688 a 701); "Jurisdicción voluntaria" (702 a 710); "Oposiciones al Matrimonio" (711 a 720); "Depósito de Personas" (721 a 748); "tutela" (749 a 773); Curatela (774 a 780); "Enajenación de Bienes de Menores. . ." (781 a 796); "Deslinde y amojonamiento" (797 a 806); "Consignación" (807 a 820); Ausencia (821 a 835); "Apertura y protocolización de testamentos" (arts. 836 a 843). También cabe agregar los artículos 946 a 961 sobre el "recurso de queja y correcciones disciplinarias", 962 a 969 sobre el "Recurso de inconstitucionalidad"; 970 a 974 sobre el "Recurso para agotar la vía administrativa" y 975 a 980 sobre la "Responsabilidad Civil".

---

(8) ALCALA-ZAMORA, ob. cit., p. 1029. El C.P.C. portugués tiene incluido este trámite (art. 509 inc. 1) el que se produce dentro de la audiencia previa (despacho saneador), que tiene por objeto la terminación del conflicto por medio de un arreglo, debiendo en todo caso el juez hacer lo posible para que puedan conciliarse. El C.P.C. brasileño, también ha incorporado este trámite en los arts. 278 inc. 1 y 447 a 449.

(9) PROFESORES DE DERECHO PROCESAL, "*Corrección y Actualización de la Ley de Enjuiciamiento Civil*", t. II, Madrid, 1972, p. 25.

Escaeado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

Con la enumeración anterior, que ocupan la mayor parte del articulado del Código, nos damos cuenta que los procedimientos especiales constituyen una plaga, sumando en total veintiuno, muchos de ellos incompatibles con el derecho procesal civil, como son el caso de la disciplina, el recurso de inconstitucionalidad, la venta de bienes de menores que podría pasar a manos del Patronato Nacional de la Infancia, etc. Creemos que necesariamente deben reducirse estos procedimientos, dejando al juez con bastante libertad para la creación de procedimientos, partiendo de unas normas generales aplicables a todos ellos. Claro está, algunos procedimientos de los citados deben conservarse, por su innegable importancia: incidentes, con las advertencias antes dichas, ejecutivo común, interdictos, desahucio, arbitraje, ejecución concursaria (concurso y quiebra) (10); jurisdicción voluntaria. En la regulación de cada uno de éstos se debe evitar el casuismo, dictando normas generales.

g. ESTRUCTURA DEL C.P.C. o "BASES" PROPIAMENTE: En términos generales me he referido a los principales elementos o innovaciones que se pretenden incluir en el C.P.C., según las "Bases" del Dr. Alcalá-Zamora. Compartimos en principio el orden dado por el jurista, por cuanto no cabe duda obedece a un criterio lógico-jurídico con profundo arraigo en la moderna doctrina. No obstante, se hace necesario hacer algunos cambios. Por ejemplo sustituir Ministerio Público por la "Procuraduría General de la República" para que haya uniformidad en nuestra legislación o bien eliminar su regulación, la que podría continuar en la respectiva ley especial (11). Igualmente, siguiendo el criterio del Dr. Olman Arguedas quien presentó la mayoría de las ponencias en el referido Congreso, consideramos necesario eliminar el término "señalamiento" y sustituir revocatoria en vez de "reposición"; esto último, por cuanto ambos son equivalentes en la doctrina, y entonces debemos conservar en lo posible la terminología utilizada por nuestro Código.

Se observa también que el distinguido jurista introduce el "juicio monitorio", que es aquel que tiene por finalidad *"la obtención de un título ejecutivo propiamente dicho, con mayor celeridad de la que puede conseguir en el proceso ordinario, y por ello precisamente un juicio declarativo o de conocimiento"* (12). Este proceso constituye una novedad en nuestro ordenamiento, aunque sabemos que existen grandes discrepancias doctrinarias en torno a su naturaleza, a tal punto que en Austria se le incluye dentro de la jurisdicción voluntaria, mientras que la mayoría de los alemanes le asignan un carácter ejecutivo y los italianos, la de un proceso declarativo o de conocimiento. Creo al igual que Carnelutti, que se trata de un proceso de naturaleza intermedia entre el proceso de cognición y la ejecución forzada. No podríamos anticipar augurios a este nuevo proceso, pero sin duda alguna vendría a solucionar muchos problemas, especialmente, que se convertiría casi en un sustituto del juicio ordinario, ya que en muchos casos éste se realiza con la finalidad de obtener una declaración judicial sobre la ejecutividad de un título.

Quiero repetir nuevamente, ya para concluir, que no pretendo contradecir a tan prestigioso jurista, ni olvidar el trabajo de las personas que en una u otra forma han elaborado el plan. Mi deseo es hacer un aporte humilde con las distancias de rigor. Quiero sinceramente que el futuro Código sea el producto de la meditación y de la reflexión serena, no solamente de las instituciones jurídicas propiamente dichas, en el nivel teórico, sino también de nuestra realidad, integrada por todos esos factores que le dan vida y se convierten en los moldeadores y benefactores de la ley, para que en esa forma, ésta sea altamente eficaz, pudiendo sobrevivir a los embates del tiempo.

Hago un llamado a todos los colegas y personas relacionadas con la aplicación de las leyes procesales, para que se pronuncien sobre las "Bases" del Dr. Alcalá-Zamora. Se hace necesario una participación conjunta y no elitista, porque es la única

---

(10) En relación con la quiebra habría que estudiar si es necesario trasladar todas las normas procesales del Código de Comercio al Procesal Civil, o se deja tal y como está regulado en la actualidad.

(11) En el Congreso Jurídico celebrado en el Colegio de Abogados en 1977, se aprobó esta enmienda.

(12) GOMEZ ORBANEJA y VICENTE HERCE QUEMADA, "*Derecho Procesal Civil*", Artes Gráficas, Madrid, 1975, t. II, p. 49.

Escaeado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

forma de poder garantizar la coherencia de la ley mediante un mayor equilibrio de intereses, propio de un sistema democrático.

Al Dr. Alcalá-Zamora, quiero en forma personal dàrle mi agradecimiento por la sinceridad de sus palabras y el deseo manifiesto de ayudar a los costarricenses en la obtención de una mejor legislación procesal civil. Que no interprete mis palabras como un desprecio a su labor, por cuanto sabemos es el producto de sus profundos conocimientos del Derecho, sino más bien como una postura sencilla pero firme, de quien tiene la convicción de que podemos salir del subdesarrollo adoptando posiciones nacionalistas y no de pasiones oscuras, como única salida hacia la independencia en todos los aspectos de nuestra sociedad. Sin duda alguna la experiencia española será tomada en cuenta, especialmente por quien vivió al lado del pueblo español por casi dos años, recordando las enseñanzas de mi gran amigo y maestro, el Dr. Priero Castro. Igualmente serán tomadas en cuenta las experiencias de otros países, a través de quienes han podido compartir las mismas. Creo que el Derecho debe ser flexible y debe adoptar las enseñanzas y experiencias de todas las latitudes, porque en definitiva quien resulta único beneficiario, es el hombre y la sociedad.

**********.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL
"FERNANDO COTO ALBÁN"

ESTADO Y EVOLUCION DE LA JURISDICCION AGRARIA EN AMERICA LATINA

(Desarrollo conceptual y perspectivas histórico-jurídicas)*

Lic. Ricardo Zeledón.
Prof. de Derecho Agrario de la
Universidad de Costa Rica.

S U M A R I O

1. Premisa: delimitación del objeto de estudio. 36

2. Las vicisitudes del naciente Derecho procesal agrario. La existencia de órganos agrarios en Europa Occidental. 36

3. La publicización de la agricultura y con ella del Derecho agrario y el proceso. 38

4. Perfiles para una tesis latinoamericana de la jurisdicción agraria. 40

5. (sigue) a) La primera etapa: 1) México, 2) Chile, 3) Ecuador, 4) Los casos límite. 41

6. (sigue) b) La segunda etapa: 1) Perú, 2) Venezuela, 3) Costa Rica, 4) Panamá. 43

7. Desarrollo conceptual de la jurisdicción agraria en América Latina. 46

8. A manera de conclusión: perspectivas histórico-jurídicas. 48

(*) El presente artículo corresponde a la ponencia presentada por el autor en el "Incontro preparatorio delle III giornate italo-latinoamericane di Diritto comparato", en la comisión de Derecho agrario, celebrado en Camerino (Italia) del 27 de febrero al 1 de marzo de 1978, patrocinadas por la "Scuola di perfezionamento in Diritto Civile" de esa ciudad y la "Associazione di studi sociali latinoamericani", que es el ensayo que aparecerá publicado en la Revista "Desarrollo rural en las Américas" del Instituto Interamericano de Ciencias Agrícolas con algunas modificaciones.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

1. Desde los albores del Siglo, paralelo a las primeras manifestaciones de reforma agraria, América Latina ha conocido una serie de intentos para establecer tribunales agrarios. Se ha forjado la idea de que debe ser en una sede especializada donde se deban discutir todos los conflictos que tengan por causa relaciones jurídicas agrarias. La idea no se perfiló en un principio en forma clara. No existía definición sobre la naturaleza de los órganos que se iban a crear (si administrativos, mixtos, o jurisdiccionales); no estaba claro tampoco la magnitud de la competencia a conceder (reducida a los procesos expropiatorios, sobre la normativa de la ley de reforma agraria, o de todo lo referente al contenido del Derecho Agrario); menos claro aún estaba el procedimiento a adoptar y sus principios procesales.

Hoy, a más de medio siglo del primer intento, el panorama ha cambiado notablemente. La reforma agraria a medida que se ha ido perfilando y difundiendo, ha puesto en evidencia la urgente necesidad de crear órganos especializados, a través de los cuales se resuelvan todos los asuntos regulados por el Derecho Agrario. Ha sido grande la cantidad de medidas políticas tomadas que se toparon con una muralla institucional —inspirada en principios jurídico-políticos diferentes— que frustró los efectos buscados por las leyes reformadoras. En la década de los 60 —nos dice el Director General del Instituto Interamericano de Ciencias Agrícolas— la reforma agraria se encontró *"dentro del contexto de un ordenamiento jurídico rígido, procesalmente complicado, generoso en la concepción de términos y de plazos, y avaro en la demostración de resultados eficaces"* (1).

Poco a poco va cobrando validez un movimiento que se va a conocer con el nombre-símbolo de jurisdicción agraria. Es —además de un sistema por el cual se crean órganos agrarios, se les concede competencia, se instaura un procedimiento especial y se marcan los principios procesales que lo inspiran— un medio de llevar justicia al campo a través de la mesurada protección de los sujetos procesales más débiles: los campesinos, protegiendo sus intereses porque el titular del órgano se encuentra imbuido en una inspiración diversa, que le permite resolver en forma ecua, es decir, sus fallos deberán tomar en consideración una realidad palpitante, y un proceso social y de proyección en que se siente que es *"un elemento de transformación de un orden que pretendemos superar"* (2).

El presente ensayo tiende brevemente a:

1) Reportar la existencia de una nueva clasificación jurídica: el Derecho Procesal Agrario;
2) Reconocer la publicización de la agricultura latinoamericana —y con ello del Derecho Agrario y su proceso, que juegan un papel importantísimo en la perfilación de la jurisdicción agraria; y
3) Exaltando la importancia capital de la normativa procesal agraria dictada en algunos países de América Latina, ubicar su desarrollo conceptual y enunciar sus perspectivas histórico-jurídicas.

2. En el campo científico han sido muchas las adversidades para reconocer la existencia y autonomía del Derecho Procesal Agrario. El primero en oponerse a una clasificación en este sentido fue **Piero Calamandrei**, que asistiendo al **Primo Congresso Nazionale di Diritto Agrario**, verificado en Florencia en 1935, se manifestó en contra de la instauración de un proceso especial —distinto al ordinario— por el cual se conocieran de los asuntos referentes a la agricultura.

Comenzó diciendo el célebre profesor italiano: *"dado que el proceso sigue al Derecho como la sombra sigue al cuerpo y, no obstante su autonomía científica cada vez más afirmada en estos últimos decenios, el derecho procesal, como instrumento práctico del derecho sustancial, se conforma y se plasma necesariamente sobre las exigencias de éste, es lícito al procesalista, que asistiendo al presente Congreso puede darse cuenta del camino cumplido en Italia hacia el estudio sistemático del Derecho Agrario como disciplina autónoma, preguntarse si a este siempre más neto diferenciarse del derecho sustancial de la agricultura, no deba corresponder, un análogo movimiento de diferenciación en el campo del proceso: si no se pueda hablar, esto es, al margen y apéndice del estudio del Derecho Agrario sustancial, privado*

---

(1) ARAUJO, J.E., *Una nueva concepción de la empresa agraria en América Latina* (Discurso pronunciado en la IV reunión interamericana de ejecutivos de la Reforma agraria, Panamá, Mayo de 1972) publicado en la obra *Una opción humanista en el desarrollo rural de América* (Lehmann, San José, 1974) ps. 203-12, 206.

(2) CASTAÑEDA LA FONTAINE, C., *Memorias del Presidente del Tribunal Agrario (Año Judicial 1973-75)* (Corte Suprema de Justicia, Lima, 1975) p. 15.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

y público, de un derecho procesal de la agricultura, *como otras veces se ha hablado del derecho procesal* del comercio, *o se habla hoy del derecho procesal* del trabajo" (3). La pregunta formulada tenía su respuesta. La solución no era la de crear una jurisdicción especial, sino imprimir en el proceso ordinario una serie de modificaciones que hicieran un proceso menos lento, más adecuado a las necesidades de la agricultura (4); en el centro de la discusión no estaba solo crear tribunales agrarios —que parecía idea inoportuna a Calamandrei— sino *"el problema general de la reforma del proceso civil ordinario debe ser considerada como problema que interesa en forma esencial a la economía agraria"* (5) sobre la cual cae, más que en otros aspectos de la economía italiana, los anacronismos del proceso de la época. En principio parece que la tesis de fondo era la de evitar que el Derecho Agrario —naciente, vigoroso— asumiera un procedimiento del cual le costaría luego liberarse y que —con vista al nuevo código procesal a dictarse— fuere un atraso en vez de un adelanto (6).

La tesis de Calamandrei más que una alta dosis científica tenía todo un justificado asidero político: juristas como él intentaban hacer realidad el ideal chiovendiano de la oralidad. En las discusiones que se realizaban para la implantación del nuevo código procesal civil, en un ambiente político difícil y adverso —con el fascismo en el poder los juristas que tenían esa tarea quisieron centrar toda la discusión en una sola ley, sin atomizarse en diversos proyectos porque se corría el riesgo de perder la tesis. Juristas del régimen como Carrara lo sencundaron en su posición (7) y otros que no lo eran también lo hicieron (8).

Hubo también algunas objeciones. El autor mexicano Héctor Fix Zamudio sostuvo, tiempo después, que Calamandrei en *"su exquisita sensibilidad de jurista percibía que el sistema autoritario que padecía su Patria en esa época, era poco propicio para el establecimiento de disposiciones instrumentales agrarias inspiradas en postulados de justicia social, y por eso es que se refugió en el proceso civil"* (9). En igual sentido se pronunciaría luego el alumno dilecto: Mauro Cappelletti, quien sostuvo que el maestro al ver hoy la frustración de hacer realidad el ideal chiovendiano de la oralidad, y con él el de la inmediatez, la concentración, la simplicidad y racionalidad de las formas, de un proceso capaz de satisfacer las exigencias de la agricultura en el plano de la tutela jurisdiccional, sería el primero en reconocer la necesidad de un proceso que cumpla con las específicas exigencias que él mismo indicaba (10).

Comienza en esta forma a desarrollarse los estudios científicos del Derecho Procesal Agrario en Italia (11).

La elaboración científica en el plano europeo occidental cobrará pronto actualidad porque en casi todos los países existen órganos encargados de

---

(3) CALAMANDREI, P., *Diritto agrario e processo civile*, en *Atti del primo congresso nazionale di Diritto agrario* (Tip. Ed. Mariano Ricci, Firenze, 1935) ps. 353-69, luego en *Studi sul processo civile* (Cedam, Padova, 1939) IV, ps. 15-32, y ahora en *Opere Giuridiche* (al cuidado de Mauro Cappelletti) (Morano, Napoli, 1965) I, ps. 279-94, 279.

(4) CALAMANDREI, P., *Ibid.*, p. 289.

(5) CALAMANDREI, P., *Ibid.*, ps. 293-94.

(6) Al respecto sostenía CALAMANDREI que "se é vero, in generale, che le leggi seguono, non precorrono, i tempi, e che, specialmente nei regimi parlamentari, il diritto si limita quasi sempre a prendere atto di una realtà economica già natura, questo fenomeno di ritardo si verifica in due momenti, e quasi si potrebbe dire al quadrato, nelle leggi processuali" *Ibid.*, p. 281.

(7) En este sentido decía: "come regola valgono per i rapporti dell'agricoltura gli stessi istituti processuali ordinari", en CARRARA, G., *Corso di Diritto agrario* (Studium, 2 Ed., Roma, 1938) I, ps. 32-33.

(8) En este sentido se pronunciaría años más tarde NICETO ALCALA ZAMORA Y CASTILLO que secundando la tesis de CALAMANDREI sostuvo: "El procedimiento sobre los litigios agrarios no creemos (. . .) que requiera una judicatura especial, distinta de la civil", en *Delimitación del proceso agrario: litigio, jurisdicción, procedimiento*, publicado en *Atti della Seconda Assemblea del Istituto di Diritto agrario internazionale e comparato* (Giuffrè, Milano, 1964) I, ps. 431-64, 458.

(9) FIX ZAMUDIO, H., *Lineamientos fundamentales del proceso agrario mexicano*, publicado en *Atti della Seconda Assemblea del I.D.A.I.C., Ibid.*, I, ps. 369-429, 380.

(10) Cfr., en este sentido, el interesantísimo artículo CAPPELLETTI, M., *Il problema processuale del diritto agrario alla luce delle tendenze pianificatrici delle costituzione moderne*, en *Atti della Seconda Assemblea del I.D.A.I.C., Ibid.*, II, ps. 475-514, 497-98.

(11) No obstante que con anterioridad a la segunda asamblea del I.D.A.I.C. aparecen en diversas revistas artículos sobre el tema, nunca se concretó doctrinariamente ningún intento que valga la pena mencionar. La primera obra monográfica difundida es: ANSELMI BLAAS, V., *Il processo agrario* (Giuffrè, Milano, 1973) que no se limita al estudio del ordenamiento jurídico italiano sino que comenta las experiencias de Francia, Alemania, Inglaterra, al lado de la italiana, y a partir de ahí se comienza a difundir la discusión sobre el argumento en las revistas agrarias y procesales del país.
En Francia no existe un estudio sistemático del tema, se encuentran solamente referencias en las obras que hacen alución a los contratos agrarios (en especial al arrendamiento de esta naturaleza), como por ejemplo en POIREL, R., *Baux Ruraux* (Dalloz, Paris, 1971). En España en igual forma existe poquísimo interés por el tema, no

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

resolver controversias de Derecho Agrario. En Alemania Federal el juez agrario no existe, pero encontramos el Landwirschaftsgerichte que es un órgano administrativo facultado para conocer de las controversias relacionadas con los arrendamientos agrarios y forestales, así como del régimen de transmisión hereditaria. En Austria no obstante el magnífico procedimiento civil que tienen (oral, rápido, concentrado, de carácter público) carece de sede agraria. Bélgica conoce en sede civil. Dinamarca tiene la Commision des petits explotaiones y la Commision d'Etat pour la legislation fonciére, sin tribunales agrarios, que se justifica porque el 95 por ciento de los agricultores son propietarios. En Escocia existen los Land Courts de carácter cuasi jurisdiccional que resuelven conforme a principios de justicia natural. En España con carácter regional existen los tribunales de aguas, los jurados de las comunidades de labradores, tribunales para la redención de foros de Galicia, Asturias y León, los jurados mixtos de trabajo rural y de la producción e industrias agrícolas, y las comisiones locales que son competentes para conocer de las concentraciones parcelarias. En Finlandia hay jueces competentes para conocer de materia de expropiación con base en la ley de reforma agraria que fue promulgada para dar tierras a todos aquellos ciudadanos que perdieron sus terrenos por el Tratado de Versalles, por haber pasado a manos de la Unión Soviética. En Francia existen los Tribunax paritaries de baux ruraux que forman parte de la Juridiction d'exception. En Holanda las controversias agrarias provienen de la ley de arrendamientos rústicos, que confiere competencia a los Pachtckamers, pero tienen carácter administrativo. En Inglaterra la solución de controversias es de competencia de árbitros y órganos judiciales especializados, los órganos son los Agricultural Lands Tribunals, que resuelven conforme al principio del Derecho natural. Irlanda posee tribunales agrarios creados desde 1881 cuya competencia consiste en la adquisición forzosa de terrenos y su posterior distribución entre los campesinos, fijando precio y forma de pago, se llama Land Commision, integrado por un Judicial commisioner y cuatro commisioner laicos, que tienen por superior a la Supreme Court cuando medien motivos de Derecho. Italia tiene dentro de los tribunales civiles las Sezioni Specializzate agrarie que conocen de los contratos agrarios y están integrados por jueces, juristas y laicos. Luxemburgo no tiene juez agrario, conocen los tribunales ordinarios. Noruega tiene un 92 por ciento de agricultores propietarios, y ha creado las Land Committerns con carácter técnico asistencial, dependiente del Agricultural Country Society. En Portugal los problemas provenientes de los arrendamientos de fundos rústicos son conocidos por una comisión arbitral integrada por un Juez de distrito (presidente), un representante del Ministerio de Agricultura y de las organizaciones agrícolas, cuyas resoluciones tienen recurso de apelación ante el Tribunal de Relacao. En Suecia por leyes de 1926 y 1927 se crearon jueces especiales que tienen competencia en cuanto a la delimitación y uso de parcelas de tierras, es el Land Partition Courts, que está integrado por el Juez de distrito y por tres laicos electos popularmente. Finalmente —para completar el marco de la Europa occidental— en Suiza hay jueces especializados pero solo para los cantones de Lucerna, Zürich y Glaris, que conocen de contratos agrarios y problemas de aguas (12).

La creación de estos órganos agrarios, la elaboración científica de su función, y la existencia misma de ellos tiene como fundamento la solución de conflictos entre el capital (propietarios no productores) y el trabajo (productores no propietarios), en que el Estado interviene activamente por el proceso de publicización que se presenta en la agricultura.

3. En nuestra América Latina —como en el resto de los regímenes constitucionales existentes— se ha operado una evolución del esquema jurídico constitucional. Se ha pasado de un sistema "liberal" en que solo encontraban protección los derechos individuales —llamados también clásicos o políticos— de libertad, a un sistema "social" en el que esos derechos —sin ser suprimidos— son integrados con la garantía y tutela de los derechos

obstante que en las revistas especializadas se encuentran algunas referencias (por ejemplo en *Revista de estudios agro-sociales* del autor AGUNDEZ FERNANDEZ) y la reciente obra: FAIREN GUILLEN, V., *El tribunal de las aguas de Valencia y su proceso (oralidad, concentración, rapidez, economía)* (Artes Gráficas Soler, Valencia, 1975) que dan pie para abrir un amplio debate.

(12) Cfr., GERMANO, A., *Appunti sulle recente legislazione agraria inglese* en *Riv. dir. agr.*; *Id.*, *I tribunali agrari nel diritto europeo occidentale* en *Riv. dir. agr.*, 1968, ps. 254 y 587; AUNDEZ FERNANDEZ, A., *Tribunales agrarios* en *Revista de estudios agro-sociales*, 1955, No. 11, ps. 36-66; *Id.*, *Justicia agraria en Iberoamérica*, en *Revista de Estudios agro-sociales*, 1972, No. 79, ps. 169-84; y, MANSREVERY, J., *Derecho agrario y Justicia agraria* (F.A.O., Roma, 1974) que reporta la legislación existente, sobre este tópico en casi todo el mundo.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

"sociales" o "económicos" de libertad (13). En cuanto al derecho de propiedad se refiere se da el tránsito de la "propiedad-señoría", individual, absoluta, a una "propiedad-instrumento de producción", a una "propiedad-actividad", que pasa a ser un derecho-deber por la obligación del cumplimiento con su "función social" (en cuanto al racional disfrute y justa distribución).

Por otro lado, con la ruptura de la unidad del derecho privado se da una ruptura de la unidad del sistema económico que implica que la tierra —que era identificada, por excelencia, con el derecho de propiedad— deja de tener unidad en la voluntad del particular, para salir de él y adquirir el carácter de bien de producción (14).

En este estadio se produce una evolución conceptual del derecho de propiedad, del derecho de propiedad de la tierra, y la actividad agrícola también lo hace. *"La actividad agrícola se coloca en el horizonte de un nuevo derecho, que es, precisamente, derecho de la actividad, y no derecho de la propiedad"* (15): la concepción es radicalmente distinta.

La actividad productiva agrícola —según el criterio del ilustre profesor italiano **Antonio Carrozza**, al elaborar su ya famosa teoría de la agrariedad— es el desarrollo de *"un ciclo biológico relativo a la crianza de animales o producción de vegetales, que se presenta ligado directa o indirectamente al aprovechamiento de las fuerzas y de los recursos naturales, y que se resuelve económicamente en la obtención de frutos (vegetales y animales) destinables al consumo directo, sea como tales, sea previa una o varias transformaciones"* (16) (17). Como actividad productiva la agricultura —siguiéndola a través de su "iter" de desarrollo se publiciza, sea, se orienta hacia el Derecho público.

La llamada publicización de la agricultura es un proceso que se da en el seno de esta actividad por el cual se han ido convirtiendo normas de derecho privado, strictu sensu, en normas que contienen derechos indisponibles, tutelados por el ordenamiento jurídico, donde la voluntad del individuo ya no es decisiva porque ha sido asumida directamente por el Poder público para la satisfacción de un interés colectivo.

La publicización de la agricultura, del sector agropecuario, de la estructura agraria en Latinoamérica se realiza continuamente. La legislación de la reforma agraria, aquella sobre la protección de los recursos naturales, la del crédito agrario, la del seguro agrícola, la de protección del mediano y pequeño productor, son normas de Derecho Público que tienen una inmensa difusión y que van restringiendo cada día con mayor impulso la esfera de autonomía de voluntad del privado.

Este proceso tiene dos consecuencias inmediatas sobre el ordenamiento jurídico: 1) En el campo del derecho sustancial modificando la totalidad de los principios generales del Derecho, y por ende, obligando a una diversa interpretación de la normativa iusagraria; y, 2) Al publicizarse la agricultura y las normas de derecho sustancial, la inminente necesidad de dictar normas procesales que tiendan a suprimir la iniciativa absoluta de las partes, en la búsqueda del equilibrio entre el derecho y el proceso.

---

(13) MORTATI, C., *Istituzioni di diritto pubblico* (Cedam, 9 Ed., Padova, 1976) II, ps. 1016 y ss.

(14) En este sentido véase el conocido artículo: IRTI, N., *Dal diritto civile al diritto agrario (momenti di storia giuridica francese)* (Giuffrè, Milano, 1962) ps. 103-05.
En la obra el autor fija la atención en el momento histórico en que se da el tránsito del Derecho Civil al Derecho Agrario, y lo encuentra en la crisis del Código Napoleón cuando deben crearse categorías conceptuales de la unidad y de la actividad: la primera considera la tierra en la idea del objeto, no interesa la acción del individuo; en la segunda se funde la propiedad de la tierra con la actividad productiva; así nace una nueva rama del Derecho porque la tierra se encuentra en el centro, tierra que sale del ámbito del Derecho Civil en que se resuelven problemas de pertenencia y utilización.

(15) IRTI, N., *Ibid.*, p. 106.

(16) CARROZZA, A., *Problemi generali e profili di qualificazione del Diritto agrario* (Giuffrè, Milano, 1975) p. 74. (En español se encuentra publicado el artículo: *La noción de lo agrario (Agrarietà). Fundamento y extensión*, que fue la conferencia dictada en las *Jornadas Italo-Españolas de Derecho Agrario* (1972) publicadas en el volumen del mismo nombre (Universidades de Salamanca y Valladolid, Valladolid, 1972), y ahora en *Revista Judicial de la Corte Suprema de Justicia* de Costa Rica (San José, 1977) No. 5, ps. 9-24, que constituye la base fundamental del libro mencionado e igualmente de su teoría sobre "la agrariedad" que cobra en Europa y el mundo entero gran vigencia y que de ser asumida por la doctrina —como ya se nota que sucede— constituirá un vuelco total en la concepción jurídica del Derecho Agrario).

(17) Cfr. en este mismo sentido el artículo: MASART, A., *Contributo alla determinazione del concetto giuridico di agricoltura*, en *Riv. dir. agr.*, 1974, ps. 312-51 que interpreta magníficamente la nueva concepción.
Igual atención merece el artículo del salvadoreño ALVARENGA, L., *La materia jurídica agraria*, *Riv. dir. agr.*, 1977, ps. 41-106, en que se hacen algunas objeciones metodológicas y técnicas a la teoría de la agrariedad.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

Es así como la publicización de la agricultura tiene una influencia clara sobre el Derecho Agrario y también sobre el proceso de éste.

Tómese en cuenta que es precisamente *"aquel Derecho y aquella técnica deben en verdad adecuarse, adaptarse, conformarse lo más estrictamente posible, a la naturaleza particular de su objeto y de su fin, o sea, a la naturaleza particular del derecho sustancial y a la finalidad de tutelar los institutos de este Derecho"* (18), porque *"un sistema procesal será perfecto y eficaz, cuanto más sea capaz de adaptarse sin incoherencias, sin discrepancias, a aquella naturaleza y a aquella finalidad"* (19).

4. Desde las primeras manifestaciones latinoamericanas de la reforma agraria se sintió la necesidad de adjetivar las normas iusagrarias dictadas pues se presentaban dos problemas inminentes: 1) Que las normas contempladas en las leyes de reforma agraria fueran tan solo de carácter programático, sea, que los derechos obtenidos por parte de los beneficiarios a través de esas leyes, los principios establecidos para ser cumplidos por los Entes de reforma, la política estatal a cumplir, etc., no eran actuadas (hágase caso omiso de las disposiciones discrecionales, que deberían tener otro tratamiento) porque quien tuviera un derecho subjetivo o interés legítimo concedido carecía de recursos jurisdiccionales para obligar a su cumplimiento (o exigir el pago de los daños y perjuicios causados); y, 2) Que la actividad desplegada por el Estado y los órganos reformadores se viera paralizada, porque al ser requerida la actuación del Poder Judicial por parte de algún terrateniente o acaparador para que no surtiera efecto una medida administrativa dictada en su contra en cumplimiento de la reforma agraria, impedía muchas veces aplicar la misma medida a otros terratenientes o fundos, dando tiempo para que se usaran tácticas fraudulentas que hicieren ilusoria cualquier acción del Estado (el ejemplo típico es el recurso de inconstitucionalidad contra una norma que autoriza la expropiación agraria, con lo que se logra —además de paralizar la actividad del Ente reformador en el fundo afectado— que no se pueda actuar con esa norma contra otros terratenientes).

Históricamente —como se sabe— han sido los tribunales civiles, penales, contenciosos administrativos, los que han conocido de los conflictos que se suscitan entre los beneficiarios de la reforma agraria, de ellos en relación con los Entes reformadores, o bien de éstos frente al Estado. Este era el problema de fondo. La jurisdicción agraria reclama para sí el conocimiento del contenido del Derecho Agrario, modifica sustancialmente el sistema y produce efectos distintos, que son, en línea de máximas, los de la reforma agraria.

En América Latina las experiencias que se han dado pueden clasificarse en diferentes formas. Mansrevery (20) divide en órganos administrativos, jurisdiccionales ordinarios y jurisdiccionales simples, según que el asunto sea conocido por los tribunales ya establecidos para el conocimiento de los litigios que se presenten ante el Poder Judicial, ante órganos administrativos —ya sean éstos los mismos de la reforma agraria, o creados para tener competencia para dirimir conflictos— y jurisdiccionales especiales según tengan por competencia conocer de los conflictos que se suscitan con ocasión de la reforma agraria o bien dentro del contenido del Derecho Agrario. Marín (21) hace una clasificación en tres grupos: plena jurisdicción judicial, donde ubica a Perú, tribunales agrarios especiales donde encuentran cabida Chile y Ecuador, y jurisdicción administrativa en el caso de México.

Una clasificación jurídica de los órganos de la jurisdicción agraria ha de tomar varios aspectos. 1) Si el órgano depende o no del Poder Judicial se le puede clasificar como jurisdicción ordinaria (porque el órgano, la competencia y el procedimiento siguen el principio de legalidad procesal) y jurisdicción especial según que los órganos no pertenezcan al Poder Judicial (aún cuando estén investidos con la iuris dictio) por ser legos los titulares o no regirse por la normativa del Poder Judicial (el caso típico es el de la jurisdicción ante órgano administrativo), o porque la competencia concedida es diversa de la de los tribunales ordinarios, o bien porque el proceso que se sigue no es el establecido por ley o bien porque no se sigue el principio de legalidad procesal (como en el caso de los tribunales creados no por el Legislativo para conocer de hechos o situaciones concretas). 2) Los tribunales or-

(18) CAPPELLETTI, M., *Ideologie nel diritto processuale*, publicado en *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1962, p. 193-219, ahora en *Processo e ideologie* (Il Mulino, Bologna, 1969) ps. 3-54, 5.

(19) CAPPELLETI, M., *Ibid.*

(20) MANSREVERY, J., *supra* nota 12, ps. 40-66.

(21) MARIN, R., *El procedimiento y la jurisdicción agraria* (Universidad de Costa Rica, San José, 1974) p. 56.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

dinarios han de dividirse según la especialidad de la materia, según conozcan o no del Derecho Agrario; los que conocen del contenido del Derecho Agrario junto con otras materias (civil, penal, contencioso administrativo), con principios tradicionales, seguirán siendo ordinarios, en tanto que serán especializados los que conozcan —siempre en el seno del Poder Judicial— únicamente de los procesos en que se discutan asuntos regulados por el Derecho Agrario.

En sentido amplio pertenecen a la jurisdicción agraria los órganos de jurisdicción especial y especializada; en sentido estricto y propio solo la jurisdicción especializada agraria.

5. a) El desarrollo de la jurisdicción agraria latinoamericana se debe ubicar en dos etapas. A la primera pertenecen los casos de México, Chile y Ecuador: el primero creó una jurisdicción especial y los otros dos de carácter especializada pero con una competencia sumamente reducida. En la segunda, fundada en bases nuevas que permiten un estudio científico más profundo pertenecen los casos de Perú, Venezuela y los proyectos de ley que existen en varios países entre los que sobresalen Costa Rica y Panamá.

1) **México.** Dentro del contexto latinoamericano ningún país ha sido tan precoz y profundo en la promulgación legislativa agraria como México. En la segunda década de este siglo ya había dictado la Ley de Reforma Agraria, había incorporado los principios fundamentales del proceso que desarrollaba en el agro en la Constitución Política, y sentó las bases para garantizar la defensa de los derechos concedidos a los beneficiarios de la reforma a través de procedimientos especiales.

En cuanto a la justicia agraria, se establece una jurisdicción especial a través de la Ley del 6 de enero de 1915 que fue luego incorporada en el Código Agrario del 23 de setiembre de 1940 y posteriormente en el Código Agrario del 31 de diciembre de 1942, ahora —por la derogatoria y modificación de este último— la normativa procesal agraria se encuentra en la Ley Federal de Reforma Agraria del 16 de abril de 1971 (publicada en el Diario Oficial No. 41 del 16 de abril) en el libro V que se denomina "Procedimientos agrarios" (22).

Desde hace mucho tiempo existen las acciones de restitución, ampliación, acomodamiento, creación de nuevos centros de población agrícola, de inafectabilidad, expropiación, nulidad de fraccionamiento, etc. Los procedimientos a partir de 1915 fueron de carácter administrativo, pero con las formalidades de un juicio ordinario.

El procedimiento se encuentra constituido por dos vías: la restitutoria y la dotatoria. El desarrollo del proceso se realiza en dos diversas instancias: la primera ante el Gobernador y la Comisión agraria mixta de la entidad federativa correspondiente, y la segunda ante el Departamento Agrario y la Presidencia de la República.

Pese a que las acciones de restitución y dotación son las fundamentales, existen otros procedimientos agrarios que se refieren a cuestiones jurídicas relacionadas con los ejidos o con las comunidades agrarias existentes: la restitución y dotación de aguas, la expropiación de bienes ejidales, titulación y deslinde de bienes comunales, y, privación de derechos ejidales (23).

2) **Chile.** A través del Decreto con fuerza de Ley No. 2 del 3 de octubre de 1967 —con fundamento en el artículo 154 de la Ley de Reforma Agraria No. 16640 y el artículo 86 de la Constitución Política— se crean los tribunales agrarios, sujetos a la jurisdicción directiva, correccional y económica de la Corte Suprema de Justicia.

Los tribunales son provinciales y de apelaciones. Los primeros integrados por un colegio con un Juez de letras de mayor cuantía en lo civil, designado por la Corte de apelaciones, quien preside, y dos profesionales del agro: uno que designa el Presidente de la República entre los que prestan servicios al Estado, y otro, nombrado —también por el Presidente— de las ternas que elaboren los respectivos colegios o asociaciones profesionales. Los tribunales agrarios de apelaciones deberán estar integrados por dos Ministros de Corte de apelaciones, designados por el Presidente a propuesta de terna

---

(22) Cfr., para una mayor información: MENDIETA Y NUÑEZ, L., *Síntesis del Derecho Agrario* (U.N.A.M., 2 ed., México, 1971) ps. 37-44, y con el texto de la nueva ley (y sus respectivos comentarios) la obra del mismo autor *El problema agrario en México* (Porrúa, 12 ed., México, 1974) p. 459-515.

(23) MENDIETA Y NUÑEZ, L., *Ibid.*
Respecto a las clásicas acciones (instauradas desde la ley preconstitucional del 6 de enero de 1915) la doctrina se ha pronunciado por hacerle serias modificaciones. Cfr., MENDIETA Y NUÑEZ, L., *Cuatro etapas en la reforma agraria de México* (Asociación nacional de abogados, México, 1969).

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

hecha por la Corte, y un profesional del agro —que nombrará el Presidente— de las ternas elaboradas por el colegio profesional respectivo.

La competencia —aún cuando la elencación del artículo 41 es amplia— se refiere casi exclusivamente a acciones interpuestas con ocasión de las expropiaciones de interés agrario (24).

3) Ecuador. Los tribunales agrarios se crearon en Ecuador a través de la Ley de Reforma Agraria y Colonización No. 1480 del 11 de julio de 1964, que a través de la Ley de Procedimiento Agrario No. 918 de 21 de junio de 1971 reciben un marco jurídico más amplio.

La competencia de los tribunales agrarios se encontraba referida a todas las acciones que se suscitaran por la aplicación de la Ley de Reforma Agraria, siendo los órganos los Juzgados de tierras en primera instancia y una sala especializada de la Corte en segunda (25).

En la actualidad estos tribunales no existen, dado que a través de la Ley de Reforma Agraria No. 1172 del 9 de octubre de 1973 se derogaron las dos leyes anteriores citadas, sin dictar ninguna normativa que las sustituyera. Por el contrario, una disposición transitoria establece que los juicios que se encuentren en trámite se continuarán sustanciando conforme a las leyes vigentes a la fecha en que fueran presentados.

4) Los casos límite. Exceptuando la legislación vigente en México, Perú y Venezuela, se encuentra en América Latina todo un complejo normativo que hace referencia a la jurisdicción agraria cuya cita es obligatoria. Antes de mencionarlos valga reiterar algunas premisas: 1) es regla que la materia del Derecho Agrario es conocida en la jurisdicción ordinaria, pese a que paralelamente exista previsión en las leyes de reforma agraria para la instauración de tribunales agrarios (v.gr., el art. 68 de la Ley de Tierras y Colonización de Costa Rica, No. 2825 del 14 de octubre de 1961); 2) en algunas leyes de reforma agraria se encuentran competencias fragmentarias (e incorrectamente concebidas) que otorgan a algunos órganos administrativos la facultad para dar solución a conflictos agrarios por la vía del "arreglo directo" actuando generalmente como mediador o árbitro (ejemplo de ello es la figura del procurador agrario institucionalizado en Colombia con la Ley de Reforma Agraria No. 135 del 13 de diciembre de 1961 y en Honduras con la anterior Ley de Reforma Agraria No. 1962 del 29 de setiembre de 1962; o la función que cumple el Instituto de Bienestar Rural en Paraguay conforme a la Ley No. 854 que crea el Estatuto Agrario del 29 de marzo de 1963); y 3) que no debe reputarse la existencia de la jurisdicción agraria cuando se le concede al órgano agrario la función de superior jerárquico para resolver asuntos de expropiación (tal es el caso del derogado decreto 900, que fue la Ley de Reforma Agraria del 17 de junio de 1952 en Guatemala).

Los casos límite, pese a su importancia histórica, con un criterio restringido deben mantenerse fuera del movimiento legislativo calificable como jurisdicción agraria. Los ejemplos, en todo caso, son realmente pocos. En Argentina por las leyes Nos. 13246 de 1948 y 13897 de 1950 (cuyos antecedentes son las Nos. 11170 de 1921, la 68344 de 1940 y la 12771 de 1942) se crearon las Cámaras regionales paritarias de conciliación y arbitraje obligatorio, integradas por representantes de los arrendadores y de los arrendatarios y aparceros, presididas por un funcionario del Ministerio de Agricultura, que conocían de todas las causas que se suscitaran entre arrendadores y arrendatarios o aparceros con motivo de los contratos y leyes que los regían; en 1960 el Fuero Agrario —como se le llamó— fue declarado inconstitucional por la Corte Suprema de la Nación al dársele este calificativo a sus leyes constitutivas. Otro caso es el que establece la Ley de Reforma Agraria de Bolivia del 2 de agosto de 1953 que confiere importantes potestades a los Jueces agrarios (art. 166) y las Juntas rurales (art. 167) para decidir sobre las cuestiones surgidas por la aplicación de la normativa agraria; los Jueces agrarios son jueces laicos que tienen como superior en instancia al Presidente de la República. En Haití, en 1950, con el objeto de ordenar el Valle de Arbitonita se estableció el Tribunal de Tierras que fue conformado con un procedimiento especial; más tarde, la Ley del 12 de julio de 1961 lo convirtió en el Tribunal de Tierras de Haití, como Sala especial del Tribunal de Puerto

(24) Cfr., la publicación de las leyes citadas en el material mimeografiado INSTITUTO DE COOPERACION E INVESTIGACION EN REFORMA AGRARIA, *Derecho y legislación de reforma agraria* (ICIRA, Santiago de Chile, 1969) No. 1.

(25) Cfr., MARIN, R., *supra* nota 21, ps. 65-66.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

Príncipe, integrado por 4 jueces, cuya competencia contempla todas aquellas causas relativas a la contratación agraria, mejoras, inscripción de bienes inmuebles en el Registro Público y el Catastro. ¿Será caso límite Cuba, que ha realizado interesantes soluciones jurisdiccionales, pese a que los Tribunales de Tierras que refiere la Ley de Reforma Agraria de 17 de mayo de 1959 (art. 54) nunca fueron creados.

6. b) El Perú abre una nueva etapa dentro de la concepción de la reforma agraria latinoamericana, y en ella la jurisdicción agraria juega un papel cardinal, marca un hito en el desarrollo institucional de la Justicia agraria y se separa en forma clara de la etapa anterior porque a partir de la Ley de Reforma Agraria de 1969 marca la pauta por excelencia de su jurisdicción representada por el **Fuero privativo agrario.** Después del Perú se promulga la Ley Orgánica de Tribunales y Procedimientos Agrarios de Venezuela, consecuente con la nueva etapa, y a partir de ambas se comienza a consolidar una coherente tesis latinoamericana de la jurisdicción agraria, impulsada por los diversos organismos internacionales de la materia, dentro de la que encontramos resultados positivos como es el caso de los Proyectos de ley de Costa Rica y Panamá.

1) **Perú.** El Fuero Privativo Agrario (26) fue creado por la Ley de Reforma Agraria No. 17716 del 24 de junio de 1969, en sus artículos 153 y 163, que es un organismo jurisdiccional autónomo en materia agraria constituido por el Tribunal Agrario, los juzgados de tierras y el personal auxiliar (27).

Los juzgados están a cargo de Jueces de tierras —que deben ser abogados peruanos no propietarios de predios rústicos con no menos de tres años de experiencia en el ejercicio de la profesión—, ubicados en las diversas zonas y áreas de reforma agraria creadas por el Poder Ejecutivo, que conocen en primera instancia de las acciones de reivindicación, deslinde, desahucio, cobro de arrendamientos, acciones interdictales y demás acciones reales, personales y mixtas derivadas de la propiedad, posesión y tenencia de los predios rústicos.

El Tribunal Agrario se encuentra integrado por seis Vocales —que deben llenar los mismos requisitos que señala la ley para ser Juez de tierras—, de los cuales uno de ellos funge como Presidente; conocen en segunda instancia de los asuntos de competencia de los Jueces de tierras y contra sus resoluciones no cabe el recurso de casación.

Hay dos clases de procedimientos: el contencioso agrario (o procedimiento ordinario) y los procedimientos especiales.

El contencioso-agrario se encuentra constituido por tres etapas: demanda y contestación, audiencia de pruebas, y, sentencia. La interposición de la demanda se plantea por escrito ante los Juzgados de tierras con indicación del Juez al que se recurre, nombre de las partes, determinación de la materia, objeto de la demanda, y fundamentos de hecho y derecho, ofreciendo a su vez todas las pruebas que sirvan para demostrar los hechos; se notifica en forma personal a través de la autoridad de policía; notificada, el demandado deberá contestarla por escrito, oponiendo las excepciones que estime oportuno, y ofreciendo la prueba de descargo necesaria; en esta primera etapa cabe también la reconvención que deberá ser interpuesta en el mismo escrito de contestación. La audiencia de pruebas es la parte fundamental del proceso, y será abierta dentro del sexto día de la citación que hace el Juez, pues es ahí donde se reciben los testigos ofrecidos por las partes, se practica la prueba confesional, se reconocen documentos, y demás pruebas pertinentes; esta etapa se desarrolla oralmente y es el Juez quien procede a interrogar a los testigos así como a la parte que deba rendir confesión; se realizará en la sede el Juzgado salvo que el Juez estime oportuno verificarla en el predio en discusión al mismo tiempo que se practica la inspección ocular. Dentro del quinto día posterior a la audiencia de pruebas, y sin que quede ninguna por evacuar, el Juez procede a dictar sentencia, resolvien-

---

(26) Un amplio estudio de la jurisdicción agraria del Perú, en que se reporta la evolución que ha tenido el Fuero privativo agrario y su influencia en el resto de los países latinoamericanos que se han inclinado (o están por hacerlo) en la adopción de instrumentos jurisdiccionales, véase el ensayo ZELEDON, R., *Elementos de calificación del Fuero privativo agrario del Perú dentro del nuevo período histórico-jurídico, y su influencia en América Latina, Rivista di Diritto agrario*, 1978, (en prensa). Igualmente; véase, FIGALLO, G., *Memorias del Presidente del Tribunal Agrario* (Corte Suprema de Justicia, Lima) en los años judiciales agrarios 1969-70, 1970-71, 1971-72, 1972-73, y con el nuevo presidente, CASTAÑEDA LA FONTAINE, C., *Memorias del Presidente del Tribunal agrario, supra* nota 2, para los años 1973-75.

(27) FIGALLO, G., *El Fuero privativo agrario peruano*, en el volumen *Ciclo de Conferencias sobre Derecho Agrario* (Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, San José, 1973) ps. 47-53.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

do en ella todas las actuaciones e incidencias que se hubieren planteado durante el transcurso del proceso; en caso de que exista apelación, dentro del quinto día de notificada la sentencia, entrará a conocer del asunto el Tribunal Agrario, cuya resolución pone fin al expediente porque carece del recurso de casación.

Los procedimientos especiales tienen normas procesales propias a cada uno de ellos, diversos al contencioso-agrario. Son: expropiación, recurso de amparo, juicio de las comunidades campesinas, deslinde, tercerías excluyentes de dominio, formación de títulos supletorios, división y partición, obtención de títulos de propiedad de predios rústicos conducidos directamente por sus dueños, interdictos y juicios arbitrales (28).

Los principios procesales que existen corresponden a la más moderna concepción de la oralidad —que en nuestro sistema impulsara Giuseppe Chiovenda (29), y fuera luego tomando cuerpo a través de Calamandrei (30), Cappelletti (31) y algunos otros de la misma escuela como el caso de Denti (32)— que conlleva la concentración, inmediatez, la simplicidad y racionalidad de las formas; que adquieren un refuerzo importantísimo a través del principio inquisitivo, el principio de la justicia (y asistencia técnica) gratuita, y el que la Ley Orgánica del Sector Agrario, Decreto No. 21022, introduce y llama de celeridad de la administración de justicia.

2) Venezuela. La reciente Ley Orgánica de Tribunales y Procedimientos Agrarios, del 14 de abril de 1976, crea la jurisdicción agraria especializada (33) integrada por los Juzgados de tierras, bosques y aguas, y los Juzgados superiores agrarios.

Los Juzgados de tierras están bajo la dirección de un juez que ha de ser venezolano, abogado, y con experiencia en materia agraria que se encuentran ubicados conforme a las regiones establecidas para el funcionamiento de los órganos agrarios del Poder Ejecutivo; conocerán en primera instancia —en sentido amplio— de todos los asuntos que se originen de la aplicación de la legislación agraria y del aprovechamiento de los recursos agrícolas, reuniendo en esta competencia las acciones derivadas de la reforma agraria que la completan o ejecutan y aquellas —que entran dentro del contenido del Derecho Agrario— que otrora fueron conocidas por los tribunales ordinarios. En segunda instancia conocerán y resolverán los Juzgados superiores

---

(28) ROBLES RECAVARREN, A., *La administración de justicia en la nueva estructura agraria peruana* (Ital Perú, Lima, 1977) p. 53-75. Esta novísima obra representa un gran paso en la evolución doctrinaria del Perú en el campo procesal agrario ya que sistematiza toda la actividad y función de la justicia agraria de aquél país.

(29) El padre intelectual de la oralidad (y del movimiento que lleva este nombre) para Italia y los demás países de origen latino es *Giuseppe Chiovenda*. En su vida difundió la idea a través de innumerables conferencias y artículos (que fueron suspendidos debido a su muerte prematura, a principio de siglo, sin que su obra e ideal se vieran hechos realidad) que se encuentran magníficamente en sus clásicos: *Istituzioni di diritto processuale civile* (Jovene, 2 ed., Napoli, 1936) II, ps. 382-407, y en *Principi di diritto processuale civile* (Jovene, 3 ed., Napoli, 1912) ps. 677-96.

(30) Dentro de la gran producción jurídica de Calamandrei, véanse sus ensayos: *Il processo inquisitorio e il diritto civile*, publicado en *Giurisprudenza italiana*, 1939, IV, ps. 257-46, luego en *Studi sul processo civile* (Cedam, padova, 1947) V, ps. 53-65, ahora en *Opere Giuridiche* (al cuidado de Mauro Cappelletti), *supra* nota 3, ps. 415-26; *Linee fondamentali del processo civile inquisitorio*, publicado en *Studi in onore di Giuseppe Chiovenda* (Cedam, Padova, 1927) ps. 131-71, luego en *Studi. . .* III, ps. 321-50, ahora en *Opere. . .* ps. 145-76; y *Oralità nel processo* que es la voz con ese mismo nombre aparecida en el *Nuovo Digesto italiano*, IX, ps. 178-80, ahora en *Opere. . .*, ps. 450-55.

(31) Actualmente quien ha desarrollado con mayor propiedad la tesis de la oralidad es *Mauro Cappelletti* que tiene gran cantidad de trabajos sobre el tema. Véanse, entre tantos, los siguientes: *Aspetti sociali e politici della procedura civile (riforme e tendenze evolutive nell'Europa occidentale e orientale)* que es la traducción italiana de la *Cooley lecture* dictada el 19 de noviembre de 1970 en la Universidad de Michigan, publicada en *Michigan Law Review*, 69, abril 1971, p. 797, ahora en *Giustizia e Società (Edizioni di Comunità, 2, Milano. 1977) ps. 48-105; Iniziati ve probatorie del giudice e basi pregiuridici della struttura del processo*, publicada en *Rivista di diritto processuale civile* 1967, ps. 407-28, ahora en *Processo e ideologie, supra* nota 18, ps. 143-68; *L'oralità nel processo civile italiano: ideale contro realtà* que es la versión italiana de la conferencia dictada en México en el V Congreso internacional de Derecho procesal y apertura de un curso sobre el funcionamiento de la oralidad procesal en varios países de Europa, publicada en *Giustizia e Società*, cit., ps. 130-44; *Valore attuale del principio di oralità*, relación presentada en el Segundo Congreso Latinoamericano de Derecho Procesal (México, 1960) publicada en *Giurisprudenza italiana*, 1960, IV, ps. 89-95, ahora en *Processo e ideologie*, cit., ps. 99-110. Véanse también sus obras: *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità* (Giuffrè, Milano, 1962) y *Procédure orale et procédure écrite* (Giuffrè, Milano, 1971) que es la relación presentada al VIII Congreso Internacional de Derecho Comparado, organizado por la *International Academy of comparative Law* que se realizó en Pescara del 29 de agosto al 5 de setiembre de 1970.

(32) Su obra más representativa es DENTI, V., *Processo civile e giustizia sociale* (Edizioni di Comunità, Milano, 1971).

(33) Para una mayor información sobre la jurisdicción agraria venezolana, véase el artículo: ZELEDON, R., *La jurisdicción agraria en Venezuela*, publicado en *Rivista di Diritto agrario*, 1977, ps. 612-35, en que se hace un análisis exhaustivo de la normativa procesal iusagraria recientemente promulgada dentro del contexto jurídico de aquél país. En el mismo artículo se publica el texto de la ley.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

agrarios, de carácter unipersonal, nombrados —al igual que los Jueces de tierras— por el Consejo de Judicatura.

En cuanto al procedimiento, la ley no entra a regular en forma detallada las etapas procesales, ni cualquiera otra relación jurídico-procesal, remite todo a la jurisdicción laboral y establece las pautas y normas particulares que han de existir en el proceso creado, se deberá, pues, confrontar las normas de la Ley de Jurisdicción Agraria con la Ley Orgánica de Tribunales y Procedimientos de Trabajo.

Las etapas de mayor importancia son: demanda, contestación y reconvención, luego constitución de asociados, alegaciones de las partes, y finalmente la sentencia. La demanda puede interponerse por escrito con asistencia de un abogado cuando el actor se encuentre en capacidad económica para ello, si no, la podrá interponer en forma oral ante el Juez de cuyo contenido se levantará una acta-demanda; en el momento de la interposición el Juez se encuentra facultado para interrogar al actor sobre hechos nuevos no contemplados o para que se concreticen los alegados, teniéndose las respuestas como parte de la acción; la demanda se notifica en forma personal al demandado a quien se previene de contestar los hechos uno a uno, reconociéndolos como ciertos, con modificaciones, o bien rechazándolos por inexactos, esta contestación deberá hacerse en la audiencia inmediata posterior junto con todas las excepciones a que haya lugar (caso en el cual se abre un breve periodo para pronunciarse sobre ellas), al demandado también se le someterá a un interrogatorio por parte del Juez, teniéndose sus respuestas como parte de la contestación. Una vez transcurrida la primera etapa, y sin necesidad de que exista pronunciamiento expreso por parte del Tribunal, se abre un periodo de cuatro días para que las partes ofrezcan sus pruebas que se evacúan en ocho audiencias dos días después de haber sido ofrecidas, ahí el Juez interroga personalmente a los testigos; caso de que fuere necesaria la inspección ocular el Juez la ordena, así como con cualquiera otra prueba que estime oportuno para llevar suficientes elementos de juicio al expediente. Al tercer día siguiente de evacuadas las pruebas se cita a una audiencia a las partes donde pueden hacer los alegatos que estimen oportuno que tiende a llamar la atención al Juez sobre los hechos probados o no probados, y sobre los elementos de derecho presentes. En segunda audiencia se procede a dictar sentencia contra la cual cabe el recurso de apelación para ante el Juzgado superior agrario —siempre que la cuantía sea superior a 3.000 bolívares— se fijará un plazo de ocho días para constituir nuevamente asociados, promover y evacuar las pruebas, para oír en segunda audiencia los alegatos de las partes y posteriormente —dentro de los dos días siguientes— dictar sentencia, contra la cual cabe recurso extraordinario de Casación.

El primero y más importante de los principios procesales es el de la oralidad —y con él, como se ha dicho, el de la inmediatez y la concretez, lo mismo que la simplicidad y racionalidad de las formas (solo que aquí la concepción se encuentra menos clara)—, el principio de la impulsión procesal de oficio, el de la economía procesal, y el de la asistencia técnica gratuita que se encuentra magníficamente concebido —conforme a la previsión del artículo 68 de la Constitución— a través de los Procuradores agrarios que crea la ley.

3) **Costa Rica.** En este país no obstante que aún no tiene validez jurídica está por aprobarse un proyecto de ley de jurisdicción agraria (34) que se encuentra dentro de la tónica marcada por Perú y

(34) Un comentario a los proyectos de ley que han sido presentados a la Asamblea Legislativa se encuentran en el artículo: ZELEDON, R., *Hacia la jurisdicción agraria en Costa Rica*, publicado en *Rivista di Diritto agrario*, 1977, ps. 790-808.
En Costa Rica existe previsión de los tribunales agrarios en la Ley de Tierras y Colonización No. 2825 de 14 de octubre de 1961 en que se dice que en el contrato que se verifique entre el I.T.CO. y el parcelero para la transferencia del bien se estipulará —entre otras cosas— "que el Instituto deberá, de conformidad con el procedimiento estipulado en el *Capítulo de Tribunales de tierras*, revocar o extinguir la adjudicación por los siguientes motivos. . ." (art. 68) pero desgraciadamente éstos jamás se crearon, ya que la disposición transitoria que previa su eventual creación no fue incorporada en el texto de la ley, así que la mención de los tribunales de tierras es, más que una noticia histórica, un descuido del legislador o una mala técnica legislativa.
Es en 1975 que se van a presentar varios proyectos de ley de reforma agraria (uno presentado por el Partido Acción Socialista, Exp. No. 5974 llamado "Ley sobre reforma agraria", otro del Diputado Deseado Barzoza Ruiz, Exp. No. 7000, llamado "Reforma agraria" y el del Ejecutivo —redactado en principio en el Departamento Legal del I.T.CO.— bajo el número 7067 llamado "Ley de reforma agraria y desarrollo rural") en los cuales se hacía mención expresa para crear los órganos jurisdiccionales que conocerían de los asuntos relacionados con el Derecho agrario. Como técnica legislativa se siguió dividir los proyectos por temas, y así la jurisdicción agraria fue objeto de un estudio separado, sin embargo —y ante la inercia de la Asamblea— es hasta recientemente que se redactó un Proyecto de ley que se refiere únicamente al asunto (Cfr. el "Proyecto de ley de jurisdicción agraria" enviado por el Ejecutivo a la Asamblea, publicado en el Alcance No. 13, a la Gaceta No. 19 del 28 de enero de 1977).
El Proyecto que actualmente está en discusión prevé la creación de tribunales agrarios en todas las provincias y un tribunal superior que estará instalado en San José; establece una competencia y crea un procedimiento que es muy similar al que se encuentra en el título VII del Código de Trabajo, incluyéndole (lo que implica un gravísimo error de concepción) algunos aspectos de la jurisdicción contencioso administrativa.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

Venezuela, ubicable perfectamente dentro de la etapa jurídico-histórica que venimos desarrollando.

La legislación en proyecto prevé la creación de la sede agraria con órganos judiciales cuya competencia se contrae en una serie de acciones propias del Derecho Agrario (dentro de las que tienen cabida todas aquellas referentes a la ley constitutiva de la jurisdicción agraria, las leyes conexas, y las disposiciones jurídicas que "regulan las actividades de producción, transformación, industrialización y enajenación de productos agrícolas"), que se discutirán a través de un procedimiento que se encuentra fundado en el proceso del Derecho del Trabajo e influido por las pautas y principios de los ejemplos de Perú y Venezuela.

4) **Panamá.** El proyecto de ley que se discute en la República de Panamá es copia de las disposiciones que instauran el Fuero privativo agrario del Perú. La aprobación del proyecto ha de implicar la consolidación de la tesis general que ahora se perfila mejor pues existe total identificación dentro de la tónica marcada.

6. Sobre todo con el advenimiento de esta segunda etapa de la jurisdicción agraria, los organismos internacionales encargados de asesorar o investigar en el campo agrario han vislumbrado la importancia del desarrollo institucional de órganos jurisdiccionales que dependiendo del Poder Judicial conozcan —a través de medios procesales idóneos— de todos los procedimientos relativos al Derecho Agrario, para lo cual —en innumerables resoluciones— se acuerda recomendar a todos aquellos países que aún no han adoptado la jurisdicción agraria que prevean la creación de ésta y de mecanismos que agilicen el proceso de la reforma agraria como medio de llevar justicia al campo (35).

De la unión de la normativa procesal iusagraria dictada hasta el momento y la tesis técnico-política de organismos internacionales es que nace —lo que llamo— la tesis de la jurisdicción agraria latinoamericana.

7. Ante acontecimientos legislativos como los que se van marcando en el continente, y sobre todo teniendo en cuenta la existencia de una incipiente decisión política que los organismos internacionales especializados en la materia recomienda, el jurista del agro no puede quedarse en una posición estática de comentario normativo de lo acahecido; en estos momentos, tanto o más que la labor que de ordinario hace el jurista es la de valorar por él científicamente las modificaciones que se han operado, sugerir eventuales cambios que se deban practicar para concebir instrumentos más modernos y adaptados a la realidad social de cada uno de los países donde deban operar, pero sobre todo, descubrir las directrices generales que debe seguir el movimiento para que en conjunto se fortifique cada día más y adquiera la originalidad que el medio latinoamericano requiere, diverso en sustancia a las experiencias que se han dado en otras latitudes de la tierra (pero que puede —y debe— capitalizar de ellas todo lo mejor que han aportado). El jurista, en suma, más de lo que tiene frente a sí o a su espalda, debe volcar sus ojos hacia el

---

(35) Son muchas las declaraciones en las que se reclama la necesidad de la jurisdicción agraria, baste citar algunos: "otro importante factor que limita el alcance de la reforma agraria es la falta de tribunales independientes que puedan poner rápidamente en vigor las leyes de reforma agraria y controlar la observación de las leyes laborales que afectan a los obreros rurales" en C.E.P.A.L., *Evolución y situación actual de la agricultura latinoamericana* (Caracas, 1967). La resolución 12-70 de la *Undécima conferencia regional de la F.A.O. para América Latina* recomendó a "los países de la región que adecuaran sus ordenamientos jurídicos para que establecieran medios procesales y jurisdiccionales que reunieran en un solo sistema, todos los procedimientos relativos al Derecho agrario". La resolución 20-72 de la *Duodécima conferencia regional de la F.A.O. para América Latina* dice: "se constituya un proyecto regional sobre Derecho agrario para brindar asistencia técnica a los organismos e instituciones gubernamentales y universitarias, en materia de perfeccionamiento, capacitación e investigación jurídica agraria y en la creación e instauración de medios procesales y de justicia agraria". *El Informe de la IV reunión interamericana de ejecutivos de reforma agraria* (Panamá, Mayo 1972) acuerda: "1) Recomendar a los gobiernos de los países de América Latina, el establecimiento de una jurisdicción agraria que aplique las normas y los procedimientos agrarios con un criterio de protección al campesino. 2) Recomendar al I.I.C.A. que efectúe seminarios y cursos para los actuales funcionarios judiciales que tienen a su cargo la aplicación de las normas agrarias, a fin de proporcionarles un marco económico, social, y político que les permita mejorar la concepción puramente civilista en la interpretación de las normas y los procedimientos agrarios". *El informe de la V reunión interamericana de ejecutivos de reforma agraria* (Asunción, 30 de setiembre - 5 de octubre de 1974) que acordó "recomendar a aquellos países en que aún no existe la jurisdicción agraria que contemplen en el más corto plazo la creación del Fuero agrario con todos los mecanismos que agilicen el proceso de reforma agraria y en consecuencia para los campesinos". Igual pronunciamiento se encuentra en la *Carta de Asunción* (que es el documento suscrito el 3 de octubre de 1975, con ocasión de celebrarse el *Congreso Internacional de Derecho Agrario* y el *Segundo Congreso Interamericano de Derecho Agrario*, en Paraguay) al establecer que "se proclama la necesidad de la creación del fuero agrario como servicios autónomos pertenecientes al Poder Judicial. En lo relativo a sus procedimientos, la justicia agraria debe adecuarse a las necesidades propias de la actividad agraria y de la vida rural y por lo tanto debe ser de procedimientos ágiles y cortos, donde el Juez tenga un papel activo en la sustanciación del proceso, y además deben ser gratuitos".

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

futuro en la búsqueda de una mejor y más acabada concepción de la jurisdicción agraria.

En extremo resumen, la labor actual con respecto a la vigorosa administración de justicia agraria que se perfila es la de comprender el desarrollo conceptual que tiene y guiar certeramente sus proyecciones.

Hace unos años se pudo haber afirmado que la existencia misma de los tribunales agrarios era un logro suficiente. Hoy no. Las exigencias ahora van encaminadas hacia la adecuada creación de instrumentos legislativos que deben llenar una serie de requisitos de orden doctrinario que el estudio científico aconseja como más aptos para la adecuación normativa de la realidad.

Del estudio comparativo hecho de los modelos existentes, son muchas las enseñanzas que se pueden extraer. En cuanto a la técnica legislativa de la creación del instrumento, se debe sostener que no se requiere la elaboración de un código procesal agrario, se puede emitir una ley pequeña (36) en que se establezca la existencia de la jurisdicción especializada, se creén los órganos jurisdiccionales, se les conceda competencia, se marque un procedimiento y se definan los principios procesales que deban existir. En cuanto a los órganos, preferiblemente deberán estar incluidos dentro de la órbita del Poder Judicial, con la autonomía —de decisión jerárquica, económica, política— de los demás tribunales y poderes públicos, ubicados los de primera instancia en los lugares donde existe el problema agrario (siendo aconsejable fijar su jurisdicción en las zonas que haya marcado el Poder Ejecutivo o el órgano de reforma agraria para darle ejecución —y no conforme a la división política del país porque en unos lugares la importancia puede ser mucho mayor que en otros—); unipersonales en primera instancia y colegiados en segunda; ejercidos por personas de reconocida idoneidad en el agro —lo que no quiere decir que sean solo abogados, ni que deban tener "especializaciones exageradas"— pero sobre todo, ejercidos por jueces motivados suficientemente por el papel que cumplen, conocedores de la realidad social en que se encuentran imbuidos y del medio en que imparten justicia, pues ellos serán los funcionarios públicos que cumplen el rol de asentar las bases de una sociedad más justa. En lo que refiere a la competencia, los órganos judiciales no deben ser solo para la ejecución de expropiaciones o para conocer de las causas en que exista alguna diferencia relacionada con la reforma agraria (menos para que sean competentes de asuntos que siempre se han dilucidado en los tribunales comunes que por tener un inmueble agrario de por medio pasan a la jurisdicción, sin que exista ningún interés social ni agrario), la competencia debe ser fundamentalmente sobre la normativa del Derecho Agrario y en especial de los asuntos en que intervienen intereses colectivos, ya sea por conducto de la contratación agraria o por la diferencia de intereses en la explotación de bienes agrarios. El procedimiento debe cumplir con las exigencias sociales del Derecho Agrario: debe ser un proceso corto, barato, carente de formalidades, accesible al campesino, y para ello ninguno mejor que el oral que se desarrolla en una o pocas audiencias con la presencia de las partes, testigos, pruebas, abogados, técnicos, con un Juez que se da cuenta cabal de la situación que se le presenta para que decida; para la creación del procedimiento hay varios caminos a seguir: o se remite al procedimiento laboral —cuando éste se encuentre bien concebido— o se elabora un procedimiento sencillo teniendo por supletorias las normas del Derecho procesal del trabajo o del civil en aspectos intrascendentes, o bien se concibe el proceso en forma original cumpliendo con los principios procesales de la oralidad; el proceso preferentemente —a no ser que exista Casación especializada— ha de tener dos instancias sin recurso extraordinario: la experiencia señala que no es conveniente pasar una causa que ha sido conocida por Tribunales especializados —donde se aplican criterios de interpretación: procesales y sustanciales, diferentes— a otro que no lo es, pues (aparte de que se pierde uno de los requisitos fundamentales de la jurisdicción que es la celeridad) surge el problema que la existencia misma de la jurisdicción pierde su razón de ser a un determinado nivel. En cuanto a los principios procesales que deben informar el proceso, la doctrina más moderna es unánime en inclinarse por la instauración de la oralidad (y con ella la inmediatez, concentración, simplicidad y racionalidad de las formas, impulso procesal de oficio) que en

(36) En este sentido se pronunció ALCALA-ZAMORA Y CASTILLO *(en Delimitación del proceso agrario: litigio, jurisdicción, procedimiento* en *supra* nota 8, ps. 461-62) con visión procesal civilista: "ninguna falta hace un código procesal agrario, que solo serviría para aumentar la pavorosa hipertrofia legislativa de nuestra época; un procedimiento sencillo, extraído del Código Procesal Civil, con las indispensables adaptaciones en su caso, debe bastar para cumplir las apetencias de la justicia agraria".

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

nuestro continente ha sido magníficamente acompañado por cierto desarrollo del principio inquisitivo, y el principio de la asistencia jurídica gratuita al campesino.

Estos factores —que en modo alguno agotan el tema, pues son muchas más las hipótesis que se deberán tomar en cuenta según el país que se trate— tienen que confluir para permitir cada día un mayor aumento de los poderes discrecionales del Juez —por la publicización de la agricultura, el Derecho Agrario y su proceso— que le permite abandonar el dogma probatorio de la **Judez secundum allegata et probata partium decidere debet**, para ser sustituido por el **Judez secundum allegata partium decidere debet**, sea, el Juez no debe esperarse a que las partes aleguen y prueben sus dichos, con solo que se aleguen el Juez debe tomar el proceso como vehículo para la obtención de Justicia e investigar exhaustivamente conduciendo él mismo el proceso hasta llevarlo hasta sentencia, así será una institución que tiende a promover el bienestar social (37).

8. El desarrollo conceptual de la jurisdicción agraria —y sus inagotables posibilidades de perfeccionamiento— garantizan una serie de logros en el campo social, cultural y político, que se concretan en perspectivas histórico-jurídicas que ésta tiene.

Históricamente, la jurisdicción agraria puede constituir la consolidación (como instrumento de refuerzo) de la reforma agraria; es vehículo democrático para garantizar la Justicia en el campo, con la consecuente dignificación social de la parte procesal más débil; al tiempo que coadyuva en la consolidación política del campesino-productor agrícola, y del trabajador del campo en su situación económica.

Jurídicamente, aparte de ser un magnífico medio para la consolidación del Derecho procesal agrario de América Latina, es la mejor forma para que el contenido del Derecho Agrario sea actuado, dando cabida a una nueva jurisprudencia que perfile aún más la consolidación doctrinaria y la existencia de principios generales del Derecho para aplicación continental.

(37) Cfr., GERMANO, A., *Il processo agrario*, *supra* nota 11, ps. 189-91.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL
"FERNANDO COTO ALBÁN"

LOS DERECHOS AUTORALES EN MEXICO Y COSTA RICA

Lic. Mario Ramírez Segura.

Con motivo de la beca que me otorgó la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI), domiciliada en Ginebra, Suiza; patrocinada por la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica e impartida por la Dirección General del Derecho del Autor de México durante el mes de agosto del presente año, realicé un somero análisis de comparación de las leyes de ambos países, el que refleja algunos puntos que pueden tener interés informativo y sobre todo llamar la atención de los abogados en general y los legisladores en lo particular sobre la necesidad imperiosa de actualizar nuestro ordenamiento jurídico sobre el tema a fin de no quedar relegados en aspectos tan importantes.

I.— BREVE COMPARACION DE LEYES Y METODOS DE PROTECCION DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL EN COSTA RICA Y MEXICO.

En estricto apego a la verdad no es posible un estudio comparado útil de estos extremos pues en Costa Rica la propiedad intelectual se rige por la Ley No. 40 de 1896 que es obsoleta. Sin embargo intentaremos su análisis sinóptico.

A) Ley número 40 de 27 de junio de 1896.

Parte del concepto de que la propiedad intelectual es un bien mueble, lo que revela la concepción civilista que la informa.

Los derechos se conceden a los autores durante su vida; a sus herederos o legatarios por treinta años más.

En caso de traspaso de derechos entre vivos la propiedad pasa al adquirente por el término de su vida, y a sus sucesores por veinte años, momento en que retorna al autor o sus causahabientes por treinta años más. Si se trata de herencia yacente los derechos pasan al dominio público.

Como norma es prohibido publicar obras sin permiso previo del autor o titular del derecho. El traductor goza de las garantías concedidas a los autores pero sólo tiene derecho a la propiedad de su traducción.

Respecto a los adquirentes o editores de las obras no pueden modificarlas sin permiso.

Con relación a obras anónimas, seudónimas o póstumas el editor disfruta de los mismos derechos que la ley concede a los autores, y caso de probarse quién es el propietario de la anónima, éste entrará en ejercicio de sus derechos, perdiendo el editor los suyos sin indemnización.

La propiedad de las obras póstumas pasan a los causahabientes por el término de 50 años.

Las obras dramáticas y musicales se rigen por los mismos principios generales, pero en las lírico-dramáticas corresponde la mitad de los derechos al autor de la música y la otra mitad al del libreto, salvo estipulación en contra.

Nuestra ley involucra en lo autoral lo referente a la propiedad industrial concediendo titularidad al inventor sobre su creación durante veinte

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

años. Acorde al artículo 44 los inventores extranjeros pueden obtener patente *". . .por el tiempo que en su país falte para la caducidad de la concesión, siempre que no exceda de veinte años".*

En cuanto a registros existen dos: uno en la Dirección General de Bibliotecas Públicas donde se inscribe la propiedad artística, científica y literaria; y otro para inventos que depende del Departamento de Industrias del Ministerio de Industria.

Quizás la falla más grave en la materia es que acorde al artículo 53: *"No gozarán de los beneficios de esta ley, los autores que no cumplan con las formalidades* de la inscripción *y del depósito".* En este punto nuestra legislación está totalmente desubicada pues subordina el derecho del autor sobre su creación al requisito externo y formal de la inscripción. El plazo concedido para cumplir la exigencia registrable es de un año, pasando la obra al dominio público en el cual se mantiene por diez años para regresar al autor o sus causahabientes quienes gozan de otro año para cumplir trámites, y caso de no hacerlo la creación pasa definitivamente a dominio público.

También se trasladan a poder de la colectividad las obras científicas, literarias o artísticas que en el término de 25 años no hayan sido reimpresas por su autor o propietario. Las dramáticas debidamente inscritas son del dominio público en caso de no publicarse en el término de 30 años desde su inscripción. Las patentes de invento pasan a dominio general si no se ponen en práctica en los dos años posterioes a su inscripción. Además si esa patente no se utiliza en tres años consecutivos corre igual destino.

La ley en sus artículos finales fijó las sanciones a cargo de los órganos jurisdiccionales para el evento de violación a los preceptos establecidos.

Es oportuno agregar a manera de colofón, que la Ley de Propiedad Intelectual ha sido reformada: 1) Por Decreto-Ley No. 32 de 25 de mayo de 1948 emanado de la Junta Fundadora de la Segunda República. 2) Por Ley No. 1568 de 18 de mayo de 1953. 3) Por Ley 2834 de 18 de octubre de 1961, y 4) Por la número 5859 de 9 de noviembre de 1976. Sin embargo son modificaciones a artículos dispersos sin mayor importancia involucrando variantes en cuanto a los organismos estatales encargados de ciertos controles, o bien establecer la exigencia de entregar cierto número de copia de las obras inscritas a favor de los institutos que señala. En lo de fondo los principios que la fundamentan se mantienen incólumes y es factible que algunos puntos estarán en fricción con los acuerdos internacionales suscritos y aprobados por nuestro país, aspecto en el cual la ley cede conforme al artículo 7 de nuestra Carta Magna.

B) Código de Comercio.

La ley recién comentada no reguló el contrato de edición, lo cual fue solucionado por el legislador mercantil al promulgar en 1964 el código de la materia, quedando tipificado en los numerales 582 a 601. Desde luego lo correcto es que esta figura forme parte de la ley autoral. Nuestro código entiende por este contrato una figura negocial por la cual el propietario de una obra científica, literaria o artística la entrega a un editor bajo el compromiso de éste de publicarla con el nombre del autor o su seudónimo.

Si el editor adquiere la propiedad de la obra, la edición será por su cuenta y riesgo a cambio del precio o porcentaje convenido.

El editor sólo está en capacidad de publicar las ediciones acordadas, salvo pacto en contra.

En lo demás lo que el articulado hace es detallar los derechos y obligaciones de autor y editor, tales como la prohibición de éste para alterar los argumentos, la forma original de la obra o hacer supresiones o modificaciones. Además responde del mal uso de la obra en tanto esté en su poder y debe *". . .realizar las gestiones conducentes al registro de la obra si no lo hubiese hecho ya el autor".* (Artículo 597 inciso d).

Vemos que mantiene la obligación registral para evitar las caducidades respectivas y guardar relación armónica con la ley especial.

El autor por su parte puede hacer las enmiendas que estime convenientes siempre que no impliquen mayor gasto para el editor, evento en el cual debe indemnizarlo por los daños que sufra.

La muerte, incapacidad o imposibilidad de finalizar una obra extinguen el contrato salvo, en caso de deceso, en que resultare equitativo y posible su publicación, pues entonces el editor y la sucesión tomarán las medidas oportunas para tal suceso. A falta de entendimiento cabe la intervención de los órganos jurisdiccionales.

C) Antecedentes Constitucionales del Derecho de Autor en Costa Rica.

1) *La Constitución Federal Centroamericana* de 22 de noviembre de 1824. Artículo 175.

2) *La Ley Fundamental del Estado Libre de Costa Rica* de 25 de enero de 1825, artículo 2.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

3) *La Constitución Federal Centroamericana del 13 de febrero de 1835,* artículo 181.

4) *La Ley de Bases y Garantías* de 8 de marzo de 1841, emitida por Braulio Carrillo, en su artículo 2, inciso 2, punto 3. Todos estos textos estatuyen en una u otra forma la libertad de pensamiento, palabra y escritura.

5) *El Código General del Estado* promulgado por el mismo Carrillo el 30 de julio de 1841, en el Título IX, Capítulo I, establece sanciones por abusos en la libertad de imprenta. Se señala la precocidad de estas normas si consideramos que la Ley de Propiedad Intelectual no se había publicado todavía.

6) *La Constitución Política de 9 de abril de 1844* que en sus artículos 7 y 8 mantiene las libertades individuales y fija el sistema de jurados para sancionar los delitos de imprenta.

7) *La Constitución Política de 10 de febrero de 1847* que mantiene la misma normativa en sus artículos 4 y 7.

8) *La Constitución Política reformada de 30 de noviembre de 1848* que en su numeral 113 conserva los principios de la anterior.

9) *La Constitución Política de 27 de diciembre de 1859* en su artículo 32 establece la libertad de prensa sin censura, aún bajo anónimo, pero sentando la norma de responsabilidad conforme a la ley y sujeta al control de jurados.

10) *La Constitución Política de 15 de abril de 1869* en que, aparte de los aspectos generales expuestos, fija en su artículo 31 sanciones para el editor que no se ajuste al texto del autor.

11) *La Constitución Política de 9 de abril de 1871* en su artículo 37 reitera los derechos pero elimina la cláusula que requería el sistema de jurados para juzgar los delitos de imprenta.

12) *Constitución Política de 7 de noviembre de 1949* —vigente—. Conserva los principios básicos de la libertad de comunicación oral y escrita sin censura previa, y con responsabilidad por los abusos en el ejercicio de ese derecho. (Artículo 29). Asimismo en el 47 reconoce a los autores inventores, productores o comerciantes, el goce temporal de la propiedad exclusiva de su obra, invención, marca o nombre mercantil.

D) Antecedentes internacionales sobre el derecho de autor en Costa Rica.

Se inician con:

1) *El Convenio entre España y Costa Rica* de 14 de noviembre de 1893 que estableció reciprocidad para reconocer los derechos de autor de los nacionales de cada país, a pesar de que Costa Rica no tenía ley sobre la materia sino simples enunciados generales de orden constitucional.

2) En 1896 por Decreto Ejecutivo número 541 de 17 de octubre de ese año se ratifica el *Convenio entre Costa Rica y Francia* de 28 de agosto de mismo año, también de reciprocidad y garantía de los derechos autorales.

3) Por Decreto Ejecutivo No. 6 de 26 de agosto de 1899 se establecieron *Proclamas de Reciprocidad con los Estados Unidos de Norteamérica,* normándose que desde el primero de noviembre de ese año los ciudadanos norteamericanos residentes fuera de Costa Rica gozarían en nuestro país de los derechos de propiedad literaria otorgados por la ley de la materia, siempre en el entendido de que igual cosa se dispondría en la nación del norte.

4) *La Segunda Conferencia Internacional Americana* celebrada en México del 21 de octubre de 1901 al 31 de enero de 1902 fue prácticamente una ratificación de lo resuelto en el Primer Congreso Sudamericano de Derecho Internacional Privado celebrado en Uruguay en enero de 1899 y del cual salió el convenio sobre la materia conocido como Tratado de Montevideo y al cual nuestro país no había asistido.

5) Por la *Convención de Río de Janeiro* —23 de julio a 27 de agosto de 1906— Costa Rica se adhirió a los acuerdos sobre patentes de invenciones, marcas, propiedad artística y literaria. Se ratificó el acuerdo de México, creándose la Unión de Naciones de América.

6) En 1907 se firmó con las naciones de Centroamérica el *Tratado General de Paz y Amistad* estableciéndose reciprocidad y equivalencia para los signatarios residentes en el territorio de los

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

otros países sobre los derechos de propiedad literaria, artística o industrial.

7) En la *Cuarta Conferencia Internacional* celebrada en *Buenos Aires* del 12 de julio al 30 de agosto de 1910 varias naciones americanas suscribieron la Convención sobre Propiedad Literaria y Artística, eliminándose formalidades para el reconocimiento de esos derechos y dándose normas de reciprocidad entre los interesados.

8) *En 1923 el Tratado de Paz y Amistad de 1907* fue ratificado con algunas modificaciones. Sin embargo Costa Rica y El Salvador lo denunciaron en diciembre de 1935 por lo que tiene vigencia sólo en cuanto al resto de las naciones del istmo.

9) En 1918 se firma la *Convención de La Habana,* la que revisó la de Buenos Aires imponiéndole modificaciones y dándose un detalle de lo que significaban obras artísticas y literarias. Se estableció la protección a las creaciones cinematográficas como obra original, sin demérito de los derechos literarios o artísticos que pudieran existir. Se reconoció el derecho moral en favor del autor.

10) *En la Sexta Conferencia Internacional Americana* celebrada en La Habana el 13 de febrero de 1928 se aprobó el Código de Bustamante el cual en sus artículos 108 y 115 contiene reconocimiento a los derechos autorales y su vigencia por medio de los acuerdos internacionales. Nuestro Congreso lo aprobó el mismo año.

11) En la *Conferencia Interamericana de Expertos para la Protección de los Derechos de Autor,* celebrada en Washington del 1 al 22 de junio de 1946, se ratificaron los amplios derechos que al autor corresponden en su obra así como su facultad de publicarla, traducirla, arreglarla, instrumentarla, etc. El punto de mayor interés fue ratificar como principio la protección al derecho moral del autor, con las reservas específicas que ahí se le apuntaron.

12) También se ha adherido Costa Rica a la *Convención Universal Sobre Derecho de Autor* suscrita en Ginebra, Suiza, el 6 de setiembre de 1952, como secuela de la reacción norteamericana, canalizada por medio de la UNESCO, para agilizar el contenido de la Convención de Berna de 1886 y sus revisiones. Sin excluir a los países signatarios de ésta, ha incluido básicamente a naciones nuevas que han encontrado a través de este documento un modo de mayor atención a sus pretensiones y necesidades.

13) El 26 de octubre de 1961 se firma en Roma, Italia, la *Convención Internacional Sobre la Protección de los Artistas, Intérpretes o Ejecutantes; los Productores de Fonogramas y los Organismos de Radiodifusión.* Surge este acuerdo como protección a los llamados Derechos Vecinos o Anexos al de Autor. Señalan la consecuencia de una lucha sorda entre el autor como creador primigenio de la obra y su intérprete que estima, en materia musical, que muchas veces es él quien da fama al primero y merece recibir regalías. Igual opinan quienes producen los fonogramas, sean las empresas radiodifusoras, televisoras o disqueras, que reclaman para sí, como editoras, el mérito de la difusión de la obra. Es una lucha que, en México, es patente y desata fuertes discusiones entre los grupos interesados. En todo caso ya en Roma se establece la protección de estos derechos conexos.

14) Existe actualmente un último convenio, el de Bruselas de 21 de mayo de 1974, *Sobre Distribución de Señales Portadoras de Programas Transmitidos por Satélite.* Como su enunciado lo expone surge ante la "piratería" de señales trasmitidas por esta vía, exigiendo de los países signatarios control de las emisiones ilícitas. Conforme a su artículo 9 el convenio quedó en depósito del Secretario de las Naciones Unidas y abierto a la firma de los Estados miembros, entre los que está Costa Rica (1).

E) Proyecto de Ley Sobre el Derecho de Autor del Licenciado Carlos Luis Fernández Fallas. (12 de setiembre de 1975).

No es posible dentro del marco de este artículo, hacer una exégesis del proyecto que abarca 157 artículos. Sin embargo es conveniente aclarar que el Dr. Jaime Muñoz, Jefe de Asuntos Internacionales de la Dirección del Derecho del Autor de México, me ha ofrecido un análisis a cargo de esa enti-

(1) Los datos sobre antecedentes constitucionales e internacionales del Derecho de Autor en Costa Rica han sido tomados en su mayoría de la "Exposición de Motivos al Proyecto de Ley Sobre los Derechos de Autor y Derechos Análogos" del Diputado Licenciado Carlos Fernández Fallas (Expediente 7353). Proyecto editado por la Imprenta Nacional en 1976, en forma de folleto, sin especificar día y mes. Páginas 19 a 43.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

dad, por lo cual le remito por aparte el proyecto. Asimismo el Licenciado José Gerardo Riva en el planteamiento de su tesis de grado, que versó específicamente sobre ese proyecto, apunta algunas imprecisiones de doctrina que ameritan revisión. Cuando ese trabajo se materialice a través de varias publicaciones, creo que servirá de crítica constructiva que permita mejorar la futura ley.

No obstante lo expuesto, a modo de brevísima síntesis informativa haremos un recorrido sobre el proyecto.

Se establece una amplia definición y detalle de las obras involucradas por este derecho, dándose protección también a las de los extranjeros quienes mantienen en ese aspecto paridad con los nacionales.

Quien edita, compendia o ejecuta una obra de dominio público "...es titular de su propio trabajo, pero no podrá oponerse a que otros hagan lo mismo con aquella obra".

Se fija la existencia del **derecho moral** del autor con independencia de sus consecuencias patrimoniales, negociables estas últimas. Este derecho moral pasa al cónyuge supérstite o a sus herederos consanguíneos. A falta de cualesquiera de esos titulares se transmite al Ministerio de Cultura, Juventud y Deportes para que defienda la paternidad e integridad de la obra, incluso cuando la misma pase al dominio público.

El **derecho patrimonial** es transferible tanto en la edición de la obra, como en su traducción, adaptación o comunicación al público.

Se regula el **contrato de edición** desalojándolo del Código Mercantil donde por razones de necesidad ha estado operante. Establece los derechos y deberes de los pactantes, pero en principio es el editor quien se obliga por su cuenta y riesgo a la edición de la obra, recibiendo como contraprestación una retribución económica.

Igualmente se norma el **contrato de representación**, referido a obras teatrales.

Se establece la obligación de dirigirse al autor para que otorgue su autorización a fin de transmitir su obra por radio, televisión o similares, y si no media consentimiento hay que pagar las regalías correspondientes.

El **plazo de protección** es por la vida del autor, pasando luego a sus herederos por cincuenta años. En caso de obras en colaboración ese término corre desde la muerte del último coautor. No quedan cubiertas por ese plazo las noticias meramente informativas, los artículos publicados en revistas o periódicos, salvo prohibición expresa en contra, debiendo eso sí citarse la fuente de origen. No hay plazo de protección respecto a fotografías o procesos pictóricos que versen sobre documentos, calles o jardines. Igualmente es libre la representación teatral o ejecución pública si se realizan en el hogar o para fines didácticos en locales de enseñanza, siempre que el ánimo de lucro esté ausente.

Siguiendo las normas internacionales, se reconoce lo que denomina **derechos análogos** correspondientes a artistas, intérpretes y ejecutantes, quienes pueden oponerse a la emisión de su interpretación o ejecución si no media permiso previo, debiendo en caso contrario reconocérseles derechos patrimoniales sobre su aporte.

Igualmente se aceptan derechos a los **productores de fonogramas** cuando su obra material —disco, cartucho, cinta— son reproducidos mecánicamente sin permiso. Este capítulo ataca básicamente lo que se conoce en la materia como "piratería" o edición fraudulenta de discos, videotapes, etc.

También los **organismos de radiodifusión** tienen derecho a autorizar o prohibir la emisión de los programas que hayan producido.

El plazo de protección de los derechos análogos es de cincuenta años a partir "...del 31 de diciembre del año de publicación para los fonogramas, de la transmisión para las emisiones de radio y televisión y de la realización del espectáculo para las ejecuciones no fijadas o radiodifundidas".

El titular del derecho de autor o del conexo pueden enajenar sus derechos patrimoniales, pero para la eficacia de la transmisión es necesario que, conforme al artículo 80, se inscriba en el Registro Nacional de Derechos de Autor y Análogos.

Debemos agregar que el articulado en general es confuso pues si bien en una interpretación amplia podría considerarse que la exigencia registral sólo hace prueba de ese acto material sin perjuicio de derecho de terceros, a reclamar por vía jurisdiccional —artículos 103 y 110—, sin embargo en forma sorpresiva y fuera de lugar —Disposiciones Generales y Transitorios— el numeral 152 expone que si se omite inscribir la obra en el plazo legal se carece de acción contra los defraudadores, con lo que deja inoperante el concepto primeramente expuesto, colocándonos en la obsoleta posición en que nos tiene la venerable ley que nos rige.

Se crea y detalla el funcionamiento del **Registro Nacional de Derecho de Autor y Análogos**, (RNDAA), adscrito al Registro Público de la Propiedad. El artículo 92 considera como objeto de

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

inscripción las obras literarias, científicas y artísticas de dominio privado, fonogramas, emisiones y otras producciones, así como todo acto de enajenación, de traducción, edición, etc.

Si el Registrador deniega una inscripción cabe recurso administrativo de revocatoria ante el Ministro de Cultura, Juventud y Deportes, quien si mantiene el fallo deja libre la vía de los tribunales comunes para impugnar aquella resolución.

En la parte final se establecen las sanciones penales ante las diversas violaciones que se produzcan en la materia. También se determina la independencia de reclamo según acción penal y su fase ejecutiva, con el proceso directo por vía ordinaria. Igualmente se deja la posibilidad de recurrir al juicio arbitral —de conciencia o juris— y si el diferendo es por tribunal común cabe recurso de casación si la cuantía es superior a diez mil colones.

En la última sección hay una serie de disposiciones generales y transitorias que no es del caso analizar en esta oportunidad.

F) La Legislación Penal y el Derecho de Autor en Costa Rica.

No es mi intención hacer un análisis de fondo sobre estos aspectos sino simplemente señalar que en el Código Penal de 1880 se regularon los delitos relativos al libre ejercicio del sufragio y la libertad de emitir opiniones, remitiendo para su sanción a las leyes de elecciones e imprenta. También era punible la defraudación a la propiedad literaria. (Artículos 159 y 496).

El Código Penal de 1918 fijó sanciones en sus artículos 49 y 332 por los delitos de prensa o contra su libertad. El Código Penal de 1941 en sus artículos 264 y 307 castigó a quienes impidieran la libre circulación de libros, periódicos u otros impresos; también a quien explotara inconsultamente inventos patentados u obras debidamente inscritas.

La ley de Propiedad Intelectual que nos rige, en su artículo 71 señala que las defraudaciones en la materia se sancionan conforme a las disposiciones del artículo 496, obviamente del código de 1880. En los de 1918 y 1941 se establecieron penas nuevas dejando inoperante el numeral 496 y por ende el 71 de la ley de autor, en virtud de la especial naturaleza del derecho penal.

Lo grave que ahora ocurre es que al promulgarse el actual Código Penal en 1970, por omisión del legislador no se tipifican los delitos contra la propiedad intelectual y en consecuencia siendo ineficaces las sanciones previstas en la ley respectiva, no resultan perseguibles los actos de despojo a los autores, cabiendo únicamente y según mi criterio, acciones civiles.

G) La Ley Federal Sobre el Derecho del Autor de la República de México. (Publicada en el "Diario Oficial" de 31 de diciembre de 1956) (1).

En lo principal se estima reglamentaria del artículo 28 Constitucional siendo sus disposiciones de orden público e interés social teniendo por objeto la protección del Derecho de Autor.

Se reconoce en su artículo 3 el derecho moral del autor con carácter personal, perpetuo, imprescriptible, inalienable e irrenunciable.

El artículo 4 hace referencia a los derechos patrimoniales estando facultado su titular a su edición, reproducción, ejecución, etc. Son transmisibles por cualquier medio legal.

La protección a los derechos del autor cubre toda la gama de las obras artísticas, literarias, pedagógicas, musicales, de danza, pictóricas, escultóricas, arquitectónicas, de fotografía, cinematografía, radio, televisión y analógicas.

En el número 8 se establece que las obras quedan protegidas sin necesidad de registro ni conocimiento público y "...si son inéditas, independientemente del fin a que puedan destinarse". Se ajusta esta norma a lo más moderno y lógico respecto a la materia, diferenciándose así de lo que parece ser la orientación no sólo de la ley vigente en Costa Rica sino de la posición imprecisa del nuevo proyecto.

El artículo 9 protege los arreglos, compendios, ampliaciones, traducciones y transformaciones de obras que contengan por sí mismos alguna originalidad, pero requieren autorización previa del autor.

El registro de una obra intelectual o artística no puede denegarse o suspenderse bajo el supuesto de ser contraria a la moral u orden público, debiendo mediar sentencia judicial que así lo determine "...pero si la obra contraviene las disposiciones del Código Penal o las contenidas en la Convención para la Represión del Tráfico y Circulación de Publicaciones Obscenas la Dirección de Derechos del Autor debe ponerlo en conocimiento del Ministerio Público para que proceda conforme a derecho".

La vigencia del derecho de autor es por su vida

(2) El texto tenido a la vista es de la "Nueva Ley Federal Sobre el Derecho del Autor". Ediciones Andrade S.A. Tercera Edición, 1967. Sistema de hojas substituibles para actualizarla. Páginas 285 a 326-3.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

y treinta años después de su fallecimiento a favor de sus herederos, si los hubiese, pues caso contrario pasa al dominio público.

Resulta interesante la regulación que se hace por esta ley de lo que denominan "Reservas de Derechos" que son concesiones que el Estado otorga al petente para que registre y explote comercialmente cabezas de periódicos o revistas, digamos "Novedades" o "Visión", gozando el derecho con exclusividad por todo el tiempo de la publicación y hasta un año más desde la última vez que se edite.

También hay reserva de derechos sobre personajes ficticios, simbólicos o de historietas ". . .cuando los mismos tengan una señalada originalidad" y se utilicen habitualmente. De tal manera la creación de algún personaje como "Pepita", "Superman", etc., deben presentarse a registro identificándose al personaje, indicando los rasgos de originalidad, la forma en que se va a explotar, sea por medio de revistas, radio, televisión, llaveros, etc. La reserva se mantiene por cinco años prorrogables, previa comprobación de su explotación.

Cabe igualmente reserva al uso exclusivo de promociones publicitarias, siempre que acusen originalidad y no sean simples anuncios comerciales. Se deduce que promoción no es mera propaganda sino una forma más elaborada aunque en el fondo pretende la misma finalidad. Nos explicamos: si una compañía presenta un proyecto de venta al público haciendo oferta de radios, refrigeradoras, etc., se considera simple anuncio comercial. Pero si para vender esos artefactos ofrece un viaje a Europa entre los compradores, entonces estamos ante una idea de promoción comercial y cabe reservar su derecho de explotación. Otro caso sería la promoción de venta de un refresco gaseoso conjuntamente con el obsequio de unos yo-yos a cambio de "chapitas" o "corcholatas". Este tipo de reserva se mantiene por dos años renovables. Desde luego la inscripción paga derechos ante la Dirección y como se trata de producción que obedece a un complejo comercial, ese gravamen es más alto que el que se exige a los derechos de autor tradicionales.

Según las tarifas vigentes al momento de mi visita, las reservas para uso de titulares de revistas o periódicos paga quinientos pesos mexicanos. La de personajes ficticios o simbólicos y promociones comerciales, mil pesos.

En cambio los derechos de registro de una obra literaria o artística paga sólo cincuenta pesos, sean unos veinte colones; y el registro de una obra musical diez pesos, sean unos cuatro colones.

Por otra parte los derechos que en la materia tienen los extranjeros que se encuentren en México en forma permanente, temporal o transitoria, son iguales a los nacionales. Empero las producciones de extranjeros con cuyos países México tenga tratados vigentes sobre la materia son protegidos por la Ley de Autor en cuanto sea compatible con esos instrumentos internacionales.

Si el autor extranjero pertenece a país con el cual no se tiene Tratado o Convenio, el derecho se protege únicamente durante siete años a partir de la fecha de la primera publicación de la obra. Vencido el plazo sin registrarse en la Dirección, cualquier persona puede editarla previo permiso de la Secretaría de Educación Pública.

Respecto a los traductores, gozan derechos sobre su trabajo el cual no puede ser modificado o publicado sin su permiso o previo pago de regalías.

También está regulado formalmente el contrato de edición. Existe esta figura jurídica, según el artículo 40 ". . .cuando el autor de una obra intelectual o artística, o su causahabiente, se obliga a entregarla a un editor y éste se obliga a reproducirla, distribuirla y venderla por su propia cuenta, cubriendo las prestaciones convenidas. Las partes podrán pactar libremente el contenido del contrato de edición, salvo los derechos irrenunciables establecidos por esta ley".

El capítulo que regula las limitaciones al derecho de autor resulta de mucho interés pues responde a la orientación que en últimos tiempos reflejan las variantes a las Convenciones de Berna y de París. Se refiere lisa y llánamente a la posibilidad de que el Ejecutivo Federal, de oficio o a solicitud de parte, declare la limitación del derecho de autor para permitir la publicación de obras científicas, literarias, filosóficas, didácticas ". . .necesarias o convenientes para el adelanto, difusión o mejoramiento de la ciencia, de la cultura o de la educación nacionales".

Los presupuestos para esa limitación son la ausencia de ejemplares en la capital de la República y en tres de las principales ciudades del país durante un año, y siempre que la obra no se encuentre en proceso de impresión o encuadernación. También ". . .cuando se vendan a un precio tal que impida o restrinja su utilización general, en detrimento de la cultura o la enseñanza".

La Secretaría de Educación Pública levantará

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

un expediente exigiéndose los requisitos que se detallan, tales como dictamen oficial respecto a la conveniencia de la obra; determinación de existencia de los presupuestos citados; constancia de publicación en el "Diario Oficial" y en el Boletín del Derecho de Autor de la resolución de la Secretaría; certificado de depósito de un diez por ciento del valor de venta al público de la edición total a favor de la Secretaría de Educación Pública y a disposición del autor. (Artículos 62 a 71).

Como dijimos, en este sentido se orientan las últimas modificaciones a nivel internacional, sea reconociendo un interés de las naciones menos poderosas, económicamente hablando, a fin de que, tomando en consideración superiores intereses didácticos y culturales, se limiten las regalías al autor en beneficio público. Como tesis puede ser muy combatida pues se estima que tratándose usualmente de obras especializadas se sacrifica al autor. Son aspectos también controversiales pues en la práctica se dice que no producen efectos por lo dilatado del trámite para imponer la limitación, lo que indirectamente favorece las ediciones ilícitas.

La esencia de los derechos provenientes de la obra en cuanto a su **utilización pública**, se rige básicamente por el artículo 72, estableciéndose que el derecho de publicar la obra no comprende necesariamente su explotación mercantil. Es decir que si se vende una canción a una empresa fonograbadora la cual edita un disco, se pagarán los derechos de autor por tal grabación, pero el tercero que lo adquiere o usuario sólo puede disfrutarlo privadamente pues si lo hace en un salón de baile con fines de lucro debe reconocer regalías adicionales. Esto implica que las estaciones radiodifusoras, por ejemplo, que dispongan de música en tales condiciones deben reservar los respectivos derechos autorales. Se exige entonces a esas empresas que detallen sus programas diarios y liquiden oportunamente las tasas. Ello requiere necesariamente un organismo de control dificilísimo pero que en cuanto a la Sociedad de Autores Mexicana opera por medio de computadoras y a pesar de ser factible que no logren toda la gama de posibilidades teóricas, lo cierto es que tienen instalaciones enormes e incluso están edificando salas de grabación propias a efecto de centralizar el producto de los derechos autorales. Igual ocurre con otras sociedades quienes con mayor o menor complejidad funcional tutelan el cobro de los derechos respectivos.

Las tarifas a cancelar por esos efectos son convencionales o en su defecto fijadas por la Secretaría de Educación Pública.

Como expusimos, los derechos cubren no sólo al autor sino al **intérprete y a los ejecutantes**, entendiéndose por los primeros a quien ". . .actuando personalmente, exterioriza en forma individual las manifestaciones intelectuales y artísticas necesarias para representar una obra". (Artículo 82). Son así intérpretes Angélica María y Antonio Muñíz, sin perjuicio lógicamente de quienes aunan la calidad de autor e intérprete como ocurrió con Agustín Lara y sucede con José Alfredo Jiménez.

En realidad la lucha de intereses se centra en lo que se entiende por "ejecutante" que la ley define como conjuntos orquestales o corales ". . .cuya actuación constituya una unidad definida, tenga valor artístico por sí misma y no se trata de simple acompañamiento". Este artículo se considera confuso y los conjuntos ordinarios estiman que no son meros acompañantes de quien canta. Serían ejecutantes, conforme al criterio actual, los integrantes de una orquesta de cámara o sinfónica. Hay una lucha sorda al respecto y se habla de modificar la ley. También se habla de los derechos del arreglista, quien a su modo es asimismo un creador.

Precisamente por el interés que para los autores tiene la defensa de sus derechos es que la ley mexicana ha regulado lo referente a las **sociedades autorales** dándoles personería específica y apuntándose como sus finalidades el fomentar la producción intelectual de sus asociados, difundir sus obras y lograr mayores beneficios económicos y de seguridad social. Al respecto algunas de estas entidades, que funcionan usualmente a la par de sindicatos integrados parcialmente con los mismos directivos de la sociedad y con cierta comunidad de intereses pero con independencia jurídica, han establecido verdaderos logros no sólo en la defensa de sus derechos sino de la referida asistencia social. Pagan una suma ínfima del orden de cinco o diez pesos mexicanos al mes, pero la financiación surge de la colecta de las tasas respectivas, aspecto en el cual la sociedad y sus directivos han sido especialmente diligentes.

H) La Dirección General del Derecho del Autor de México.

Con base en los antecedentes fundamentales de funcionalidad de la ley, veremos cómo opera esta Dirección que es prototipo para Latinoamérica por las metas alcanzadas y la seriedad de cumplimiento en su cometido.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

1) Departamento de Registro Público.

Aquí se registran todas las obras de intelecto, reservándose además derechos en los casos especificados. El interesado se presenta con su petición y si carece de experiencia se le entrega un instructivo que le señala los pasos a seguir y tarifas a cancelar. Presentada su solicitud la oficina en un lapso de minutos le hace uh estudio para ver si el título de la obra —supongámosla una canción— aparece registrada. Si no hay impedimento se da trámite a la petición la cual pasa por el análisis del caso de modo que una vez cancelados los derechos correspondientes y cumplidos los trámites reglamentarios se le otorga un certificado que opera como un título a favor del solicitante, documento que es declarativo de su derecho el cual se concede por el plazo legal sin perjuicio de terceros. El trámite total lleva unos siete días. La inscripción de obras tradicionales como canciones, libros, esculturas, etc., se tramitan por la Subjefatura de Registro propiamente dicha, pues si lo que se pretende es registrar un logotipo, un personaje de historieta o una promoción comercial, el trámite corre a cargo de la Subjefatura de Reservas aunque la presentación de la solicitud lógicamente se hace en las mismas ventanillas de atención al público. Las reservas de derechos son constitutivas de ellos y no meramente declarativas, de manera que una vez concedido el certificado —y salvo reclamo judicial— sólo se pierde por su abandono. En todo caso, de previo a conceder la reserva debe obtenerse el permiso de la Comisión Calificadora de Publicaciones, oficina no adscrita a la Dirección, quien otorga un certificado de licitud demostrativo de que no se contravienen los principios de moral y buenas costumbres imperantes.

¿Qué ocurre con las solicitudes para editar obras del dominio público? También el interesado debe cumplir con los trámites registrales porque en México esas creaciones pagan una tasa específica sobre la edición según luego ampliaremos. Debe entonces hacerse la solicitud por los canales respectivos y pagar en su momento los derechos porcentuales.

También se registran aquí todos los contratos que tienen relación con la materia tales como los de edición, cesión, designación de apoderados, etc. El control general se lleva por intermedio de la sección de archivo que opera por medio de catálogos o archivadores, los que están divididos en tres secciones referentes a Obras, Composiciones y Autores. Estas a su vez se dividen por años cubriendo la primera de 1867 a 1944; la segunda de 1945 a 1972 y la tercera de esa fecha en adelante. Se pueden consultar así primero los catálogos más recientes que se controlan con tarjetas de distintos colores para separar las materias de diverso interés. En cuanto a los expedientes propiamente tales, se utilizan números claves. Si se ha pedido el registro de una obra musical, el expediente llevaría un número como éste: 206/98.327/4367. El 206 es clave invariable identificando a la Secretaría de Educación Pública. El 98 también es invariable y señala a la Dirección del Derecho del Autor. El 327 indicaría que es registro de una composición musical. Otros números en este caso darían fe que se trata de registro de guión cinematográfico, inscripción de poder, de obra pedagógica, etc. Finalmente el número 4367 es el del expediente, a cuyo lado se cita el año.

Está a cargo de esta sección el archivo propiamente dicho, donde se guardan los expedientes y las copias de las obras registradas. Se encuentra en el tercero piso y mantiene control desde 1868 a la fecha, sea que están en el siglo. Los expedientes están actualmente microfilmados. Son planes de futuro inmediato desubicar físicamente este sector pues representa un peligro por el peso de los materiales, y además se desea modernizarlo con sistemas actuales. Razones presupuestales impiden una ejecución inmediata del punto.

2) Departamento Técnico Jurídico.

Es un organismo que opera básicamente como sección legal, pero tiene al mismo tiempo funciones de tipo jurisdiccional. Lleva a cabo avenencias actuando en ellas como componedor. Asimismo tramita arbitrajes aunque el laudo propiamente es oficio del señor Director General.

Están a cargo de esta sección las consultas que se le hacen en la materia, pero si por ejemplo hay discordia sobre la paternidad de una obra los interesados pueden solicitar la aveniencia, haciéndose la cita del caso. La comparecencia al acto es obligatoria y sancionada. En salones ad hoc se lleva a cabo la discusión de las partes que van desde una exposición razonada hasta acalorados alegatos. Es curioso que no se requiere el asesoramiento de abogados resultando frecuente que un ingeniero o un químico, como representantes de la empresa, sean quienes expongan sus pretensiones. La intervención del funcionario de la Dirección es de moderador del debate y aunque expresa opiniones éstas son orientadoras y no vinculantes.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

Considero un acierto este trámite pues resulta frecuente que la parte simplemente desconozca los alcances de la ley y ante la evidencia del reclamo se acoja a la aveniencia. Se produce con ello un descargo de labor de los tribunales comunes y de economía procesal.

Si las partes no aceptan la conciliación pueden someter el diferendo a arbitraje. En todo caso debemos insistir que la aveniencia no es obligatoria, de modo que aunque los interesados deben concurrir a la citación pueden negar el compromiso. Igualmente el arbitraje es optativo. En alguna oportunidad la persona llamada a la aveniencia se negó a aceptar arreglo y en un mismo acto expuso que tampoco entraría en arbitraje porque sus derechos eran muy claros y esperaba demostrarlo en los tribunales comunes.

Contra el laudo sólo cabe recurso de amparo, pero como éste realmente no es un recurso sino un proceso constitucional de protección a la Carta Magna, resulta que ocasionalmente la solución por esa vía ha llegado a demorar hasta doce años cual ocurrió en controversia que interesaba a la Sociedad de Ejecutantes de Música. Esto acorde a la concepción mexicana de tal recurso.

Respecto a los demás pronunciamientos de la Dirección cabe recurso administrativo de reconsideración ante el Secretario de Educación Pública, y contra lo resuelto por este recurso de amparo.

3) Jefatura de Dominio Público.

Opera en protección de la obra primigenia del autor cuyo trabajo ha caído, por el transcurso del tiempo, en el dominio público. Al través de este departamento se ejerce control para que la obra que se desea reproducir sea fiel con el original impidiéndose deformaciones o mutilaciones. Se tutela así el derecho moral del autor.

Sin embargo, como ya esbozamos, por ley mexicana ocurre que las creaciones de dominio público no pueden ejecutarse o imprimirse en forma libre pues la ley establece a cargo del editor un gravamen del dos por ciento sobre lo que recaude en su explotación. Este gravamen pareciera desnaturalizar la esencia del dominio público pues implica una carga para quien la edita y en consecuencia un valladar para el disfrute popular. Parece que excepcionalmente existen disposiciones iguales en otras legislaciones. Según informó mi compañero becario, Licenciado Fernando Cajías, en proyecto sobre la materia en su país, Bolivia, también aparece el gravamen en un diez por ciento, con lo que se equipara al derecho del autor.

Esta Sección ejerce funciones contraloras sobre todas las obras que se publican para ver si cumplen las exigencias legales tales como la leyenda de derechos reservados en los libros, número de edición, de ejemplares, etc. Celebra convenios particulares con las empresas o usuarios para la cancelación del impuesto.

Cabe agregar que la motivación del gravamen es aceptable pues se reinvierte en servicios a los sectores más necesitados de la colectividad. Sin embargo reitero que como impuesto es en cierto modo contrario a la libertad de circulación de la obra que se ha desligado del autor y merece protección básica sólo en cuanto al derecho moral.

La citada circunstancia convierte a este departamento en centro de gran actividad pero también de ataques, tal como ocurre con las dependencias recaudadoras de todo el mundo. Se hacen asimismo grandes esfuerzos porque tales gravámenes se hagan efectivos ya que en la sutilización impositiva resulta que los grandes almacenes o cadenas comerciales venden muchos artículos artísticos que reproducen obras de dominio público, como ocurre por ejemplo con pequeñas estatuitas del David de Miguel Angel, o cajas musicales con la imagen de la Gioconda, lo que implica una imposibilidad de control no sólo de la oficina sino de la misma empresa que en casos menos notorios puede ignorar si las imágenes o figuras que vende son o no del dominio público. Ello conlleva que se hagan cálculos impositivos empíricos cuya tasa se conviene entre la empresa y la oficina en forma más o menos arbitraria, a fin de lograr la canalización del impuesto en espera de mejores sistemas contralores. Las dificultades presupuestarias son inmensas y ello se refleja actualmente en que sólo hay dos inspectores para la capital.

Los informes rendidos por estos funcionarios pasan a asesores técnicos quienes determinan si en su criterio la obra es o no de dominio público y caso afirmativo dan audiencia al interesado para que pague. Si niega cumplimiento se le impone una multa, y si no la paga se gira oficio a la Federación de Hacienda quien lo apercibe con el doble de multa y si tampoco cumple pasa a cobro ejecutivo común.

Los datos numéricos tenidos a la vista nos señalan un incremento notable en cuanto a recaudación en el último año como consecuencia de los desvelos de los encargados de la sección.

4) Departamento de Promoción Cultural.

Su finalidad es lógicamente el derecho de

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

autor, pero en cierto modo su existencia resulta un corolario del impuesto que se paga por las obras de dominio público. El monto de esa tasa, sin recibirse de modo directo, es el fundamento para la creación departamental.

Actualmente tiene en desarrollo varios programas con los cuales conmemoran, por ejemplo, el Sesenta Aniversario de la Constitución, o bien el de Samuel Lozano para Rescate de Costumbres, premiándose no sólo a autores desconocidos popularmente sino también a los investigadores que localicen trabajos inéditos.

Otro concurso que a estas alturas debe haber cumplido su objetivo es la exhibición en el Palacio de Bellas Artes de "Un Siglo de Música Popular de México". Se detalla por décadas según autores y canciones; se aportan fotografías de las épocas y partituras originales de autores famosos.

Como función permanente se encarga del Boletín de la Dirección que controla semestralmente y en orden alfabético las obras registradas en ese lapso. Respecto a ejemplares de discos y libros que por disposición legal deben entregarse a la Dirección se hacen donaciones a escuelas como la de Orizaba a la que se le integró totalmente su biblioteca con unos seis mil volúmenes o la de Tlazcala con cuatro mil libros.

En el Distrito Federal se han establecido por esa vía una biblioteca y una fonoteca que funcionan como dependencia administrativa del Derecho del Autor.

5) Departamento de Bilaterales y Multilaterales.

En sus funciones permanentes opera por medio de dos subjefaturas.

a) **De Organismos Internacionales** que atiende todo lo relacionado con OMPI, UNESCO y otras entidades, preparando las reuniones y conferencias. Atiende los programas de becas de nacionales y extranjeros. En el desarrollo de esa programática dan preferencia a los puntos en los cuales la Dirección tiene más interés; en consecuencia se daría prioridad a cursos de derecho de autor sobre los de propiedad industrial.

b) **De Asuntos Bilaterales**, que interviene en convenios de esa naturaleza y en programas culturales. En las cláusulas convencionales las hay referidas a intercambio de funcionarios de derechos de autor con sus homólogos de otros países; intercambio de material catalográfico y de dirigentes de sociedades.

Impulsa la promoción de acuerdos internacionales para evitar los problemas de doble imposición de derechos autorales.

Sirve de enlace con los demás países para conseguir en forma más ventajosa, a nivel de Estado a Estado, los derechos sobre libros científicos, técnicos, didácticos que más necesiten en las universidades y en todo campo de interés cultural.

6) Centro Nacional de Información y Documentación del Derecho de Autor.

De creación reciente —21 de agosto de 1975— pretende ". . .captar las necesidades y la información de obras protegidas principalmente en las áreas de impresión, edición, comercio del libro, institutos de enseñanza técnica, de bibliotecas y de material audiovisual, en lo que concierne a la transferencia de derechos de autor para su explotación en México". A cargo de este centro está el dar información "acerca de los titulares de los derechos de autor existentes sobre las obras protegidas tanto en el interior como en el exterior del país, así como acerca de los editores o productores de dichas obras para ponerlas a disposición de quien lo solicite (3).

Desde luego tiene gran actividad internacional pues lleva a cabo comunicación con centros similares de otros países que buscan obtener a ese nivel datos sobre las obras que interesan, utilizando para ello el sistema de identificación bibliográfico, conocido por las siglas I.S.B.N. (Número Normatizado Intenacional del Libro) que es un método de claves que permite localizar situaciones ilícitas en forma rápida, aparte de información general inmediata.

La microfilmación de expedientes en archivo y que citamos en páginas anteriores estuvo a cargo de este departamento. Surge así la posibilidad de

(3) Tomado de publicación informativa de la Dirección del Derecho del Autor, sin numeración de páginas o crédito de edición.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

intercambiar con otros países microfilms y facilitar en general la intercomunicación de datos.

Tiene muchas otras funciones que no detallamos por razones de espacio pero es interesante saber que tienen contacto con la Suprema Corte de Justicia de México para controlar la jurisprudencia que se produzca sobre derechos autorales.

Se espera apoyo de maquinaria electrónica en un futuro no lejano para una mayor eficacia del departamento.

II.—UTILIDAD DE LA EXPERIENCIA ADQUIRIDA. OBSERVACIONES GENERALES.

Las consecuencias utilitarias del curso llevado a cabo quedan en cierto modo implícitas en los datos expuestos.

Resulta de interés para Costa Rica recabar literatura actual sobre este tema ya que realmente es poco conocido.

Por aparte remito carta al Dr. Jaime Muñoz quien me ofreció enviar una lista de autores y editoriales sobre lo más relevante al respecto a fin de que la Biblioteca del Poder Judicial adquiera los ejemplares respectivos, si así se estima oportuno. Desde ya sugiero se solicite el "Repertorio Universal de Derechos de Autor" y sus suplementos, Editorial Unesco-Aguilar, España, 1960, donde está toda la legislación mundial sobre el asunto.

Es necesaria la elaboración de una ley costarricense que sea acorde no sólo con los institutos de la época sino con la idiosincrasia del país que tiene una producción moderada en cuanto a las obras de la materia resultando en ciertos sectores un importador de cultura lo que implica que en una relación multilateral estricta resultaría obligada a recolectar derechos provocando una fuga de divisas sin recuperación ante una minusproducción nacional. Estos aspectos de desigualdad son objeto de discusión internacional y resulta de interés que nuestro país tenga participación a ese nivel con personas realmente conocedoras de los intrincados problemas que este tema crea en los ámbitos nacionales e internacionales.

El proyecto de ley existente en la Asamblea Legislativa es un gran paso, pero requiere en mi opinión un análisis de fondo para corregir algunos puntos y suplir ciertas omisiones.

Se debe incrementar la creación de las sociedades autorales, sin las que la ley no adquiere verdadera beligerancia, pues ellas representan los intereses particulares de los autores o titulares de derechos análogos en la recolección de las regalías que les corresponden.

Creo de gran conveniencia que la Universidad de Costa Rica tenga una mayor intervención al respecto por lo que sugeriré al Decano de la Facultad de Derecho, Dr. Fernado Mora Rojas, que patrocine la celebración de un seminario sobre estos aspectos.

También el Poder Judicial debe interesarse en estos puntos pues Costa Rica está totalmente rezagada, en tanto los adelantos técnicos y el empuje vigoroso de otros países hacen la brecha cada vez mayor. Opino que la función de la Corte Suprema de Justicia, en cuanto depositaria de uno de los poderes de la República no es simplemente administrar justicia. Afortunadamente sus actuales integrantes han demostrado con su constante apoyo a programas especializados, que incluyen la traída de eminentes tratadistas al país y el impulso a un nuevo sistema de codificación para la nación, que saben coadyuvar con cualesquier programa que afecte la estructura de derecho, pues ello se reflejará en mejores leyes y éstas a su vez permitirán una mejor administración de justicia.

En igual posición están el Colegio de Abogados y la Unión de Abogados quienes son conscientes y partícipes de la necesaria intervención de los letrados en estos problemas.

Los derechos de autor están marginados en nuestro país resultando indispensable que se les conceda el lugar que les corresponde no sólo por jerarquía jurídica sino por la relevancia que en todo el mundo se les otorga y que nos van dejando a la zaga.

Estamos ante una situación paradójica pues por un lado hemos suscrito algunos de los tratados más importantes y por otro tenemos una ley de fines de siglo que si bien representó un avance en su momento por el solo hecho de ser norma especial, ha quedado totalmente alejada de los postulados modernos de la materia.

Debemos revisar nuestro actual Código Penal para cubrir la omisión de no sancionar los delitos contra la propiedad intelectual.

Espero que estas líneas sirvan a modo de luz de alarma sobre un problema jurídico que nos está desbordando por falta de atención oportuna.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL
"FERNANDO COTO ALBÁN"

E L D U E L O*

Lic. José Francisco Chaverri Rodríguez
Lic. Joaquín Vargas Gené
Lic. Fernando Cruz Castro.

CONTENIDO:

I. Enfoque doctrinario. 62

a) Generalidades. 62

b) Las variantes en el derecho positivo costarricense. 63

c) Las lagunas en el derecho positivo. 64

II. Enfoque jurisprudencial. 66

III. Conclusiones. 66

Apéndice. 68

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

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

I.— Enfoque doctrinario.

a) Generalidades:

Son conocidas tres corrientes legislativas en relación con el duelo. En primer lugar, la que crea una figura delictiva especial con atenuación de las penas en caso de muerte o lesiones, de origen italo-germano. En segundo lugar, la que somete los resultados del duelo a las penas comunes, como ocurre en Inglaterra. Y en tercer lugar, la de la impunidad, cualesquiera que fueren los resultados, adoptada en el Código Penal de Uruguay y en el argentino de 1891.

El criterio predominante de la doctrina aboga en favor de la primera tendencia por razones de interés social estrechamente ligadas a la posible intervención pacificadora o moderadora de los padrinos, los cuales constituyen la clave y el eje del sistema.

Es la participación de ellos la que importa para los combatientes el privilegio de la penalidad atenuada con respecto a los resultados del combate; también la que permite diferenciar —con ventaja para los duelistas— la muerte en un duelo del homicidio común, o las lesiones de un duelista con las inferidas en una reyerta, riña o simple pelea; y finalmente la que, con afanes preventivos, ofrece la oportunidad de optar entre dos males sociales —el duelo con padrinos o la simple pelea—, el menor, o sea, el duelo regular que evita la prolongación de la lucha. Por el contrario, es la ausencia de padrinos la que da lugar a la aplicación de las penas ordinarias.

La impunidad absoluta no ha fructificado en la mayoría de las legislaciones, las cuales sancionan el hecho aún en el caso de que no se produzcan consecuencias de ninguna clase.

Para algunos tratadistas, el fundamento de esa punibilidad reside en el peligro para las personas, y así aparece en la mayoría de los códigos europeos. Otros lo encuentran en la infracción a la paz pública y algunos lo sitúan como ofensa a la administración de justicia. Soler, partidario del primer fundamento, cita en apoyo del segundo a Pessina, Maggiore y Manzzini, y del tercero al Código italiano de 1890 y a Carrara (1).

Sin embargo, lo que no se encuentra escrito en las legislaciones adictas a las corrientes de atemperamiento y de impunidad, y que, no obstante, debe ser necesariamente tomado en cuenta en la exégesis del derecho positivo, es más de lo que frecuentemente aparece escrito. Rancias costumbres caballerescas, códigos de honor, éticas sociales y hasta reglamentos deportivos, entre otros elementos, llenan el campo vacío y son indispensables en la interpretación de varias normas y en el juzgamiento de muchos casos. La doctrina se sirve de esos elementos para orientar conclusiones básicas y sentar principios importantes.

Ejemplo de lo anterior es el **duelo regular** en torno al cual gira el debate acerca de su punibilidad o impunidad.

Aunque no aparece dicho expresamente en las leyes, es entendido que el **duelo regular** supone dos adversarios únicamente (duellum: combate entre dos), igualdad en las armas, paridad en los riesgos, concertación por padrinos que disponen acerca del uso de las armas, determinan lugar, hora y fecha del combate y presencian su desarrollo. También es entendido que el motivo del duelo sólo puede ser de honor.

Los demás aspectos, que sí figuran expresamente en las leyes, saldrán a relucir en el análisis de las normas que han estado vigentes en el territorio nacional.

La doctrina ha señalado las ventajas relativas del **duelo regular** y debidamente reglamentado, en comparación con las reyertas, peleas o combates entre dos o más personas. El período y desarrollo de la lucha no puede prolongarse, en el duelo, más allá del que hayan determinado los padrinos. Tampoco pueden usarse procedimientos que signifiquen disparidad en los riesgos. El ensañamiento y la alevosía tienen escasas posibilidades, y por lo general los contendientes se dan por satisfechos, en cuanto a sus intereses morales, una vez concluido el lance, aunque resulte sin consecuencias. Para darle algún refuerzo a estas esperanzas, las leyes son más severas con los duelos irregulares y con los duelos a muerte o con alevosía de los padrinos, así como con el combatiente que faltare a las condiciones ajustadas por los padrinos.

Sin embargo, el sistema inglés o del mutismo ha llegado a imponerse en las legislaciones francesa y española, lo mismo que en Nicaragua y Panamá. Sin pretender la impunidad del duelo, dichas legislaciones han querido, por el contrario, "acabar con toda sombra de privilegio, asimilándolo a cualquier reyerta vulgar", como expresa Quintano (2).

---

(1) Soler, *D. Penal Argentino*, T. III, pág. 147, Tea.

(2) Quintano, *Tratado de la Parte Especial del D. Penal*, T. I, pág. 307, Madrid.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

Dice dicho autor que, en forma similar a lo que ha sucedido con la piratería y la trata de esclavos, el duelo ha desaparecido de las costumbres en la mayoría de los países europeos, "pasando sus problemas a la categoría de lo histórico y exótico" y perdiendo "todo encanto de actualidad". Y hace la muy interesante observación de que en ese declinar de los llamados "lances de honor", no deben contarse los esfuerzos legislativos, "lo que arguye demasiado elocuentemente contra las pretensiones exclusivamente utilitarias del Derecho Penal y la sedicente eficacia de la dureza de sus sanciones".

Pero esa tendencia de desprestigiar los duelos con el sistema del mutismo o del silencio, privándolo así de su añejo sabor aristocrático, bien puede justificarse en los países donde la frecuencia de los "lances de honor" ha decaído y no son tan usuales las reyertas como en los países hispanoamericanos.

Además, el sistema del mutismo —que paradójicamente deja impune el duelo sin consecuencias lesivas— no sólo elimina la ventaja relativa de los duelos regulares, sino que da lugar a serios problemas judiciales en los países donde el homicidio premeditado se considera asesinato (homicidio calificado), ya que, como dice el mencionado autor, los tribunales "ante la tremenda disyuntiva de condenar como asesinos a caballeros que se habían conducido conforme a las normas sociales a la sazón imperantes, preferían absolver libremente acudiendo a toda suerte de subterfugios". Amén de que la premeditación alcanza por igual al que provocó el duelo y al que se consideró obligado a aceptar el desafío, en tanto que la doctrina, así como algunas leyes, abogan por una penalidad mitigada en cuanto al segundo.

El duelo ha perdido, ciertamente, el prestigio caballeresco de antaño. Lo ha perdido por diferentes razones que quizás irónicamente abogan por mantenerlo como figura delictiva especial, de penas mitigadas. En efecto, su prestigio ha declinado en el sentir popular por cuanto la concertación de muchos combates aborta merced a la intervención de las autoridades, o gracias a los afanes conciliatorios de los padrinos. También por cuanto muchos duelos resultan en definitiva sin ninguna consecuencia dañina. Pero todo esto, así como la comedia que algunos seudo combates pudieron significar, es preferible, precisamente por los inocuos resultados, a la generalización de las peleas sangrientas que tan a menudo ocurren en los países en desarrollo. Es mejor mantener la existencia de esta figura como alternativa más sofisticada y espectacular pero menos dramática en la mayoría de los casos.

b) Las variantes en el derecho positivo costarricense.

En ninguna época de la historia patria el duelo ha sido impune. En el Código General de 1841 aparece englobado con la "riña o pelea", sujeto a las penas muy atenuadas de este delito. En caso de muerte de un duelista no aplica la pena de muerte que figura en el artículo 478 para *"los que maten á otra persona voluntariamente con premeditación y con intención de matarla, no siendo por órden de autoridad legítima"*. Tampoco castiga a los combatientes con las penas correspondientes a los diferentes tipos de lesiones, establecidas en los artículos 521 y siguientes, sino con otras menos severas. Pero aun cuando aparece entremezclado con la "riña o pelea", en el artículo 493 se encuentran los rasgos característicos que la doctrina ha tomado en cuenta para identificar el duelo como delito autónomo. En efecto, dice el artículo 493, que corresponde al 646 del Código Penal español de 1822:

> "El que provocado por otro á riña ó pelea, la acepte voluntariamente, y riñiendo ó peleando con él sin traicion ni alevosía, mate al provocador con intencion de matarlo, sufrirá la pena de dos á seis años de obras públicas, y destierro por igual tiempo. Si lo matare a traicion ó con alevosía será castigado como asesino. Hay también alevosía y traicion en el que aceptando voluntariamente una riña ó pelea, aunque provocada por su contrario, la emprende con ventaja conocida de parte suya, quitando al otro su defensa, ó incurriendo en cualquier otro de los casos comprendidos en el artículo 485".

Pero no solamente de la aceptación voluntaria del lance, ni de la suavizada penalidad de sus consecuencias, como tampoco de las condiciones de igualdad en la lucha —necesarias para excluir las penas más severas del homicidio o de las lesiones—, se infiere que este primer cuerpo codificado de leyes cubrió, dentro de las disposiciones del artículo 493, los duelos propiamente dichos. En particular da buena base para entenderlo así el artículo 547 que se tomó del 663 del Código Penal español de 1822:

> "Artículo 547.— Los padrinos, portadores á sabiendas de billetes ó carteles de provocacion ó concierto para la riña ó pelea y cualesquiera otros que auxilien ó contribuyan voluntariamente á ella, serán castigados

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

como auxiliadores y fautores del delito que se cometa; y en el caso de que no resulte daño alguno en la riña, sufrirán también una multa de cinco á veinte pesos, ó un arresto de ocho días á dos meses; salvo que sea á manos limpias, en cuyo caso, se observará lo dispuesto en el final del artículo 542".

Sin embargo, es a partir del Código Penal de 1880 que aparece en Costa Rica por primera vez el duelo como figura delictiva autónoma (art. 427 y sgtes.) dentro de los mismos lineamientos italo-germanos de atemperamiento de las penas, modalidad que subsiste en el Código Penal de 1924 (art. 267) y desaparece radicalmente en el de 1941, el cual adopta el sistema inglés por medio de un solo artículo (213), que dice:

"Los que se batieren en duelo y todos los que intervinieren en el mismo, serán reprimidos con prisión de tres meses a un año o con multa de ciento ochenta a setecientos veinte colones. Los delitos que resulten con ocasión de un duelo, serán penados como delitos comunes, según las circunstancias que en cada caso ocurran. Cuando del duelo resultare muerte o lesiones, serán considerados coautores los que lo hubieren concertado, tanto en representación del que lo provocó, como del que lo hubiera aceptado. Serán considerados como cómplices y en todo caso castigados de acuerdo con lo que del duelo resulte, los que faciliten armas, local o terreno para el mismo, teniendo noticia de su destino".

El Código Penal vigente, de 1970, vuelve al sistema tradicional italo-germano.

El sistema inglés —que propiamente consiste en no hacer ninguna diferencia entre los hechos sangrientos que resulten de la ejecución de un duelo y los delitos de homicidio y lesiones— estuvo vigente tan solo veintinueve años, y constituye la única excepción al atemperamiento de las penas. Figuró en el Código Penal de 1941 y desaparece con el actual. Los demás Códigos son más o menos semejantes entre sí, salvo en cuanto a la penalidad de los padrinos.

De acuerdo con el Código Penal de 1841, los padrinos son castigados como *"fautores del delito que se cometa"*, pero debe entenderse que no podrán sufrir una pena mayor de la que corresponda a los duelistas, notoriamente atemperada en el artículo 492. Serán reprimidos aunque no resulte daño pero a una pena más benigna.

El Código de 1880, por el contrario, establece para los padrinos sanciones muy bajas (Art. 431) y sólo en el caso de que el duelo se lleve a efecto.

El de 1924 establece la misma penalidad para los que instigaren, denostaren o prestaren algún concurso, incluyendo por supuesto a los padrinos (Art. 269), castigándolos con penas mitigadas si el duelo no se lleva a cabo.

El de 1941 llegó al extremo ya visto de reprimir por igual a padrinos y combatientes con las sanciones relativas a los delitos comunes y con la prisión o multa que corresponde a los duelistas en el caso de que no resulten lesiones ni homicidio (Art. 213).

El actual, de 1970, no registra punición de ninguna especie para los padrinos de un duelo regular, pero no es esto ninguna novedad, toda vez que la impunidad tácita de los padrinos en el duelo regular figuraba en el Código español de 1870.

De los cinco Códigos Penales aprobados en Costa Rica, el de 1880 es el que guarda mayor semejanza con el actual, del cual se diferencia tan solo en la moderada penalidad de los padrinos, a los cuales, sin embargo, castiga más severamente, como el actual, y el español citado, por los duelos que concierten a muerte *"o con ventaja conocida de alguno de los combatientes"*, circunstancia esta última equivalente al duelo con alevosía que figura en el artículo 137 del Código en vigor.

c) Las lagunas en el derecho positivo:

Conforme a las legislaciones que siguen la corriente predominante —la costarricense y la argentina, entre ellas—, el duelo regular es el que conciertan dos o más padrinos mayores de edad sin usar ningún género de alevosía en la ejecución del combate y por motivos de honor (Arts. 132, 135 y 137 del Código Penal costarricense). En opinión de Soler, contraria a la de Núñez, el duelo a muerte no es irregular y tan solo "transforma en punible la intervención de los padrinos" (3).

Es ese —el duelo regular— el único tipo de combate que amerita la penalidad atemperada. El Código nacional, al igual que sus semejantes, señala por aparte los tres casos en los cuales desaparece el privilegio dicho para dar lugar a las penas comunes o a otras más severas.

(3) Soler, ob. cit. pág. 159.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

En primer lugar señala el duelo sin intervención de padrinos mayores de edad, reprimido también, aunque resulte sin consecuencias, con prisión de seis meses a un año, y con las penalidades ordinarias en caso de homicidio o lesiones (Art. 133).

En segundo lugar se ocupa del duelo provocado con interés pecuniario o con otro objeto inmoral, sancionado, según los resultados, con pena superior a la del homicidio simple, con la de las lesiones gravísimas aunque éstas resulten graves o leves, y con prisión de uno a cuatro años *"si el duelo no se verificare, o si efectuándose no resultare muerte ni lesiones"* (Art. 135).

En tercer lugar se refiere al combatiente *"que dolosamente faltare a las condiciones ajustadas por los padrinos y causare la muerte o lesiones a su adversario"* (Art. 136), castigando al culpable con las penas del homicidio calificado y de las lesiones gravísimas en su caso.

En el duelo provocado con interés pecuniario u otro objeto inmoral (Art. 135) aparece una primera laguna: no existe disposición contra el o los padrinos ni contra los colaboradores y participantes (médico, director del combate, propietario de las armas y del terreno, etc.), que tuvieran conocimiento anticipado de la felonía.

Viada y Vilaseca (4) pone como ejemplos *"el que provoca á un desafío á un pariente con objeto de matarle y heredarle"* y dice que *"ése no puede ser considerado como un duelista, sino como un vil parricida o asesino, según los casos"*; también cita *"el que da causa á un duelo para matar al marido cuya mujer codicia"*. Si padrinos, colaboradores y participantes conocían los fines inmorales del provocador y no obstante prestan los servicios que en el duelo les corresponde, no debieran quedar impunes.

En el duelo con alevosía, o sea, el que concertaren los padrinos usando cualquier género de alevosía (Art. 137), existe otra laguna. La ley sanciona con la pena del homicidio calificado o, en su caso, con la de las lesiones gravísimas, únicamente a los padrinos, pero nada dispone acerca del duelista favorecido con una ventaja apreciable que conociéndola anticipadamente, se aprovecha dolosamente de ella. En ausencia de penalidad expresa, tal duelista sigue gozando del privilegio de la penalidad atemperada. Además, tampoco existe incriminación contra los colaboradores y participantes que a sabiendas del vicio no lo advierten al combatiente perjudicado antes del combate.

Pacheco (5) declara que *"la alevosía preparada por los padrinos o consentida siquiera, debe caer sobre ellos, tanto como sobre el duelista que la usase"*. Padrinos y duelistas son, afirma Pacheco, *"co-autores"* de muertes o lesiones alevosas, pero como tampoco en el Código español existe sanción contra el duelista que saca provecho de la alevosía, sostiene que el castigo *"debe buscarse en otro capítulo* (del Código) *y no en el presente"* (relativo al duelo).

Pero la incriminación de ese combatiente favorecido con la alevosía y la de los colaboradores y participantes con conocimiento de la ventaja, no puede ser por aplicación analógica de la responsabilidad penal de los padrinos, toda vez que tal aplicación se encuentra prohibida en el artículo 2 del Código Penal y es contraria al principio de legalidad y tipificación reconocido en los numerales 39 de la Constitución Política y en el 1 del Código citado.

La responsabilidad de tales sujetos podría surgir, a lo sumo, de los principios de la participación criminal establecidos en los artículos 45 y siguientes del referido cuerpo de leyes. Pero para que puedan aplicarse las normas penales sobre participación a los que *"presten al autor o autores cualquier cooperación para la realización del hecho punible"* (Art. 47), es preciso que el autor o los coautores respondan en primer lugar del hecho punible.

Es cierto que los autores de la alevosía son los padrinos y que contra ellos existe efectiva y grave penalidad. Pero resulta chocante e ilógico que respondan penalmente de ella los simples colaboradores y participantes y no responda de la alevosía el duelista que a sabiendas consuma un homicidio o infiere unas lesiones. El hecho es que tal duelista no es responsable por las disparidades, desigualdades o desventajas concertadas por los padrinos. Su responsabilidad agravada tiene lugar, únicamente, cuando *"dolosamente faltare a las condiciones ajustadas por los padrinos y causare la muerte o lesiones a su adversario"* (Art. 136).

Obviamente, para llenar lagunas de responsabilidad penal, no pueden servir los códigos de ho-

(4) Viada y Vilaseca, *C. Penal de 1870*, T. III, pág. 104, Madrid.

(5) Pacheco, *El Código Penal*, T. III, pág. 98, Madrid.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

nor ni las recomendaciones doctrinarias, y es indispensable la acción legislativa del Estado.

II.— Enfoque jurisprudencial.

Afortunadamente no existe jurisprudencia de los tribunales costarricenses en materia de duelo, gracias a que su frecuencia ha sido mínima y no pocas veces —cuando el combate ha sido sin consecuencias— sustraída habitualmente del conocimiento de los tribunales. Con resultados fatales sólo dos casos existen, ocurridos durante la vigencia del Código Penal de 1880, que sancionaba benignamente a duelistas y padrinos.

El primero aconteció el 11 de agosto de 1883, sentenciado con absolución por un jurado. El segundo se produjo el 9 de mayo de 1914 y fue fallado con sentencia condenatoria del Juez del Crimen de San José, confirmada por la Sala Segunda de Apelaciones de la Corte Suprema de Justicia.

El primero, el del jurado, un evidente desacierto judicial —como lo califica acertadamente el profesor Hugo Porter (6)—, produjo tres años después consecuencias funestas y deplorables al tomarse el hijo del duelista fallecido, por su mano y con disparos mortales, la "justicia" que no supo impartir el jurado, el cual dejó también impune, aunque parezca increíble, el homicidio del duelista sobreviviente. El segundo puede citarse, por lo contrario, como ejemplo de un honroso quehacer judicial en el cual se respetan y aplican a la letra, con honestidad jurídica, las disposiciones legales vigentes, en cuya interpretación no aparecen, sin embargo, cuestiones de interés jurisprudencial.

En cuanto al vilipendio por causa caballeresca, sancionado en el artículo 134 del Código Penal, el cual se refiere al que desacredite en público a otro por no haber desafiado o por rehusar un desafío, y al que amenazare con el descrédito para inducir a alguien a retar, aceptar un reto o a batirse, si es que alguno de esos casos ha tenido lugar en el país, ningún pronunciamiento de interés jurisprudencial se ha producido, hasta donde hemos podido investigar.

Como tesis para optar el grado de Licenciado en Derecho existe sobre el duelo la del licenciado Frank Vásquez Arias (setiembre de 1959), un estudio muy completo que abarca aspectos etimológicos, históricos, doctrinarios y dogmáticos y que interesa también en cuanto señala las diferencias con la riña y la legítima defensa, las posiciones del Derecho Natural y Eclesiástico, las Ligas contra el duelo, el Duelo Militar, entre varios otros aspectos de igual importancia.

III. Conclusiones.

1a.) Por cuanto puede ocasionalmente servir como medio para evitar otros delitos más peligrosos y frecuentes, conviene mantener la legislación actual de penas mitigadas sobre el duelo regular; y dejar siempre impunes la tentativa, el desafío sin interés económico ni otro objeto inmoral y la provocación privada, por construir peligros remotos para las personas.

2a.) También conviene mantener las demás disposiciones de la Sección IV del Título I del Libro Segundo del Código Penal, relativas a este delito, pero adicionando el artículo 135 con el propósito de sancionar a los padrinos que concertaren un duelo a sabiendas de los fines inmorales del provocador, y el artículo 137 con el fin de imponer las penas del artículo 136 al duelista que antes del combate tuviere conocimiento de la alevosía de los padrinos y se aprovechare dolosamente de ella con daño de su contrario.

Más que conclusiones, las dos que preceden con ese título son en realidad recomendaciones.

La de mantener el **status quo** legislativo tiene, además de las razones ya expuestas, una justificación de carácter negativo. Tal sistema no ha creado problemas sociales.

De las dos opuestas modalidades adoptadas en nuestro medio —la de las penas mitigadas y la de las penas comunes— puede decirse, con fundamento en la experiencia, que la primera no ha contribuido a fomentar los duelos, así como tampoco, ciertamente, a sustituir las sangrientas reyertas callejeras por los "lances de honor". En cuanto a la segunda, —que es la del Código Penal de 1941—, tampoco puede afirmarse que tuvo justificación en la necesidad de evitar desafíos o combates que hubieran sido frecuentes en el período anterior, durante el cual existía el privilegio de la atenuación de las penas. Las dos opuestas legislaciones han sido, en la práctica, inoperantes e inocuas.

De manera que no siendo el duelo problema delictivo de frecuencia siquiera apreciable, pareciera más adecuado, por razones prácticas y realistas, el sistema del mutismo. Pero con ese mismo argu-

(6) Separatas del No. 4 de la Rev. Ciencias Jurídicas de la Universidad de Costa Rica.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

mento cabría prescindir en nuestro Código de la materia de algunos otros delitos, como el regicidio en sus diversas modalidades, la piratería en alta mar, esclavitud, etc.

Se ha demostrado dogmáticamente que el término homicidio es de carácter restringido, más bien negativo y excluyente que positivo. Corresponde al que voluntariamente da muerte a una persona que no sea pariente cercano ni miembro de los Supremos Poderes, y además de esos dos casos, que se realice sin las circunstancias calificadas que señalan los incisos 3, 4, 5, 6 y 7 del artículo 112 del Código Penal (alevosía o ensañamiento, veneno, peligro común, vinculación con otro delito, precio o promesa). A lo cual deben sumarse otras modalidades diferentes como los casos de homicidio atenuado, la instigación al suicidio, la eutanasia, el culposo, fuera de aquellos en los cuales concurren las causas especiales de justificación, contempladas en los artículos 25 a 28 del mismo Código.

> "De este modo —dice Quintano (7)— será **homicidio** strictu sensu, únicamente la muerte de otro hombre que no constituya, a su vez, figura autónoma cualificada o privilegiada por otro tipo específico, pues el concepto del artículo 407 (del Código español) es de género y no de especie".

El homicidio tipo o básico del artículo citado, similar al que figura en el 111 de nuestro Código Penal, se caracteriza, según el mencionado tratadista, por *"la doble estructura positiva y negativa siguiente: la muerte voluntaria, antijurídica y culpable de un hombre por otro hombre que no se halle específicamente prevista en otra modalidad".*

El homicidio con ocasión de un duelo regular se diferencia notoriamente de las especies sancionadas en nuestra ley penal y por esa razón amerita una tipificación propia, que no puede ser la del homicidio genérico por cuanto no contempla éste circunstancias específicas y relevantes que median sustancialmente en la ejecución de este delito, como el haberse ajustado en un todo los combatientes, voluntariamente y de común acuerdo, a las condiciones de igualdad establecidas imparcialmente por terceras personas, con cuya mediación tratan de evitar la prolongación de la lucha, ya sea que ésta produzca o no consecuencias lesivas.

> "Por qué —debemos preguntarnos—, personas que en todos los casos mantienen una conducta intachable; incapaces, ciertamente, de cometer la contravención más ligera, en especiales circunstancias se determinan a cometer el delito que la legislación tipifica como "Duelo", arrastrando la posibilidad de su propia muerte o la de convertirse en homicidas? ".

La pregunta anterior la hace y contesta el licenciado Joaquín Vargas Gené —miembro muy distinguido de la comisión que estuvo a cargo del tema en desarrollo—, en un ameno e inteligente enfoque que se acompaña como apéndice al presente estudio.

Para ilustrar el meollo de la pregunta nos recuerda Vargas Gené el caso de su padre, el ilustre periodista Joaquín Vargas Coto, que se batió en duelo, y entre otros, los dos siguientes:

> "En una de las salas del edificio de la Corte Suprema de Justicia, está un magnífico óleo con la efigie del Doctor Eusebio Figueroa, muerto en duelo contra don León Fernández Bonilla el 11 de agosto de 1833. Era entonces el Doctor Figueroa Secretario de Justicia del Gobierno de don Próspero Fernández, y tanto por el cargo que desempeñaba cuanto por su formación cultural, persona normalmente incapaz de actuar contra las normas legales establecidas. . .".

> "Del mismo salón de sesiones de la Corte Plena, no hace muchos años, se levantaron dos señores Magistrados con el fin de batirse en La Sabana. La participación del Secretario de la Corte de entonces, impidió que el duelo se realizara".

"El delito —dice Vargas Gené— *nunca ha sido inspiración del arte. Sin embargo el duelo ocupa lugar importante entre los temas de los grandes pintores y de la literatura. . . Gernelo, llevó un óleo suyo hasta las galerías del Louvre, con el tema de "Un duelo interrumpido". La Galería Nacional de Londres, exhibe un magnífico cuadro de Hogarth titulado "El Duelo" y es famosísima la pintura de Delacroix "Duelo de Giuar y del Bajá", que está en el Museo de Melburne. Cervantes, que convierte en caballero andante a don Quijote. . . exalta el duelo como conducta propia de quien tiene levantado espíritu; Dumas en 1845 hace nacer la entrañable amistad de los Tres Mosqueteros*

(7) Quintano, ob. cit. pág. 33.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

de un duelo y en nuestro país, Aquileo Echeverría pinta un cuadro costumbrista en "Cuatro Filazos", sacando de la categoría de riña un enfrentamiento a cuchillo, para, digámoslo así, elevarlo a la categoría de duelo".

En el duelo tipo o regular, las sanciones recaen exclusivamente sobre los combatientes si no existen resultados lesivos, y en caso contrario, sobre la víctima por haber celebrado el duelo y contra el victimario, de acuerdo con las consecuencias del combate (muerte o lesiones). Esa penalidad atemperada no trasciende a padrinos, colaboradores ni asistentes. El sistema del silencio, por el contrario, da paso a complicaciones dogmáticas en cuanto a dichos colaboradores y obliga a acudir a las reglas de la autoría o de la complicidad y a manipular atenuantes y agravantes, según haya sido la actuación de cada uno de ellos en orden a evitar o forzar el duelo y a aumentar o disminuir sus riesgos; también obliga, en cuanto a médicos y sanitarios, a subterfugios con respecto a las eximentes del estado de necesidad y cumplimiento de un deber.

Lo dicho sobre el homicidio en el duelo cabe decir también, por iguales razones, en caso de heridas o lesiones: en uno y otro caso, el sistema legislativo vigente ofrece menos problemas y contiene en potencia ventajas relativas o comparativas.

La segunda recomendación, tendiente a llenar lagunas propiamente legislativas, se explica por sí misma en cuanto persigue complementar normas de derecho positivo en dos casos: primero en relación con la actuación irregular de los padrinos —irregular en el desempeño de la función que la ley espera de ellos para cohonestar la atenuación de las penas— y segundo, en relación con el combatiente que dolosamente se aprovecha de la alevosía de los padrinos.

* * * * *

APENDICE

¿Por qué —debemos preguntarnos—, personas que en todos los casos mantienen una conducta intachable; incapaces, ciertamente, de cometer la contravención más ligera, en especiales circunstancias se determinan a cometer el delito que la legislación tipifica como "Duelo", arrastrando la posibilidad de su propia muerte o la de convertirse en homicidas?

Don Luis Jiménez de Asúa dice que *"Todo el mundo comprende y disculpa estas acciones, ejecutadas en ciertas circunstancias en que el choque afectivo provoca en el sujeto una reacción criminal. Se citan, entre estos casos, aquellos en que se trata de una situación real de dolor, que lesiona tan fuertemente el sentido de lo justo, que el poder inhibitorio del* superyó, *aun funcionando perfectamente en otras condiciones, queda anulado en el caso concreto"* (1).

Se debe distinguir con toda claridad entre el acto criminal del inimputable por ausencia de la capacidad de comprensión y el duelista, que realiza el acto delictuoso con plena conciencia, sabedor de lo que está haciendo, de sus consecuencias y del carácter ilícito de su conducta en la que, sin embargo, cae, por cuanto es presa de estímulos que al momento de producirse son adecuados para inhibir la función contralora de la conciencia.

La respuesta a la pregunta formulada sobre la conducta delictiva del duelista, ha de buscarse en la existencia de esos estímulos y en la influencia que pueden tener en la conducta de un hombre, hasta el extremo de convertirlo en homicida, a pesar de que, real y efectivamente, normalmente se encuentre lo más alejado que pueda imaginarse de una tendencia proclive a lo criminal.

Los estímulos ambientales, actuando sobre la disposición de cada ser, forman la personalidad que le corresponde y tiene y, al propio tiempo, configuran el carácter.

La concepción dinámica del carácter establece que la disposición no es un valor establecido, sino una potencialidad o pura posibilidad de desarrollo. El desarrollo de la potencialidad tiene lugar en el ambiente y por el ambiente, de manera que todo desarrollo de una potencialidad es reacción al ambiente. En otras palabras, todo eficaz influjo exte-

(1) *Psicoanálisis Criminal.* Luis Jiménez de Asúa. Editorial Losada. Buenos Aires, 1947. Pág. 89.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

rior fija tendencias de desarrollo disposicionalmente existentes.

Goethe expresó poéticamente la idea al decir:

> "Un talento se forma en la quietud; un carácter en el torbellino del mundo".
> (Torquato Tasso. Acto 1, Exc. 2).

"Para caracterizar las relaciones variadamente entretejidas entre el Yo y su ámbito, el lenguaje y la ciencia conocen una serie de términos que, si bien son usados en la vida cotidiana con límites algo vagos, se distinguen, sin embargo, en rasgos esenciales: Frente al Yo se coloca el mundo exterior; el individuo se relaciona con su ambiente; la persona social vive en su medio; la personalidad se logra en su entorno; el hombre aislado, en el grupo, sociedad o comunidad" (2).

Debe entenderse por ambiente de una persona a la totalidad del mundo corporal y espiritual que está alrededor de ella. No hay, pues, un ambiente, sino un ambiente relacionado con cada individuo. Cada individuo, recibe los estímulos de su ambiente, pero la influencia de los mismos depende de la receptividad propia de cada persona. El concepto de ambiente es una posibilidad de influencia; el mismo hecho puede significar para unos una vivencia trascendental y, para otros puede aparecer completamente desprovisto de significado.

Los influjos del ambiente no han de ser necesariamente conscientes y, siendo el ambiente dinámico, varía permanentemente en el espacio y en el tiempo.

La educación, la cultura, el concepto que se forma una persona incorporando definiciones preestablecidas, forman parte de un ambiente que tiene notable influencia en la personalidad, en el carácter y en la conducta de las personas.

Es característico que las comunidades muestren conexiones especiales que las distinguen, creando patrones de conducta que se manifiestan en determinadas situaciones sociales o individuales. Tales patrones van cambiando en la medida en que se van modificando los componentes ambientales y en conformidad con la intensidad de los estímulos que surgen o que desaparecen.

Cuando Goethe escribió el "Wherter", se produjo en el mundo occidental una oleada de suicidios, porque en aquella etapa romántica se propuso una solución a los problemas afectivos que planteó el escritor, estableciéndose un estímulo que generó, para quienes tuvieran la capacidad de percepción apropiada al caso, un patrón de conducta. De manera que en las personalidades que tenían una disposición hacia la autoaniquilación, ésta se desarrolló con el libro que vino a constituir un estímulo ambiental externo adecuado.

Durante muchos años el duelo fue un patrón de conducta aceptado como solución a determinadas situaciones y, ese patrón, formó naturalmente parte del ambiente, del entorno de las personalidades que se producían inmersas en él. Batirse en duelo, dentro de las circunstancias preestablecidas, era lo propio. En cambio, no batirse dentro de esas circunstancias, era cobardía y causa de deshonor.

En la época de "las preciosas", en Francia, caracterizada por un romanticismo, no sólo literario sino también práctico, exacerbado, el duelo, no sólo era corriente, sino también obligado, porque del desafío dependía, en gran parte, la consideración social a las personas, que sólo lograban conservar esa posición si no rehusaban el duelo. Rostand escribió, sobre esa época, su magnífica obra teatral "Cyrano de Bergerac", en la que los tres temas principales son: el ingenio, el amor y el duelo.

Sin embargo, el duelo no ha existido en todas las épocas de la historia. En la antigüedad clásica no lo conoció Grecia, cuna de la cultura occidental, ni lo conoció Roma, creadora del Derecho, por más que ambos pueblos fueron modelos del valor y del arte de la guerra. Ambos consideraron que era deshonroso emplear las armas para vengar las injurias recibidas, porque entendieron que en todo pueblo culto, es a los magistrados a quienes corresponde castigar los ultrajes y hacer justicia reparando el mal causado. Cierto es que en Roma se produjeron algunos duelos, pero todos ellos, sin excepción, tuvieron un origen bien distinto al que posteriormente llegó a popularizarlos. Los duelos romanos ocurrieron siempre por cuestiones públicas y siempre con autorización del representante del Estado, para sustituir por un combate particular el choque entre ejércitos, evitando de esa manera enfrentamientos sangrientos entre pueblos. Así ocurrieron los duelos entre Horacios y Curiacios; el de Torcato Manilio con Galo; el de Tito Quincio con Badio Capuano, que se llevó a cabo sin el

(2) *Los Asociales.* Hans Gobbels. Traducción Dr. A. Linares Maza. Ediciones Morata. 1952. Pág. 138.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

consentimiento del Jefe del Ejército, por lo que Tito pagó con su vida su indisciplinada desobediencia al imperio de las leyes y el haber sustituido al Estado, único con potestad de hacer justicia.

Nació el duelo en las selvas del Norte de Europa, entre pueblos de atrasada legislación. Los germanos, que lo aprendieron de los bárbaros, lo difundieron por toda Europa en alas de una ciega superstición que les hacía creer que Dios asistía al encuentro para dar la victoria al inocente y, por tal razón, a estos encuentros se les llamó, durante una época, **juicios de Dios.**

La convivencia de romanos y bárbaros, la mezcla de las culturas, la influencia de los ambientes propios de unos y de otros, hizo que cada parte tomara algo de la otra y así, el duelo arraigó en los romanos, al extremo que en 644, Rotario, Rey de los lombardos, al publicar en Pavía su edicto, elevó a Ley el duelo, considerándolo como prueba de verdad. El espíritu caballeresco de la Edad Media, institucionalizó los **torneos. El duelo,** como medio para reparar el honor, es de origen francés.

Robustecidos los poderes públicos, comenzó a ser perseguido el duelo. La Iglesia fue la primera en anatematizarlo, pero tan arraigado estaba en las costumbres, forma parte tan sólida del ambiente, que a pesar de todas las sanciones ha llegado a los tiempos modernos, por lo que las legislaciones lo contemplan como una figura delictiva.

Así, la exposición de motivos de nuestro Código Penal actual, acoge las apreciaciones de Soler y dice que *"Mantenemos la figura del duelo, aun cuando esta costumbre ha ido perdiendo significado social. La razón para no innovar mucho en este punto radica en que, aun cuando excepcional, no está por cierto descartado y por lo tanto puede ocurrir que alguien mate a otro en esas condiciones. La afirmación de que en tal situación el hecho debe ser tratado como un homicidio común no parece justa; media mucha distancia, objetiva y subjetivamente".* Está en razón lo que Soler dice y la Exposición de Motivos de nuestro Código acoge, porque si bien es cierto que los factores ambientales se han ido modificando, ello no indica que han desaparecido los estímulos que en él existen para desarrollar, en ciertas circunstancias y en determinadas personalidades, las potencialidades de caracteres receptivos a esos estímulos, que por ellos adoptan una conducta claramente distinguible del homicida común o del que mata en riña.

El duelo se diferencia de la riña, porque ésta generalmente es el resultado de un ciego impulso y aquel es el resultado de un acuerdo que, como tal, es meditado. Teóricamente, en el duelo hay igualdad de armas y de posibilidades, lo que en la práctica no acontece, porque siempre habrá diferencia en fuerzas y en habilidades. En la riña no está en el ánimo de los contendientes sustraerse formalmente del imperio de la ley y menos fundamentar esa trasgresión en algún pretexto que justifique ante la opinión pública la trasgresión que se comete; en el duelo se trata de hacer burlar la acción de la ley a pretexto de sentimientos y principios elevados, sustituyendo la soberanía del Estado por la soberanía particular que pretende hacerse justicia por propia mano pero, invariablemente, buscando un resultado en el ambiente, una justificación ante la opinión pública.

El delito, nunca ha sido inspiración del arte. Sin embargo el duelo ocupa lugar importante entre los temas de los grandes pintores y de la literatura. Por eso, en gran parte, ha venido a ser un factor actuante del ambiente. Gernelo, llevó un óleo suyo hasta las galerías del Louvre, con el tema de "Un duelo interrumpido". La Galería Nacional de Londres, exhibe un magnífico cuadro de Hogarth titulado "El Duelo" y es famosísima la pintura de Delacroix "Duelo de Giaur y del Bajá", que está en el Museo de Melburne. Cervantes, que convierte en caballero andante a don Quijote por la literatura que conforma su entorno, exalta el duelo como conducta propia de quien tiene levantado espíritu; Dumas en 1845 hace nacer la entrañable amistad de los Tres Mosqueteros de un duelo y en nuestro país, Aquileo Echeverría pinta un cuadro costumbrista en "Cuatro Filazos", sacando de la categoría de riña un enfrentamiento a cuchillo, para, digámoslo así, elevarlo a la categoría de duelo.

En una de las salas del edificio de la Corte Suprema de Justicia, está un magnífico óleo con la efigie del Doctor Eusebio Figueroa, muerto en duelo contra don León Fernández Bonilla el 11 de agosto de 1833. Era entonces el doctor Figueroa Secretario de Justicia del Gobierno de don Próspero Fernández, y tanto por el cargo que desempeñaba cuanto por su formación cultural, persona normalmente incapaz de actuar contra las normas legales establecidas y, sin embargo, fue él quien retó a duelo a don León Fernández, por cuanto consideró que debía reclamar en esa forma la publicación de una hoja suelta que circuló con el título de "La Alquimia Moderna", cuyo texto lo hacía desmerecer en el concepto de la opinión pública, por lo que, para recobrar esa "estima",

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

debía reclamar el agravio en "el campo del honor". El duelo se realizó en las inmediaciones de La Sabana y, después del primer disparo con el que ninguno de los dos contendientes resultó herido, se acercaron diez pasos para hacer el segundo, con el que fue muerto el doctor Figueroa. Años más tarde, un hijo del doctor Figueroa dio muerte a don León Fernández en momentos en que éste se encontraba en la sala de espera del Ferrocarril del Atlántico. De estas causas, una por duelo y otra por homicidio, conoció un Jurado y en ambas dictó resolución absolutoria, a pesar de que los hechos fueron abundantemente probados (3).

Esas resoluciones dieron al traste con la institución de jurados en Costa Rica y con el juicio oral y público que existía.

Años más tarde, don Manuel Argüello Mora murió en un duelo que concertó con don Joaquín Tinoco Granados en el que, como en el anterior, los contendientes se hicieron dos disparos. También en este caso la víctima fue el retador, quien insistió en la celebración del desafío a pesar a de que Joaquín Tinoco gozaba de bien merecida fama de ser el mejor tirador del país. Aún más, después de hecho el primer disparo, fue don Manuel el que insistió en que se efectuara el segundo. De este lance se dio la versión de que la muerte del señor Argüello no fue querida por el señor Tinoco, quien trató de disparar por encima del hombro de su contendor, pero éste agachó y ladeó la cabeza al momento del disparo.

Más recientemente todavía, en el año 1961, don Sergio Fernández Castro, siendo Director de la Guardia Civil y Jefe del Estado Mayor, fue herido en duelo por don Frank Marshall Jiménez, quien trasladó al herido al Hospital San Juan de Dios, sin que el caso llegara a los Tribunales.

Muchos son los duelos concertados que no se llevaron a cabo o que se arreglaron convenientemente para las partes ya en el campo del honor, gracias a la intervención de los padrinos. Entre ellos, cabe citar el que sostuvieron, en el Alto de Ochomogo, los periodistas Joaquín Vargas Coto y don Salomón de la Selva, situación que resolvieron los padrinos después de que los duelistas, ambos, hicieron un disparo al aire; el que concertaron don Otilio Ulate Blanco y el Lic. Fabio Fournier Jiménez; el de don Sergio Carballo y don Aquiles Bonilla, siendo el primero Director de La Nación y el segundo Ministro de Seguridad Pública; el del Lic. Ricardo Toledo y el periodista Guillermo Calvo Navarro. En estos últimos cuatro duelos, concertados pero no celebrados por algún motivo, excepto el primero que sí se celebró aunque no tuvo consecuencias personales, participaron siempre periodistas y en ellos intervino, o la política o publicaciones de carácter polémico.

Del mismo salón de sesiones de la Corte Plena, no hace muchos años, se levantaron dos señores Magistrados con el fin de batirse en La Sabana. La participación del Secretario de la Corte, de entonces, impidió que el duelo se realizara.

Ninguna de las personas citadas fue jamás procesada por delito o contravención alguna. Aún más, todos ellos fueron personas de vida ejemplar que prestaron grandes servicios al país en campos diversos; pero las circunstancias, los estímulos ambientales desarrollaron en el momento histórico que se produjeron los hechos, potencialidades que los llevaron a adoptar la conducta que asumieron.

Hemos conversado con algunos de ellos que aún viven y ello nos permite asegurar que no fue, de ninguna manera, un afán homicida, o siquiera el deseo de cobrar venganza, lo que los llevó a provocar o a aceptar el duelo, sino más bien el convencimiento personal de que no había otra forma adecuada de conservar la posición que ocupaban en el ámbito social.

A medida que se fortalece el imperio de la ley, los factores ambientales que influyen en estos llamados "delitos ocasionales", van perdiendo jerarquía e idoneidad para influir en la personalidad y en el carácter de los sujetos. Paralelamente van perdiendo también importancia como temas literarios o artísticos y la humanidad acude a los jueces antes que a los padrinos, a las normas jurídicas con imperio, antes que a las normas románticas del Código del Honor escritas por el Marqués de Cabrillana.

Nadie puede asegurar que han desaparecido los caballeros andantes, ni que del honor se haya dejado de tener un elevado concepto, pero la civilización, la dinámica del ambiente, ha dado soluciones más razonables y jurídicas a los agravios que se reciben.

---

(3) *El Jurado en Costa Rica.* Separata del No. 4 de la Revista de Ciencias Jurídicas de la Universidad de Costa Rica. Lic. Hugo Porter Murillo.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL
"FERNANDO COTO ALBÁN"

LA SANA CRITICA Y LAS SENTENCIAS DE JUICIOS ANTE EL CONTRALOR DE CASACION

ENSAYO DOCTRINARIO Y CASUISTICO SOBRE EL CODIGO PROCESAL PENAL DE COSTA RICA*

Lic. Víctor Ml. Obando.

I
GENERALIDADES

Título y subtítulo anterior comprometen seriamente a labor investigativa que no podríamos abarcar en breve ensayo, como si la excusa anterior no conlleva cierto temor de penetrar en terreno donde pareciera no existir trabajos elaborados sobre tan inexplorada materia. La tesis planteada obliga a partir de un estudio más vasto, como sería el contralor de las sentencias de Tribunales de Juicio por vía de Casación, temática que fue sintéticamente planteada por el Dr. Ricardo C. Núñez en "Temas de Derecho Penal y de Derecho Procesal Penal", por conferencia pronunciada en 1956 ante la Suprema Corte de Justicia de Mendoza.

Hemos consultado connotados tratadistas del prestigio de Giovanni Leone, Carnelutti, Vincenzo Manzini, Niceto Alcalá-Zamora, Ricardo Levene, Beling y muy particularmente, "El Recurso de Casación en el Derecho Positivo Argentino" de Fernando de la Rua, quien definitivamente es el autor que mejor trata el tema, sin que lo aborde directamente, sino en forma general.

¡Ahora bien! el Código Procesal Penal de Costa Rica fue promulgado por Ley No. 5377 del 19 de octubre de 1973, su aplicación o vigencia arrancó recientemente, el 1 de junio de 1975, no siendo posible preparar detenidamente el foro nacional para estudiar reposadamente un sistema que rompe casi radicalmente la estructura inquisitiva del Código Procesal Penal de 1910, con innovaciones como la oralidad, la publicidad, la inmediatez de la prueba y la contrariedad, que son las características fundamentales del nuevo sistema. Ante dudas que se vienen presentando en la interpretación del Código Vigente, no queda mejor camino que investigar sistemas similares y particularmente el Código de la Provincia argentina de Córdoba, cuyo inspirador, Dr. Alfredo Vélez Mariconde, fue intelectualmente el autor del Código de Costa Rica, a la par de una Comisión que colaboró con el ilustre tratadista.

La jurisprudencia de la Sala de Casación, se encuentra aún virgen, por las razones apuntadas.

---

* Trabajo leído y comentado en los cursos de la Corte Suprema de Justicia.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

No vamos a censurar, como otros lo han hecho sin méritos, a un autor tan calificado como Vélez, que dedicó lo mejor de su vida al estudio sistemático del Procedimiento Penal. El hecho de haber abandonado su Patria para venir acá sin ánimo de lucro y elaborar así el Código actual, nos está demostrando que su nombre y memoria perdurarán en Costa Rica con el respeto que merecen los ciudadanos epónimos. Por encima de omisiones formales del nuevo Código, está todo un sistema que revoluciona la justicia penal en nuestro medio, tan ayuna de reformas trascendentales. Claro está, el Código actual, como toda legislación reciente, puede tener algunos errores, ¡pero qué obra humana está perfecta! Lo importante es haber implantado en nuestro medio un sistema acorde con la cultura jurídica del país, ya que resultaba extraña paradoja que una Nación cuya tradición jurídica es respetable, no avanzara hacia sistemas modernos de mejor justicia penal, como se pretende justamente ahora con el procedimiento civil.

Es posible que en el proceso de homologación del Código actual habrá que introducir no pocas reformas, pero el sistema actual es bueno por encima de retoques y en la vida de pueblos y naciones, lo trascendental y relevante son las revoluciones e innovaciones con saldos positivos. El sistema de oralidad, publicidad, inmediatez y contradicción, está en marcha y lo importante ahora es la adecuada preparación de jueces y abogados, para que el concepto de certeza sea un valor trascendente en la verdad, concepto que aunque filosófico, lo ha usado la legislación procesal como sinónimo de certeza.

II
MOTIVACION

Las consideraciones que exponemos enseguida, posiblemente son ambiciosas a tono con nuestra capacidad, al no haber tenido la interesante experiencia de la judicatura, pero tratamos de compensarla con veinticinco años de ejercicio activo de la profesión de abogado litigante, especialmente en el área penal.

Siendo tema delicado o de no fácil comprensión, es comprensible que la jurisprudencia lo vaya abordando con mejores enfoques. Lo difícil de este ensayo es que, para arribar al punto del contralor de Casación sobre la sana crítica, quedamos obligados a analizar el tema central, en cuanto a las sentencias de juicio susceptibles de valoración casacionista, por inobservancia de normas procesales en inadmisibilidad, caducidad o nulidad, conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 471 del Código Procesal Penal.

Para desembocar al contralor de Casación sobre la Sana Crítica, metodológicamente, aparece la prelación del contralor general sobre las sentencias del Tribunal de Juicio, tema de suma vastedad que tratamos de sintetizar. Pero como el concepto legal de sana crítica está perfilado en el inciso 4 del artículo 400 del Código y ha sido motivo de interrogantes por parte de distinguidos colegas que han seguido el curso dictado en la Corte Suprema de Justicia, queremos contribuir con este aporte investigativo, sin mayores pretensiones ni vanidad.

III
LAS SENTENCIAS DE JUICIO ANTE EL CONTRALOR DE CASACION

La cuestión concreta a considerar hoy es la siguiente: ¿Cómo y en qué medida un Tribunal que no ha asistido al debate oral, puede revisar y corregir las sentencias de los Tribunales del Juicio Oral? En otras palabras: ¿Pueden, y hasta dónde en su caso, los jueces que no han actuado en la Sala de juicios orales, que no han oído al imputado ni a los testigos, que no han visto desfilar ante sus ojos la prueba de la causa, pueden, repetimos, intervenir a posteriori y declarar que los jueces del juicio oral fallaron mal o bien la causa?

A primera vista parece que lo lógico es que los jueces que no hubieran tenido ninguna intervención en el juicio oral, debieran abstenerse de todo contralor de las sentencias dictadas por los jueces que vieron, oyeron, palparon y apreciaron de manera inmediata la prueba de la causa y al acusado en la misma. Pero la realidad es otra: esos jueces

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

que no han presenciado el juicio oral y que durante su desenvolvimiento están entregados a otras actividades o a un reparador descanso, tienen en verdad la posibilidad de intervenir a posteriori y revisar y casar las sentencias de los jueces del juicio. Pueden, decimos, revisar y casar las sentencias dictadas por los jueces del juicio, vale decir, pueden examinarlas, tomarlas y anularlas o corregirlas si las encuentran viciadas.

Claro está, que esa intervención del Tribunal de Casación se realiza con arreglo a la situación en que frente al juicio oral se encuentran los jueces revisadores. Estos están en relación a la prueba de la causa en diferente situación que los jueces de un recurso escrito de apelación. En la apelación, tanto el Tribunal a quo como el ad-quem tienen ante sus ojos el material probatorio en todos sus aspectos, pues a los dos tribunales les es igualmente accesible el sistema probatorio escrito. La situación del Tribunal de Casación es totalmente distinta: a su conocimiento llegan, por regla, en lo que a la prueba susceptible de oralidad atañe, sólo las referencias que a ellas hace el Tribunal del juicio; y en cuanto al funcionamiento de todo el material probatorio, el Tribunal de Casación permanece absolutamente ajeno a los efectos conviccionales de los distintos factores emergentes de la "inmediatez" de ese material probatorio. Esa situación del Tribunal de Casación es la que, por necesidad, señala los límites fundamentales del recurso de casación. El de casación no es un recurso sobre el mérito de la prueba de la causa, sino un recurso limitado a la revisión de la aplicación del derecho sustantivo y del derecho formal hecha por el juez a quo. Tratar de explicar cómo y en qué medida el Tribunal de Casación realiza ese contralor, es el propósito que nos guía en este ensayo.

I V
CONTRALOR DE LA APLICACION DE LA LEY SUSTANTIVA

Ley sustantiva es, a los efectos de la casación, la ley con arreglo a la cual el juez resuelve el asunto del que conoce y juzga. Es la ley reguladora del fondo del asunto cuestionado, sea como objeto principal del proceso, sea como objeto particular de un artículo suyo. Restringiéndonos a la ley aplicable en la sentencia, diremos que la ley sustantiva puede referirse a la ley reguladora de la responsabilidad penal o a la ley reguladora de la responsabilidad civil. (Acción resarcitoria).

Sin embargo, aquí nos limitaremos, por razones de tiempo y para no complicar más el tema, a la primera, advirtiendo que en lo sustancial valen los mismos principios para ambas.

La ley relativa a la responsabilidad penal puede referirse a las formas jurídicas de la delincuencia (principales y accesorias); a su justificación y culpabilidad; a las condiciones para su punibilidad en el más amplio sentido, y a las penas y medidas de seguridad, sus condiciones de existencia y extinción. Pero esa ley no está sólo en el Código Penal. Puede estar en él, o en leyes complementarias o especiales, como los delitos en blanco. La ubicación del precepto no constituye ni cambia su verdadera naturaleza intrínseca.

a) Aspectos que supone la aplicación de la ley penal reguladora al caso regulado y las facultades del tribunal de casación en cada uno de ellos.

La aplicación de la ley al caso presupone dos aspectos distintos. Uno, el primero, atañe a la inteligencia de la ley en sí misma. Es la tarea de comprensión o interpretación de la ley, en cuyo campo el tribunal de casación se mueve, llegado el caso, con absoluta autonomía y amplitud.

La inteligencia de la ley exige la comprensión de sus conceptos particulares y la comprensión de sus institutos. El tribunal de casación se mueve en el ámbito de lo primero cuando, por ejemplo, averigua el sentido de los conceptos de: "cosa mueble", "matar", "abusar deshonestamente", "peligro común", etc., etc. Se mueve, por el contrario, en el campo de lo segundo, cuando investiga el concepto de la "quiebra fraudulenta", de la "condenación condicional", de la "prescripción" y "su interrupción", etc. Pero de la inteligencia de la Ley penal no puede ocuparse el tribunal de casación, sino cuando ante él se trae un caso judicial so pretexto de mala aplicación de la ley penal sustantiva, por parte de un tribunal de juicio. Este aspecto, el de la aplicación de la ley penal en sentido estricto, representa el segundo aspecto del problema que genéricamente hemos denominado "aplicación de la ley penal reguladora al caso regulado". En este aspecto se desenvuelve el contralor del tribunal de casación respecto de las sentencias de los tribunales del juicio en lo que atañe a la ley sustantiva.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

Ese contralor se limita al examen jurídico del caso. El tribunal de casación debe limitarse a revisar cómo el tribunal de juicio ha aplicado el derecho a los hechos de la causa. En esta tarea, el tribunal de casación debe atenerse a los hechos fijados por el tribunal de juicio en la sentencia impugnada, y debe limitarse a decidir si esos hechos han sido correcta o incorrectamente tratados desde el punto de vista de la ley sustantiva, en los puntos comprendidos por los agravios del recurrente, por el tribunal del juicio.

En este punto tienen su sede las ya célebres "cuestiones de hecho y de derecho". Las "cuestiones de hecho" están excluidas del contralor de la casación por la vía de la aplicación de la ley sustantiva. Por esa vía sólo se le pueden traer a la casación "cuestiones de derecho".

La distinción de lo que es hecho y lo que es derecho dentro de los poderes de la casación es el problema fundamental que domina esta materia. Para decidir al respecto no es correcto proceder de una manera generalizante y absoluta, como sucede a menudo, incluso entre los mejores autores y tribunales.

No se puede decir, por ejemplo, que son cuestiones de hecho: la premeditación, la emoción violenta, la distinción entre los hechos de cooperación y los de auxilio, lo relativo al ardid o engaño, etc., etc. No se puede proceder así, porque el derecho no mira ninguna de esas cuestiones como puros hechos. La premeditación, la emoción violenta, el ardid, etc., son conceptos jurídicos, no entidades puramente materiales. Una cosa es la materialidad que sustenta el concepto jurídico, y otra el concepto jurídico relativo a esa materialidad. Respecto de todas esas entidades mencionadas recién, el derecho tiene sus propios conceptos. La casación se mueve en el ámbito del examen y corrección de esa conceptuación por parte de los tribunales del juicio.

b) Lo que se debe entender por hechos. La respuesta no es tan difícil como se puede pensar a raíz de tantas polémicas sobre el asunto. Tales son los acontecimientos de la vida que constituyen la materia justiciable, determinados por la sentencia en recurso. Se refieren a los hechos de la causa las siguientes cuestiones: las referentes a los sujetos activo y pasivo del delito, sus condiciones, relaciones, circunstancias, etc., etc.; a la materialidad física y psíquica de los hechos que la ley castiga como delitos; a las circunstancias y al lugar y al tiempo de los mismos, y a las demás materialidades sobre las que se apoyan los conceptos legales. En una palabra, son cuestiones de hecho todas las que se refieren a la estructuración subjetiva y objetiva, física y psíquica de lo sucedido. Por ejemplo, respecto de la premeditación, son cuestiones de hecho las referentes a la materialidad psíquica que la constituye y al tiempo; respecto del engaño o ardid estafatorio, son cuestiones de hecho las relativas a la materialidad de los artificios realizados por el autor, a las condiciones mentales y culturales de la víctima y a los efectos de los artificios en el ánimo de ésta.

c) Lo que se debe entender por derecho: ¿Cuál es el objeto de las llamadas cuestiones de derecho que el tribunal de casación puede examinar y declarar bien o mal resueltas por el tribunal de juicio?

Tales son todas las cuestiones relativas a la consideración jurídica de los hechos de la causa.

Son las que se comprenden en lo que la doctrina denomina de calificación, definición o subsunción legal de los hechos de la causa. Tienen por objeto, en una palabra, el encuadramiento del caso en la ley en todos los aspectos que supone la responsabilidad o la irresponsabilidad penal.

Las cuestiones de derecho pueden provenir:

De una errónea inteligencia de la ley penal, como son una incorrecta idea sobre lo que debe entenderse por "cosa mueble", o por "alevosía", o por "concurso ideal".

Las cuestiones de derecho pueden provenir, también, de una errónea consideración jurídica del caso. Entendiendo bien, por ejemplo, el concepto legal del hurto, el juez encuadra en él una materialidad que no llena las condiciones que ese concepto exige.

d) Las facultades del Tribunal de Casación.

Al tribunal de casación le está absolutamente prohibido determinar los hechos de la causa. Estos llegan a él definitivamente fijados por el tribunal del juicio. Esto, que es una consecuencia de que el tribunal de casación permanece ajeno al desenvolvimiento del proceso probatorio de la causa en el debate oral, exige lo que la jurisprudencia cordobesa ha establecido como condición formal del recurso de inobservancia o errónea aplicación de la ley sustantiva, vale decir, que las impugnaciones jurídicas a la sentencia de los tribunales del juicio se deben hacer respetando los hechos establecidos en aquéllas.

Por el contrario, el examen de las inobservancias o de las erróneas aplicaciones que de la ley sustantiva hagan los tribunales de juicio, sea por mala inteligencia de aquélla, sea por mala conside-

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

ración jurídica del caso resuelto, entra en el ámbito de las facultades del tribunal de casación. La inobservancia de la ley sustantiva significa la falta de aplicación de la ley o norma que corresponde aplicar. No hay aquí error en la manera de aplicar la ley o la norma, sino omisión de aplicación de ella. Por ejemplo, el tribunal del juicio no aplica el art. 76 del Código Penal, (concurso material), a pesar de concurrir el número de condenas señalado por ese artículo y no tratarse de un caso de menor peligrosidad en el condenado; o el tribunal del juicio oral no aplica el art. 210 del mismo Código, a pesar de tratarse de un hurto famélico.

La errónea aplicación de la ley sustantiva es la falta de correspondencia de la ley o norma aplicada al caso a que se la aplica: a un hurto se le aplica el artículo referente al robo. Aquí el Tribunal del juicio incurre en un error positivo de aplicación de la ley sustantiva.

e) Límites del poder de contralor por casación de la aplicación de la ley sustantiva. El contralor de la incorrecta aplicación de la ley sustantiva por los tribunales de juicio corresponde al tribunal de casación, en tanto la aplicación de la ley no dependa de poderes discrecionales de aquéllos.

La aplicación de la ley penal depende de poderes discrecionales del tribunal del juicio cuando está subordinado a la apreciación de situaciones de hecho que sólo él puede realizar en el debate.

Tal es lo que sucede respecto de las condiciones personales del autor que sustentan la medida de la pena, por ejemplo, la educación, las costumbres, la peligrosidad, etc. del delincuente. En relación a esas apreciaciones la ley no le proporciona al juez una conceptuación jurídica constitutiva de una regla objetiva que señale cómo deben realizarse en cada caso, de manera que, aplicándola, la casación pueda corregir el error alegado y declarar la aplicación exacta de la ley. No existe, por ejemplo, una regla determinadora de cuál es en el caso concreto la verdadera peligrosidad del autor. Todo lo relativo a la medida de la pena con arreglo a los criterios de los arts. 71 y 72 del Código Penal (peligrosidad y personalidad) se mueve en virtud de una serie de imponderables que el tribunal del juicio oral tiene en cuenta y respecto de los cuales la casación no encuentra formulado en la ley un criterio objetivo al que se deba atener para realizar su contralor.

Lo dicho no significa que todo lo relativo a la pena esté fuera del contralor de la casación. No, no es así. Bajo su contralor cae todo aquéllo en donde la casación encuentra una regla objetiva reguladora de la situación particular de que se trata, la aplicación de la cual basta para resolver la cuestión planteada. Por ejemplo, la casación puede corregir una sentencia que en un caso de concurso material de delitos ha impuesto como pena la de 25 años de prisión, resultante de la suma total de las correspondientes a los particulares delitos concurrentes. Lo puede hacer, porque en el art. 71 del Código Penal encuentra una regla objetiva que le permite corregir directamente el vicio de aplicación en que ha incurrido el tribunal a quo, sin recurrir a determinaciones de hecho, como es la de la verdadera peligrosidad del autor. Lo mismo se puede decir si, en un caso de concurso ideal, el tribunal del juicio aplica la sanción que fija pena menor, pues en el art. 75 se encuentra la regla directamente rectificadora de ese error. (Pena mayor).

V
CONTRALOR POR LA CASACION DE LA APLICACION DE LA LEY PROCESAL

Tomando en consideración el silogismo que representa la sentencia, podemos decir que los poderes de casación que acabamos de estudiar se refieren al contralor del correcto manejo por parte del juez del mérito, de la premisa mayor de ese silogismo: la ley reguladora del caso.

La cuestión cuyo estudio emprendimos ahora se refiere al correcto tratamiento legal de la determinación de la premisa menor del silogismo: los hechos de la causa; la materia regulable por la ley sustantiva.

La ley cuya aplicación custodia aquí la casación no es la ley reguladora del asunto criminal justiciable, sino la ley: 1) que establece cómo el juez del juicio debe proceder para dictar resolución sobre el fondo del asunto; y 2) que establece cómo ese juez debe fundar su resolución.

1) Contralor de la forma de dictar sentencia.

No podemos detenernos en este punto que, en realidad, no ofrece grandes dificultades. Nos limitaremos a resumir nuestros conceptos en las siguientes manifestaciones: El contralor por parte

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

del tribunal de casación de la forma en que el tribunal del juicio ha dictado la sentencia, se puede realizar mediante el examen de los siguientes puntos:

a) Mediante el examen de los sujetos de la relación procesal y de su forma de actuación en el proceso. Esto atañe:

Al examen del nombramiento, capacidad y constitución del tribunal del juicio (Código de Procedimientos Penales, art. 375, inciso 1) art. 145, inciso 1 y de su competencia:

Al examen de la intervención y participación del órgano de acusación (público-privado) Código de Procedimientos Penales, art. 395, inciso 1 y del ejercicio de la acusación; 145–2. Al examen de la intervención, asistencia y representación del imputado (Código de Procedimientos Penales, arts. 395, inciso 13; 80, 145, 400, inc. 1.

Al examen de la materia de la sentencia (Código de Procedimientos Penales, arts. 395, incs. 3 y 4; 400 incs. 2, 3, 4 y 5).

b) Este contralor se puede realizar, también mediante el examen de los presupuestos de la sentencia y de sus formas. A esto atañen: la publicidad, oralidad y continuidad del debate (Código de Procedimientos Penales arts. 359 y 361, última parte), y su fehaciencia arts. 369 y 387. Además, las formas exigidas constitucionalmente. Son muy pocas y habrá que llegar a una reforma constitucional, como luego veremos.

2) Contralor de la fundamentación de la sentencia. Este es, quizá, el punto más interesante. Es, sin lugar a dudas, el que ha dado más quehacer en la práctica judicial de Córdoba y de las otras provincias. En este punto vuelven a oponerse los hechos y el derecho a los fines de determinar las facultades del tribunal de casación. Pero aquí la oposición se realiza en el aspecto procesal. Ya no interesan aquí ni los hechos justiciables en sí, ni la ley que los regula. Las dos entidades (los hechos y el derecho) toman en este tema un aspecto nuevo.

Los hechos aparecen bajo la forma de material probatorio y de su eficiencia probatoria. Por el contrario, el derecho aparece bajo la forma de las reglas jurídicas que regulan la legalidad de la prueba.

Todo lo que se vincula a la legalidad de los elementos probatorios utilizados por el tribunal del juicio, cae bajo el contralor del tribunal de casación. Por disposición expresa de la ley procesal, el tribunal de casación debe controlar el deber de los tribunales de juicio de motivar o fundar sus sentencias (Código de Procedimientos Penales, arts. 106 y 144).

Esta obligación de motivar sus sentencias que tienen los tribunales del juicio delimita el significado de su poder de resolver con arreglo a la "sana crítica". Se interpreta perfectamente mal este concepto cuando se lo entiende como si autorizara al tribunal para resolver discrecionalmente, sin sujeción a regla alguna, sobre la existencia del hecho criminoso y la responsabilidad del acusado. En realidad la sana crítica señala un ámbito de poder discrecional del juez del juicio oral, pero no en el sentido expresado. El tribunal del juicio aprecia libre y prudencialmente la eficiencia probatoria de los medios de prueba de la causa. En este punto, el tribunal del juicio es soberano y la casación no puede controlar el acierto o desacierto de su juicio, mientras ese material probatorio aparezca enunciado en forma correcta en la sentencia, esté constituido por elementos legalmente admisibles y sea el que el tribunal del juicio estaba obligado a examinar con arreglo a la ley procesal.

En tanto que a la sentencia no se le imputen vicios de esa índole, vale decir, referidos a la legalidad de la prueba de la causa, o, como dice la ley procesal, relativos a la inobservancia de las normas que, en relación a la fundamentación de la sentencia, producen nulidad, inadmisibilidad o caducidad (Código de Procedimientos Penales, art. 471, inciso 2), esa sentencia es inatacable por casación.

Esto es el resultado lógico de la posición del tribunal de casación frente a los resultados del funcionamiento de la prueba en el debate. A él le pueden llegar relatos de las declaraciones del debate, documento y menciones de evidencias introducidas en aquél, pero no le llegan ni las pruebas testimoniales originales, ni las impresiones originales de las inspecciones y comprobaciones realizadas en el curso del debate, ni en fin, las múltiples vivencias de la audiencia.

Esa es la razón por la que al tribunal de casación no se le puede proponer una cuestión fundada en la duda resultante de la prueba reunida en el debate; el principio in dubio pro reo es, efectivamente, una regla procesal, pero es una regla rectora para los tribunales del juicio, respecto de la cual no existe contralor por la vía de la casación.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

V I
EXIGENCIAS LEGALES RESPECTO DE LA MOTIVACION DE LA SENTENCIA Y LAS FACULTADES DEL CONTRALOR DE LA CASACION

La sentencia debe ser motivada. El tribunal del juicio debe enunciar en su sentencia las razones de hecho y de derecho que justifican su resolución sobre el caso. Debe enunciar el por qué de su decisión.

Sin embargo, esa obligación de motivar tiene su medida. motivar no quiere decir: Ni discusión plena de los pedidos y razonamientos de la acusación; ni discusión plena de los pedidos y razonamientos de la defensa. El Juez sólo está obligado a manifestar sus razones para condenar o absolver en la forma en que lo hace.

¿Cómo cumple el Juez esa obligación de motivar?

En relación a las conclusiones de hecho de la sentencia, para llenar su obligación de motivarlas (fundarlas), el juez debe comenzar por enunciar los elementos probatorios que justifican cada una de esas conclusiones de hecho. No le bastaría decir: "está probado que Juan murió". Es preciso que sustente esa afirmación en elementos probatorios. Por ejemplo: "La partida de defunción prueba que Juan murió". Pero la motivación debe ser sobre todos y cada uno de los presupuestos de la decisión; debe ser, en una palabra, completa. No estaría, por ejemplo, motivada la decisión de que Juan mató a Pedro si el juez la fundara sólo en que el testigo Diego vio que Juan iba hacia la casa de Pedro a la hora del crimen.

La motivación debe ser, además, concordante. Es tal aquélla en la cual el elemento de convicción invocado por el Juez conviene o corresponde al hecho afirmado o negado. En otras palabras, el elemento probatorio mencionado por el juez debe referirse a lo que el juez pretende probar. No existe esa concordancia si, por ejemplo, para probar la muerte de la víctima, la sentencia menciona la partida de nacimiento de ella; o si menciona el testimonio de alguien que lo vio vivo al presunto muerto o vio otro muerto.

La motivación no debe ser ni falsa ni ilógica.

Es falsa cuando el juez apoya su decisión en antecedentes inexistentes o alterados; como si para probar la muerte de la víctima, el juez menciona como introducida al debate una partida de defunción que no existe; o si menciona como tal un simple papel carente de las formalidades de las partidas del Registro Civil. La motivación es ilógica cuando la conclusión que el juez saca del elemento probatorio que invoca resulta contraria a las reglas de la lógica; por ejemplo, si la sentencia afirma que el victimario mató a la víctima atravesando con su puñal una pared de cemento; o si afirma que, disparando con una arma de corto alcance, el imputado lesionó de muerte a una persona situada a cien o más metros de distancia.

La motivación no debe ser contradictoria. Es tal la que, aunque menciona elementos de convicción, éstos niegan y afirman a la vez, de manera que se anulan recíprocamente. La contradicción puede residir en los elementos mencionados para probar (como si el juez menciona testigos que afirman el hecho y otros que lo niegan, y no se decide por ninguna de las dos posiciones; o si se apoya en un testigo o documento en sí mismo contradictorio); o en la apreciación que el juez hace de los elementos de prueba que menciona (como si, por un lado, afirma que un elemento de convicción es eficiente y a la vez, por otro lado, le niega esa eficiencia).

La motivación debe estar constituida por elementos probatorios admisibles como tales en la causa. La inadmisibilidad puede depender de defectos de calidad del elemento probatorio en sí; por ejemplo, al testigo mencionado por el tribunal del juicio le falta la salud mental necesaria para comprender y relatar lo visto u oído. O la inadmisibilidad puede depender de condiciones procesales (nulidades, inadmisibilidades o caducidades, falta de notificación de los peritajes o introducción indebida al debate de declaraciones de la instrucción), o de otras formalidades impuestas por la ley para la validez de ciertos actos (firma de los documentos). Por último, el tribunal del juicio tiene la obligación de motivar sus sentencias sin fundarse en prueba no introducida al debate, y sin omitir la consideración de prueba decisiva introducida al debate.

El tribunal de casación tiene el contralor de todos esos aspectos de la legalidad de la motivación de hecho de la sentencia.

¿Cómo cumple el juez su obligación de motivar en derecho su sentencia?

En este punto las exigencias son mucho me-

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

nores que en lo que atañe a la motivación de hecho.

Núñez dice que no es esencial que el tribunal del juicio mencione concretamente los artículos de la ley; ni que haga argumentaciones jurídicas especiales. Basta que el juez especifique claramente su valoración jurídica del caso. Que manifiesta, por ejemplo, que condena por homicidio simple, por hurto o por defraudación de tal especie; o que existe concurso real o ideal; o que ha corrido o no la prescripción, etc. Esta especificación basta a los efectos de la motivación jurídica para el inciso 4 del art. 395 del Código de Procedimientos Penales, exige esa condición. Los vicios sustanciales de esas especificaciones se deben corregir por la vía de la casación sustantiva. Respetuosamente discrepamos de Núñez, porque nuestro sistema exige citas legales, siendo fundamental que el cuadro fáctico condenatorio o absolutivo se justifique jurídicamente.

V I I
ANALISIS DE LA SANA CRITICA (CONCEPTO)

En realidad, todo lo dicho anteriormente nos podría relevar ya de analizar separadamente el concepto de sana crítica a tenor del contralor por la vía de casación, porque siendo obligatorio, bajo pena de nulidad, la motivación de la sentencia, a tenor del artículo 106 del Código de Procedimientos Penales, en puridad, la sana crítica se manifiesta en la motivación del fallo, ya que también es instrumento o concepto para valorar la prueba al margen del contralor de casación, en todos los fallos del órgano jurisdiccional, a tenor del artículo 226. Pero como el artículo 400 en su inciso 4 sanciona con nulidad la sentencia por contralor en vía de casación, "si no se hubieren observado en ella las reglas de la sana crítica racional, con respecto a medios o elementos probatorios del valor decisivo", la entrada del recurso de casación en este caso sería por el inciso 2 del artículo 471 que expresamente dispone como motivo de nulidad, la "inobservancia que este Código establece bajo pena de inadmisibilidad, caducidad o nulidad. . .etc.". Y nulidad precisamente es, que la sentencia no se ajuste a las reglas de la sana crítica racional. Claro está, que habría simultáneamente que pedir la entrada por inobservancia de ley sustantiva, conforme al inciso 1 de dicha norma. Pero no sólo la sentencia del Tribunal de juicio se encontraría dentro de esta situación, sino asimismo las sentencias definitivas de que habla el artículo 472, y los autos que pongan fin a la acción o a la pena, o hagan imposible que continúen, o que denieguen la extinción de la pena.

Por lo anterior pensamos que, no sólo las sentencias deben ser motivadas para que canalicen la sana crítica, sino también los autos de que habla el artículo 472, porque el artículo subsiguiente, el 473, los incluye en el inciso 4 en "Recursos del Ministerio Público", así como la sentencia de sobreseimiento, que tiene tal categoría, a tenor de los artículos 321 y 322. Y llendo más allá, para salirnos del tema, la sentencia que resuelva la acción resarcitoria a tenor de los artículos 473 inciso 5 y 475.

Sobra decir, que si el Ministerio Público puede recurrir en Casación por los motivos que apuntamos, el imputado tiene igual facultad, no sólo de recurrir la sentencia del Tribunal de juicio, sino de la del Juez Penal o de los autos que denieguen la extinción de la pena o de las resoluciones que impongan una medida de seguridad, dentro de las condiciones o términos que prescribe el artículo 474, en sus incisos de 1 a 5.

En consecuencia, todas las sentencias y resoluciones que tengan carácter de tales, deben imperativamente ser motivadas, dentro de los canales de la sana crítica, so pena de incurrir en nulidad por contralor de casación cuando no hay segunda instancia o habiéndola, (caso del sobreseimiento o de los autos mencionados), debe el Tribunal de Casación valorar la motivación en sí misma o cuando con motivo de la misma viola los principios de sana crítica por violación del inciso 4 del artículo 400. Y con procedencia de inobservancia de las normas que este Código establece bajo pena de nulidad y de la ley sustantiva para que la nulidad no resulte simbólica.

Pero la relevancia jurídica de la nulidad que se apunta por inobservancia de sana crítica, tiene que herir, como dijimos antes, la inobservancia o errónea aplicación de la ley sustantiva, en el cuadro fáctico subsumible en la norma, porque de otra manera, no existiría relevancia, como en el caso de

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

que el juzgador traicionando la tipicidad, determine el engaño sin lesión patrimonial en la estafa o sancione un robo por un hurto.

Es decir, los hechos de la sentencia tienen que ser motivados a base de relevancia jurídica, porque no se podría, por ejemplo, sancionar al imputado por el delito de violación de domicilio que tipifica el artículo 204 del Código Penal, sin explicar o valorar cómo y cuándo se efectuó la entrada a morada ajena, así como la resistencia o voluntad negativa del sujeto pasivo. Esos hechos, son ingredientes o elementos del delito por ser morada ajena concepto jurídico, así como emoción violenta, embriaguez, engaño o ardid, etc.

Ya habíamos expuesto antes lo anterior.

Pero como hemos venido hablando de sana crítica sin explicar el concepto, de plano nos adherimos a la exposición que al respecto suministra con suma pericia Niceto Alcalá-Zamora y Ricardo Levene en su "Derecho Procesal Penal, tomo III, página 50:

> "Si tomamos la prueba legal como tesis y la prueba libre como antítesis, la prueba razonada podría representar la síntesis. En efecto, frente o entre las restricciones de la una y la falta de restricciones de la otra, aparece la solución superadora de la libertad encuadrada por la lógica. Ya no basta con que el juez se convenza, o así lo manifieste, sino que ha de cuidarse de convencer de su propia convicción a los demás, es decir, tanto a las partes en concreto como a la comunidad de los justiciables en abstracto.
>
> El concepto de sana crítica, con frecuencia invocado por los códigos procesales argentinos a partir de la Ley número 50, de 1863 (art. 124), y luego del Proyecto Domínguez, proviene del Derecho Español, donde por primera vez lo encontramos en los artículos 147 y 148 del Reglamento sobre el modo de proceder en los negocios contenciosos de la Administración que se ventilan en el Consejo Real, después de Estado, de 30 de diciembre de 1948. Han sido el francés Gorphe y el uruguayo Couture, quienes se han preocupado de ponderar la importancia y la originalidad de este sistema probatorio, cuyas excelencias, comparado con los restantes, son indiscutibles.
>
> ¿Qué debemos entender por "reglas de la sana crítica"? Couture, tras afirmar que son a la vez expresión de ciencia y de experiencia, las define como "reglas del correcto entendimiento humano; contingentes y variables con relación a la experiencia del tiempo y del lugar, pero estables y permanentes en cuanto a los principios lógicos en que debe apoyarse la sentencia".
>
> Con anterioridad, Jofré las había presentado como una combinación de ciencia y de conciencia en el juzgador. Por nuestra parte, ningún inconveniente vemos en asociar junto al elemento común (ciencia), los dos distintos (experiencia y conciencia) que Couture y Jofré les señalan. La sana crítica sumaría así a la mera libre convicción (conciencia sólo), la experiencia y la ciencia, y a ello obedece que sea instrumento inadecuado para ser puesto en manos de jueces legos. En definitiva, la sana crítica debe ser la demostración cabal de que la apreciación de la prueba efectuada por el juzgado se corresponde con la realidad de los hechos o, de no ser posible alcanzar semejante grado de certeza, de que cuenta a su favor con las mayores probabilidades de reflejar esa coincidencia".

Según Fernando de la Rua, en "El Recurso de Casación, pág. 366, *"En general se ha considerado que las reglas de la sana crítica no son normas jurídicas, por lo que no procede el examen en casación sobre el modo en que fueron aplicadas, lo que se refiere exclusivamente a la apreciación de su fuerza conviccional pero no a la validez y eficacia que debe revestir la motivación"*. Esta tesis ha sido expuesta por la Corte Suprema de Buenos Aires, en sentencia del 2 de julio de 1964.

Si bien es privativo de los jueces la apreciación de la prueba, dando mayor crédito, por ejemplo, al dicho de un testigo veraz sobre otros mendaces, se ha considerado en casación revisable la motivación fundada en prueba de testigos que no dieron razón de sus dichos o cuando extraen de sus dichos conclusiones excesivas o sea, cuando puedan constituir una motivación ilegítima o falsa.

En materia de presunciones por ejemplo, se ha resuelto que, *"la apreciación de la gravedad, precisión y concordancia de las presunciones por las que se declara simulado un acto, constituye una cuestión de hecho que no puede ser revisada mediante el recurso de inaplicabilidad, salvo el caso de haberse incurrido en absurdo"*, según sentencia de la Corte Suprema de Buenos Aires de 1956, tomo III, "Jurisprudencia Argentina".

De tal manera, que todo gira en torno a la motivación de la sentencia, que es el punto medular de la cuestión.

Por eso dice de la Rua:

> "La motivación de la sentencia no puede ser un mero rubro empírico del fallo, exteriorizado por la inscripción de párrafos en los votos o en los considerandos, sino que

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

debe ser apta para justificar el dispositivo por su contenido legal y lógico.

Siguiendo al mismo autor:

> "La motivación falta cuando no existe ninguna, buena o mala, porque el juzgador no consignó por escrito sus argumentos; pero falta también cuando no razona o razona indebidamente. El Juez que emite un voto arbitrario o ilegalmente fundado, no vota; cuando pronuncia una opinión absurda (para emplear la jurisprudencia local), no opina. Y en esos casos, aunque exteriormente exista una expresión de razones, ellas serán sólo una apariencia de motivación; pero la motivación real, la garantía de justicia que exige la Constitución, no existirá y la garantía preceptiva contenida en el artículo 156 habrá sido violada".

También Carnelutti opina:

> "El deber de juzgar según justicia se resuelve en primer término en el deber de motivar la decisión, precisamente porque es la motivación el medio imprescindible para comprobar la justicia de la decisión".

Podríamos decir, para terminar este capítulo, que el cabal concepto de motivación de la sentencia encuentra su canalización en la ciencia, la experiencia y la conciencia, que es el concepto acabado de la sana crítica y por ahí concluir, sin defraudar a quienes nos escuchan, que el Contralor de Casación debe examinar a toda costa la motivación de la sentencia, para valorar con sana crítica si va a ser nulificada con la sentencia casada, quedando como respuesta superada la sana crítica de casación sobre la no sana crítica del tribunal de juicio, o sin casar el fallo del tribunal de juicio, porque la motivación se canalizó en verdadera sana crítica. Tendríamos que admitir lógicamente, que la sana crítica de Casación, siempre es la verdad real, salvo que la socave el recurso de revisión. Claro está, todo dentro de esta valoración, porque existen otros recursos de diferente estructura, en el aspecto estrictamente normativo, de puro derecho, donde no tiene relevancia inmediata la sana crítica.

Con lo anterior, ya podríamos saldar algo nuestra deuda expositiva, pero no queremos dejar en suspenso la problemática que se ha suscitado en Argentina, donde el tema anda trastabillando en la jurisprudencia y aún no ha sido investigado exhaustivamente. A caso los aportes de Núñez y de la Rua, que sepamos, pueden ser orientadores, pero no hieren el punto central. Por eso estimamos, que buena razón llevan el Presidente de la Corte Suprema de Justicia Lic. Coto Albán y el Juez Superior Dr. Juan Gené, cuando optimistas dicen que debemos hacer y fortalecer nuestro propio derecho costarricense, como ya se ha gestado en otras disciplinas jurídicas, sin andar agarrados siempre de la mano de la doctrina y jurisprudencia foránea.

VIII
CRITICA DE LA AUSENCIA DE UNIFORMIDAD DE LA JURISPRUDENCIA ARGENTINA

El Tratadista Núñez al respecto dice:

> "Para decir verdad, ni siquiera en los precedentes del Tribunal de Justicia de Córdoba, que es el tribunal del país con más experiencia en el asunto, hemos encontrado una jurisprudencia definitivamente orientadora sobre el asunto".

Más atrás afirma:

> "El tema es delicado y de no fácil comprensión, y a este sólo se puede llegar a través de una práctica conducida por el más fino tacto jurídico".

Respecto a la motivación de la sentencia en el proceso penal oral, resulta contradictoria y poco feliz la jurisprudencia argentina, incluyendo desde luego la cordobesa. Véase cómo Fernando de la Rua ataca esta anárquica situación, con los siguientes conceptos en su magnífico libro "El recurso de Casación".

> "La Corte provincial ha declarado en una ocasión que "la exigencia del art. 351, respecto del establecimiento de las conclusiones de hecho y de la mención de las pruebas invocadas rige en el juicio escrito, pero no en el oral", fundando tan extrema conclusión en que el art. 282, del Código de Procedimientos Penales, se aparta de todo el rigorismo consagrado por la ley del proceso, aplicable a las pruebas legales. Lo que el precepto fundamental proscribe, vinculándolo a la modalidad procesal de todo juzga-

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

miento en única instancia y juicio oral, es la abstención de los jueces componentes de ese Tribunal colegiado, en la emisión de sus votos sobre las cuestiones esenciales a decidir, pero llenado el requisito constitucional por existir opinión vertida de los tres jueces sobre todo y cada una de las proposiciones del cuestionario, la libre y sincera convicción de los magistrados sobre la verdad de los hechos, públicamente debatidos, no requiere fórmulas sacramentales, porque la ley les libra a su conciencia del esclarecimiento del delito y la persona de su autor; por lo tanto, por breve y concreta que sea su opinión no se viola el art. 156, Const. prov."; y se agregó en el mismo orden de ideas: "El requisito del art. 351, C.P.P., es aplicable, como surge de su propio texto, a las Cámaras de apelación. Ellas deben consignar, en sus sentencias, las conclusiones de hecho, conforme al resultado de la votación efectuada en el acuerdo y mencionar las pruebas invocadas en el mismo, de suerte que esta Corte Suprema pueda apreciar con exactitud si la ley ha sido aplicada a esas conclusiones de hecho. La norma procesal como se advierte —añade la Corte— es imperativa para el sistema de las pruebas legales, pero no lo es en el juicio oral, donde las Cámaras actúan en instancia única, sujetas a otra reglamentación".

El mismo autor sostiene críticamente:

"Esta Corte Suprema en su actual composición tuvo ocasión de considerar análoga alegación en causa 32, 587, la que fue rechazada". Luego de reproducir los argumentos invocados en el fallo primeramente referido, concluyó el alto Tribunal: "la falta de alguna razón nueva a contemplar en apoyo de la rectificación de la referida doctrina, que es concluyente al respecto, resta toda posibilidad de éxito al reclamo. Estimo finalmente: —dice el vocal que lleva la palabra, doctor Sáenz— que dicha jurisprudencia debe ser mantenida por condicionarse a la naturaleza de un juzgamiento que, en su antigua tradición democrática, reposa la seguridad de sus ágiles procedimientos en la autoridad de los magistrados, controlada por el pueblo mismo. Y se llegó a convalidar, de este modo, una sentencia penal en que los jueces, lejos de motivar su fallo, habían votado por sí o por no a las cuestiones propuestas. Para justificar esta solución que consagra el sistema de íntima convicción, reñido con la garantía del juicio previo contenida en el artículo 18 de la Constitución Nacional, la Corte provincial recurre a tres argumentos: a) la exigencia de consignar los hechos y mencionar las pruebas sólo rige para las "Cámaras de apelación" cuando funcionan como tales, pero no cuando actúan como Tribunal de única instancia; b) el art. 282, C.P.P., no impone regla alguna a los magistrados y sólo les exige su convicción sincera sobre los hechos; éste dispone, es cierto, que "para la apreciación de la prueba no se impone a los magistrados regla alguna. Sólo se exige que expresen su convicción sincera sobre la verdad de los hechos juzgados"; c) el control republicano sobre la conducta de los jueces no se efectúa a través de la motivación del fallo sino que es controlada por el pueblo mismo, en virtud de que los hechos han sido públicamente debatidos en el juicio oral. (631). Sin embargo, se olvida que cuando la ley (art. 351, C.P.P.) alude a "Cámaras de apelación" se refiere a la denominación legal del Tribunal pero no a su función, es decir, a si actúa como Tribunal de grado o en única instancia; siempre es la Cámara, investida del poder de emitir la sentencia definitiva en el mérito contra la cual no proceden medios ordinarios de impugnación; por lo tanto, la distinción sugerida por su nombre es irrelevante. (632). Una cuestión similar se planteó en Córdoba al instaurarse el juicio oral en única instancia, porque la Constitución provincial se refería a las "Cámaras de apelación". El amplio e ilustrado debate sobre el punto esclareció el problema sugerido por el nombre del Tribunal hasta aceptarse casi unánimemente la viabilidad constitucional del juicio en única instancia. Véanse los debates sobre el punto en la edición oficial del C.P.P. de Cuba, 1932".

Nosotros estimamos que en nuestro derecho procesal jamás podrá gestarse la confusión de Cámara de apelación y Tribunal de única instancia suscitada en Argentina, ya aclarada en la exposición de motivos del Código de Córdoba, tanto porque el concepto de Tribunal en nuestra legislación es genérico, como porque la libre convicción de que hablan la mayoría de los Códigos procesales argentinos, deja a los jueces la facultad ilímite de apreciar la prueba, pero nuestra legislación taxativamente señala como requisito la sana crítica, concepto que supera definitivamente el de libre convicción.

Por eso dice Fernando de la Rua:

"El artículo 282 debe ser interpretado adecuándolo a los preceptos fundamentales de ambos textos constitucionales. Cuando señala que "no se impone a los magistrados regla alguna" está liberando a los Tribunales del juicio oral de la sujeción a las reglas de la prueba legal, consagrándose la excepción para las previsiones de este tipo genéricamente contenidas en otra parte del Código;

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

y cuando agrega que sólo es necesario que "expresen su convicción sincera sobre la verdad de los hechos" no los autoriza a votar por sí o por no a las cuestiones propuestas sino que impone una expresión de la convicción razonada (sincera), ajustada a las reglas de la sana crítica. Para ello es preciso que consignen los hechos que determinan como verdaderos y mencionen las pruebas en que se apoyan, y además que la motivación sea legítima y lógica. Por lo tanto, las exigencias sobre el contenido de la motivación que se han explicado, rigen también para el proceso penal oral. La verdadera doctrina es la expresada por la Corte provincial al declarar que corresponde acoger el recurso extraordinario de nulidad contra el fallo pronunciado en el proceso penal oral si los jueces de los Tribunales no dieron su opinión fundada sobre cada una de las cuestiones planteadas, habiéndose limitado a consignar al ser tratadas las mismas que se pronuncian por la afirmativa o la negativa. La Corte señaló en esa oportunidad que los arts. 129 y 130 (156 y 159) de la Constitución provincial exigen el voto fundado de los jueces, es decir, que debe contener los motivos que deciden el pronunciamiento en un sentido o en otro. "La falta de fundamentación —expresó el doctor Giardulli (H)— es propia del jurado popular que debe responder por sí o por no para dictar su veredicto, porque está más conforme con la escasa aptitud de los simples ciudadanos que lo constituyen y que carecen de experiencia en la delicada tarea de formular una decisión en el orden penal... Tal forma, es decir, la omisión de suministrar los motivos que conducen a un pronunciamiento en sentido afirmativo o negativo, si bien delicada aún para los profesionales, es impropia de éstos y cuando proceden de esa manera pueden llegar a la arbitrariedad y parece que ejercieran un acto de voluntad personal y no del Estado. La publicidad de los actos de los distintos poderes de los países organizados —agregó— constituye uno de los motivos por los cuales tanto el primer magistrado de la Nación, como de los Estados provinciales, los cuerpos legislativos y los magistrados judiciales deben fundar sus resoluciones. Concurre asimismo el de responsabilidad de los jueces que está unido al anterior, pues, no puede saberse si el juzgador cumplió correctamente en su función o incurrió en faltas que pueden dar lugar a la aplicación del art. 142 de la Constitución local", y señalando expresamente la vía para relevar el vicio, dijo: "Admitir que el recurso extraordinario de nulidad por violación de las normas contenidas en los arts. 129 y 130 de la Constitución (156 y 159 de la vigente) sólo procede cuando es posible que en casación se examine el recurso de inaplicabilidad de ley; es crear por un poder sin atribuciones legislativas sino simplemente interpretativas, un nuevo precepto jurídico... por lo que cuando media una violación fundamental no pueden hacerse distingos de esa especie".

Sobre el punto específico en examen manifestó:

> "No es aceptable tampoco el argumento de que el art. 282, C.P.P., determina que para la apreciación de la prueba no se impone a los magistrados regla alguna. Sólo se exige que expresen su convicción sincera sobre la verdad de los hechos juzgados, pues ello importa una grave confusión. La Constitución establece que los jueces darán su voto y que las sentencias estarán fundadas en el texto de la ley, en tanto que el Código de procedimientos en el artículo precitado, se refiere a un problema de valoración de la prueba, o sea, que están rigiendo distinta materia. Y no podía ser de otro modo, ya que el legislador no puede contradecir al constituyente".

En similar sentido el doctor Caro Betelu, se pregunta:

> "En el sistema que rige para el juicio oral en nuestra provincia, esa libre convicción puede expresarse sencillamente por sí o por no", y se responde: "Si quienes integran los Tribunales llamados a decidir sobre la suerte de los procesados fueren jueces legos, jurados populares, la contestación podría ser afirmativa, pero estando esos Tribunales integrados por jueces de derecho, es indudable que esa libre convicción ha de ser la libre convicción razonada de quien analiza los hechos desligado, sí, de toda atadura formal, pero condicionándolos con la norma jurídica que ha de aplicar", agregando que la exigencia de "convicción fundada y razonada... es la solución que se impone a través de la norma constitucional". El doctor Trono, a su vez, adhiere al criterio expuesto e invoca la opinión de Enrique Fornatti, quien tiene dicho: "Lamentablemente, algunos jueces de la provincia de Buenos Aires, sin fundamentos aceptables, y sin que nadie haya reclamado tal innovación, se han desviado de esa sana corriente legislativa y de la buena doctrina (obligación de fundar las sentencias) adoptando un sistema que el país repudia decididamente. Sólo por un error, derivado probablemente del equívoco sentido de la locución "convicción sincera"

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

> consignado en el art. 282, o bien por no haberse sabido situar esa norma legal dentro del cuadro general de nuestro derecho constitucional y procesal, puede haberse llegado a instituir de hecho en esa provincia un juicio oral de tipo juridista, en el que ni se aplica el principio de la libre convicción, tal como lo entiende la legislación y la doctrina argentina, ni se respeta la exigencia republicana y democrática de la motivación de sentencias".

Este ilustre fallo confirma nuestras consideraciones anteriores y consagra la tesis correcta.

Nosotros compartimos plenamente la posición correcta de Fernando de la Rua, pero pensamos que dicha posición, viene saliendo avante después de no pocos debates y esfuerzos, habiendo tenido una lucha tremenda, aún cuando la polémica continúa entre la posición de Jofre y de la Rua. Nos quedamos, definitivamente, con este último. No esperamos que el Código Procesal Penal de Costa Rica podría suscitar controvercias como las argentinas, si la mayor experiencia de Córdoba demuestra que al irse despejando el panorama, la mejor tesis es la de que el Tribunal de juicio está obligado so pena de nulidad a motivar la sentencia con hechos relevantes jurídicamente, como ya lo explicamos.

Es decir, los jueces no pueden decir si o no, como ha sucedido recientemente aquí con un juez penal que al dictar falta de mérito, lo "motivó" de acuerdo con la prueba recibida y el mérito de los autos, sin explicar nada más. Esa resolución a nuestro juicio es absolutamente nula porque viola disposiciones taxativas del Código Procesal Penal. ¡Ahí no hay motivación de ninguna especiel Por lo mismo, si ya se viene gestando en nuestro medio una situación negativa, sería conveniente seguir ilustrando a los jueces y en caso de que no asimilen el sistema, tomar el camino de la formación y selección. Mencionamos el hecho, sin ánimo de lastimar, porque muchos funcionarios no han tenido la suerte de recibir ningún curso, amén de que el Código entró en vigencia casi sorpresivamente.

I X
LA NECESIDAD DE LA TUTELA CONSTITUCIONAL EN LA REFORMA PROCESAL

Más que ponerle parches al nuevo Código, cuyo sistema es loable en su estructura, es conveniente iniciar una reforma constitucional que homologue la Carta Magna con los principios de justicia que consagra el nuevo sistema. Las normas constitucionales, existentes, si bien no riñen, son insuficientes, porque la Carta Política no estaba preparada para el nuevo sistema, por lo que resulta inaplazable integrar una comisión de juristas para que estudien este problema, no previsto por razones que sería prolijo enumerar.

No podríamos decir ahora cuáles son a nuestro criterio dichas reformas, porque nos apartaríamos radicalmente del tema y es punto de otra especialidad, pero salta a la vista que las Constituciones locales de Córdoba, Santiago del Estero, Mendoza, Entre Ríos, etc., lo mismo que la Federal Argentina, están imbuidos de preceptos políticos que canalizan sus códigos procesales.

Nosotros estamos ayunos de creación y homologación constitucional en la materia y por lo mismo, queremos proclamar aquí, que en lugar de retornar melancólicamente a la exclusiva acusación particular, que parcialmente admitimos con ciertos contralores, es preferible purificar nuestro sistema, preparar y seleccionar verdaderos jueces, e integrándose una doctrina y jurisprudencia costarricense que necesariamente no tenga que caminar como niño perdido; de la mano de exóticas concepciones, cuando nuestro patrimonio jurídico es solvente y ético.

****

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL
"FERNANDO COTO ALBÁN"

"LAS DEFENSAS PREVIAS EN EL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO"

Lic. Mario A. Muñoz Quesada.
Juez de Golfito.

S U M A R I O

I. CONSIDERACIONES GENERALES ACERCA DE LAS DEFENSAS PREVIAS. 88

1. Concepto. 88
2. Las defensas previas en el contencioso-administrativo y civil de hacienda. 89
3. La unidad de jurisdicción. 91
4. La plenitud de jurisdicción. 92
5. Sujetos legitimados para su alegación. 93
   a) Demandados. 93
   b) Coadyuvantes. 94
   c) Terceros legitimados pasivamente. 95

II. ENUMERACION EXPRESA DE LAS DEFENSAS PREVIAS. 96

1. Defensas que determinan la inadmisibilidad de la acción. 96
2. La litispendencia. 99
3. Falta de agotamiento de la vía administrativa. 100

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

CONSIDERACIONES GENERALES ACERCA DE LAS DEFENSAS PREVIAS (1)

1. CONCEPTO.

Antes de exponer mi concepto sobre las defensas previas, quiero hacer notar que algunas de ellas, de naturaleza eminentemente procesal, pueden invocarlas los demandados y los terceros legitimados en los juicios contencioso administrativos y civiles de hacienda, para impedir la nulidad del acto administrativo impugnado (2), o sea que sólo inciden en el aspecto procesal, sin que a la vez pueda alegarse otro tipo de defensa para combatir el presunto derecho.

Veamos ahora lo que la doctrina puntualiza por Defensas Previas, como las denomina nuestra legislación: *"Trámite facultativo de los legitimados como demandados, codemandados y coadyuvantes, para que, una vez emplazados, puedan, dentro de los cinco primeros días del plazo concedido para contestar la demanda, argüir los motivos que, con arreglo al artículo 82, pudieran determinar la falta de jurisdicción, la incompetencia del Tribunal o la inadmisibilidad del recurso, suspendiéndose, entre tanto, hasta su decisión, el curso normal del proceso".* (3).

Esta definición confirma mi concepto (4) de que las defensas previas se invocan para atacar defectos procesales de la demanda, ya sea que éstos vengan a determinar la inadmisibilidad de la acción o a señalar trámites defectuosos por haber litis pendencia o no haberse agotado la vía administrativa; defectos que bien pueden ser subsana-

---

(1) Puede consultarse la siguiente literatura acerca del tema, y del proceso contencioso-administrativo en general: J. González Pérez, *Derecho Procesal Administrativo*, tres vols. 2a. ed., IEP, Madrid, 1966; PERA VERDAGUER, *Comentarios a la Ley de lo Contencioso-Administrativo*, 3 ed., Bosch, Barcelona, 1974; TRUJILLO, QUINTANA y BOLEA, *Comentarios a la Ley de lo Contencioso-Administrativo*, Santillana, Madrid, 1966; GARCIA TREVIJANO, *Hacia un nuevo sistema de justicia administrativa en España*, en RAP 34, págs. 293 y ss.; GARRIDO FALLA, *La evolución del recurso contencioso-administrativo en España*, en RAP 55, págs. 65 y ss.; MARTIN MATEO, *Derecho Administrativo y materia contenciosa*, en RAP 55, págs. 513 y ss.; L. MARTIN RETORTILLO, *Unidad de jurisdicción para la Administración Pública*, en RAP 49, págs. 143 y ss.; SOSA WAGNER, *Jurisdicciones administrativas especiales*, Sevilla, 1977; GONZALEZ PEREZ, *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, Civitas, Madrid, 1978; GONZALEZ PEREZ, *Las excepciones de la ley de lo contencioso administrativo*, en RAP 11, reimpresión 1973, págs. 69 y ss.; GONZALEZ PEREZ, *El proceso contencioso administrativo en Costa Rica*, en Revista Ciencias Jurídicas No. 24; GONZALEZ PEREZ, *Jurisdicción contenciosa administrativa*, IEP, Madrid, 1957; GONZALEZ PEREZ, *El procedimiento administrativo*, Abella, Madrid, 1964; GARCIA DE ENTERRIA Y FERNANDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, T. II, Civitas, Madrid, 1977.

(2) Entiéndase aquí nulidad en sentido amplio y como motivo de ilegalidad de los actos y disposiciones de la Administración Pública por infracción del ordenamiento jurídico, incluso la falta de jurisdicción o competencia, el quebrantamiento de formalidades esenciales, y la desviación de poder (Vid. art. 1—1—2 LRJCA—CR).

(3) TRUJILLO, QUINTANA y BOLEA, *Comentarios a la ley de lo contencioso administrativo*, Santillana, Madrid, 1966, T. II, págs. 326-27.

(4) Vid. págs. siguientes de este trabajo.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

dos dentro de los términos que fija la respectiva ley para que la admisibilidad de la demanda cobre vigor (5).

Como muy atinadamente lo manifiesta la exposición de motivos de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa de España, la razón de ser de las alegaciones previas, se debe a *"que las formalidades procesales han de entenderse siempre para servir a la Justicia, garantizando el acierto en la decisión jurisdiccional: jamás como obstáculos encaminados a dificultar el pronunciamiento de sentencia acerca de la cuestión de fondo, y, así, obstruir la actuación de lo que constituye la razón misma de ser de la jurisdicción"* (6).

De ahí, que, en síntesis, yo sustente el siguiente concepto: Trámite procesal anterior a la contestación de la demanda que pueden ejercer tanto el demandado como los coadyuvantes, en relación con el acto o disposición impugnado, para hacerle ver al Juez los defectos procesales de la demanda que, de no subsanarse, podrían dar lugar a su inadmisibilidad.

2. LAS DEFENSAS PREVIAS EN EL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Y CIVIL DE HACIENDA.

Ya he dicho que tales defensas, enmarcadas dentro del artículo 50 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, se las denomina "previas" porque sólo se pueden invocar dentro de los primeros tercios del emplazamiento para contestar la demanda, no para atacar el fondo de la misma, sino sus vicios de procedimiento, pues todo lo que tienda a atacar el presunto derecho que se trata de hacer valer, ha de ser alegado al contestar la demanda (7).

No está de más decir que la Ley arriba citada, somete a su articulación todas las pretensiones relacionadas con la legalidad de los actos y disposiciones de la Administración sujetos al Derecho Público (art. 1—1); con la ilegalidad del acto o disposición por haberse infringido el ordenamiento jurídico, inclusive por falta de jurisdicción o competencia, por el quebrantamiento de formalidades esenciales y por la desviación de poder (art. 1—2), así como también todo lo relacionado con el cumplimiento, interpretación, resolución y efectos de los contratos, cualquiera que sea su naturaleza jurídica, celebrados por el Estado y demás entidades de Derecho Público, cuando tuvieren por finalidad obras y servicios públicos de toda especie (art. 2—a); de las cuestiones que se susciten sobre la responsabilidad patrimonial del Estado y demás entidades de la Administración Pública (art. 2—b); y de las cuestiones que la Ley Orgánica del Poder Judicial y demás leyes atribuyen exclusivamente a la vía civil de hacienda (art. 2—c). También dicha ley somete a su decisión las cuestiones prejudiciales o incidentales no pertenecientes a la materia, pero directamente relacionadas con un juicio contencioso-administrativo, con excepción de los asuntos de carácter penal (art. 5—1); las indemnizaciones que fueren procedentes, con motivo de las relaciones entre los Poderes del Estado o entre éste y las relaciones internacionales de la República (art. 4—b). La Ley de la materia es improrrogable, pudiendo el Tribunal apreciar de oficio la falta de jurisdicción (art. 6—1—2). En consecuencia, en cualquier juicio que verse sobre las cuestiones antes citadas, las defensas previas tienen su campo de aplicación y podrán ser alegadas, según las circunstancias y oportunamente, ya sea en un juicio contencioso administrativo pleno, en uno de anulación o de lesividad o en juicio civil de hacienda, según sea lo que se pretenda del órgano jurisdiccional y por quién y contra quién se quieren hacer valer. Todas y cada una de las defensas aducibles

---

(5) Con relación al tema, la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa de España, de 27 de diciembre de 1956, véanse la importancia de los artículos 62 y 82 con los números 71 y siguientes. En cuanto a la naturaleza, extensión y límites, Capítulo Primero, artículos del 1 al 6.

(6) GONZALEZ PEREZ, Jesús. *Jurisdicción Contencioso-Administrativa.* Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1957, pág. 34.

(7) Deben distinguirse los conceptos de defensa y excepción. Aquella en sentido amplio atiende a todos los actos que pueda ejercitar el demandado en el proceso tendientes a destruir el derecho de fondo o a hacer ineficaz la relación procesal; ésta, es un atributo del demandado para rechazar, por medio de la tutela jurídica la pretensión del demandante y, como medio de defensa que es, viene a canalizarse a través de un proceso. Ambas se distinguen porque en la defensa se alega la inexistencia de un "hecho constitutivo" que afirma el actor en su demanda, mientras que en la excepción, el demandado afirma la existencia de un "hecho extintivo" o invalidativo que excluye aquella hipótesis legal o la eficacia del "hecho constitutivo", o sea que con la excepción se ataca un hecho extintivo a pesar de que sigue existiendo el hecho constitutivo. Sobre esta distinción: ROCCO, Ugo. *Teoría General del Proceso Civil,* Porrúa, México, 1959; CARNELUTTI, Francesco. *Derecho y Proceso,* EJEA, Buenos Aires, 1971; DE LA PLAZA, Manuel. *Derecho Procesal Civil Español.* Revista de Derecho Privado, Madrid, 1951; ALSINA, Hugo. *Defensas y Excepciones.* EJEA, Buenos Aires, 1958.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

dentro de los dos primeros tercios del emplazamiento para contestar la demanda, tienen el mismo fin, a saber: señalar los defectos u omisiones de éste para que sean corregidos o subsanados, o bien para que se declare la inadmisibilidad de la acción.

En la vía contencioso-administrativa las defensas previas, si fueren acogidas por el Juez, podrían dar lugar a la inadmisibilidad de la acción, en tanto que en la vía civil, algunas de esas defensas que allí se denominan "excepciones dilatorias", conllevarían la obligación del Juez de declararse incompetente, por no haber prórroga de jurisdicción (8), o diferir la demanda para que sea el verdadero titular del derecho el que accione. También las defensas previas tienen la virtud, si fueren acogidas por el Juez Contencioso Administrativo, de liquidar definitivamente el derecho de acción, de suerte que el titular del derecho tendría que iniciar una nueva demanda en juicio aparte.

En tal caso —acoto yo— vendría a ser hasta innecesario contestar la demanda y por eso a mí me parece que cualquier defensa de esa naturaleza que fuere invocada por el demandado, debería tener la virtud de interrumpir el emplazamiento concedido al efecto hasta que sea resuelta interlocutoriamente y no como reza el artículo 51—2 ibídem, que mientras no sea resuelta la defensa, por ella no se suspende el plazo para contestar la demanda.

Las defensas previas han de ser alegadas en la vía incidental y como el artículo 103 de la Ley de la materia dice: *"En lo no previsto por esta ley regirán, como supletorios el Código de Procedimientos Civiles y las disposiciones orgánicas generales del Poder Judicial"*, huelga decir que en la correspondiente articulación ha de aportarse toda la prueba de rigor, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 719 del Código Civil.

De ese tipo de defensas, hay algunas, como las que se indican en los incisos b) y f) del artículo 60, o a la que se refiere el inciso c) del artículo 50—1, que de ser acogidas por el Juez, de inmediato éste debe ordenarle al actor que subsane los defectos de la demanda que se le indiquen, siguiendo el procedimiento que indica el artículo 96 ibídem y que para mayor ilustración se transcribe: *"Artículo 96.— Cuando se alegare que alguno de los actos de las partes no reúne los requisitos legales, la que se hallare en tal supuesto podrá subsanar el defecto dentro de los diez días siguientes a aquél en que se notificare la alegación, siempre que con anterioridad no se le hubiere concedido plazo expreso para el cumplimiento del requisito.*

2.— Cuando el Tribunal apreciare de oficio la existencia de alguno de los defectos a que se refiere el párrafo anterior, dictará resolución en la que los reseñe y otorgue el mencionado plazo para la subsanación, con suspensión, en su caso, del fijado para dictar sentencia.

3.— Si el defecto consistiere en que la acción es prematura por no haberse agotado la vía administrativa, y fuere denunciado en la forma prevista en el párrafo 3 del artículo 33, el Tribunal requerirá al demandante para que formule el recurso administrativo del caso en el plazo de diez días, y si se acreditare dentro de los cinco siguientes haberlo deducido, quedará en suspenso el procedimiento hasta que sea resuelto en forma expresa o presunta".

De todo lo expuesto se concluye que en la vía contencioso-administrativa y civil de hacienda, las defensas previas constituyen un arma de doble filo que enerva los defectos de la demanda y al propio derecho, de suerte que en algunos casos, resulta obligatoria la inadmisibilidad de la acción y sólo en otro juicio se puede intentar de nuevo. (9).

---

(8) Véase infra 3.

(9) La legislación española es muy similar a la nuestra en cuanto al tratamiento de las defensas previas se refiere. Véanse que los motivos de inadmisibilidad que señala en el artículo 82 vienen siendo casi idénticos a los que prescribe el 60 de nuestra Ley. La única diferencia que presenta la ley española consiste en que ni en el articulado de las defensas previas ni en el que prevé la inadmisibilidad del recurso (acción), hace referencia a la litis-pendencia. Incluso, en cuanto a la subsanación de defectos apreciados de oficio por el Tribunal, ambas leyes hacen referencia a iguales facultades y plazos. Si, en cuanto al procedimiento una vez establecidas, la Ley española en el artículo 73—2, sanciona en caso de que fueren desestimadas, un plazo de quince días para contestar la demanda, suponiendo ello la suspensión de dicho trámite; situación que no contempla nuestra Ley, pues, como ya lo dije, vendría hasta ser innecesario contestar la demanda toda vez que existe en el demandado o coadyuvantes una expectativa procesal de que el Tribunal las acoja y declare sin curso la demanda, sin perder de vista el principio de la economía procesal. Cfr. GARCIA DE ENTERRIA Y FERNANDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, Madrid, 1977, II, págs. 533-34; GONZALEZ PEREZ, *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción-Administrativa*, Civitas, Madrid, 1978, págs. 717 y ss.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

3. LA UNIDAD DE JURISDICCION.

El principio de la unidad de jurisdicción en Costa Rica, en materia contencioso-administrativa, consiste en que los Tribunales respectivos, facultados por la Ley Reguladora, conocen también de asuntos atribuidos a la vía civil de hacienda, o sea que no se concretan única y exclusivamente al Derecho Administrativo (10); punto sobre el cual la legislación española es diferente porque no contiene este principio, pues el artículo 2 de la Ley de 27 de diciembre de 1956, dice: *"Art. 2.— No corresponderán a la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (arts. 5, 62—1 a), 71, 82 a), 23 a). Las cuestiones de índole civil o penal, atribuidas a la jurisdicción ordinaria, y aquellas otras que, aunque relacionadas con actos de la Administración Pública, se atribuyen por una ley a la jurisdicción social o a otras jurisdicciones. . ."* (11).

En cambio, nuestra Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, cubre no sólo lo que es atribuible a la vía civil de hacienda sino que, acogiendo supletoriamente aquellas disposiciones atingentes del Código de Procedimientos Civiles, es la que rige y resuelve las cuestiones que se susciten sobre la responsabilidad patrimonial del Estado y demás entidades de la Administración Pública; sobre cuestiones prejudiciales que, aunque fueren de otra materia, sí tienen estrecha relación con el juicio contencioso-administrativo; y sobre las que se originen en la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Analizando este principio, es justo reconocer que en ese sentido nuestro ordenamiento contencioso-administrativo y civil de hacienda es mucho más avanzado que otras legislaciones, porque si bien es cierto que excluye otras materias como la social y penal, sí se acopla a la jurisdicción civil cuando de resolver asuntos civiles de hacienda se trata, como en lo que atañe al cumplimiento, interpretación, resolución y efectos de los contratos, cualesquiera que sea su naturaleza jurídica, celebrados por el Estado y demás entidades de Derecho Público, cuando tuvieren por finalidad obras y servicios de toda especie (art. 2—a); así como las cuestiones que se susciten sobre la responsabilidad patrimonial del Estado y demás entidades de la Administración Pública (art. 2—b), y otras cuestiones provenientes de la Ley Orgánica del Poder Judicial y de otras leyes cuyas disposiciones son atribuibles exclusivamente a la vía civil de hacienda (art. 2—c).

A mayor abundamiento, nuestra Ley Reguladora categóricamente dispone: *"Artículo 3—1. Para los fines del inciso c) del artículo anterior, de los juicios atribuidos a la vía civil de hacienda, los ordinarios se tramitarán de conformidad con la presente ley, y los demás, de acuerdo con la tramitación señalada en el Código de Procedimientos Civiles o en leyes especiales".*

Con las trascripciones insertas en este esbozo, queda ampliamente confirmado el concepto acerca de la unidad de jurisdicción (12) en Costa Rica, respecto a los juicios ordinarios civiles de hacienda, pues la Ley de la materia faculta al Juez de lo Contencioso a aplicar supletoriamente las disposiciones atingentes del Código Procesal Civil.

A propósito óigase el comentario de González Pérez: *"Costa Rica ha conseguido superar la dualidad de jurisdicción por lo que respecta a las cuestiones de Derecho Privado (civil y mercantil) en que es parte una entidad pública. Por eso no excluye del ámbito de la jurisdicción contencioso-administrativa las cuestiones civiles. Pero sí excluye las cuestiones de índole penal y aquellas otras que,*

---

(10) GONZALEZ PEREZ, *La justicia administrativa en España*, Madrid, 1974, p. 21, dice: "Tradicionalmente, este sistema de dualidad de Jurisdicción para juzgar a la Administración pública se ha opuesto a aquellos otros en los que la Administración estaba sometida al mismo Derecho y era juzgada por los mismos Tribunales que los demás sujetos de Derecho. Pero es lo cierto —como ha destacado muy expresivamente ESCARRAS— que la atribución a un solo orden de instituciones del conocimiento de todos los conflictos de Derecho no ha sido realizado en ninguna parte (Les experiences belge et italienne d'unité de jurisdiction, Paris, 1972, p. 3). En todos los países, en todos los sistemas, se da una dualidad de actuación, existen asuntos en que es parte la Administración que están sometidos a normas especiales y que se dirimen por Tribunales que no son los comunes; mientras que otros asuntos están sujetos al Derecho común y se deciden por la jurisdicción ordinaria. Podrá variar el ámbito de unos y otros. Pero lo que es incuestionable es la existencia de ambos tipos de actuación. . .

(11) GONZALEZ PEREZ, Ibid, p. 20, afirma: "Allí donde se aplique Derecho administrativo, allí donde exista un acto administrativo, los conflictos que surjan deberán decidirse por el Juez administrativo. Será la jurisdicción contencioso-administrativa la que se pronunciará sobre la validez del acto, aún cuando su invalidez derive precisamente de haberse dictado con incompetencia total de la Administración por versar sobre materia cuyo conocimiento correspondía a la jurisdicción ordinaria, pues si bien los Tribunales de lo contencioso-administrativo no tienen competencia para resolver una cuestión civil, sí la tienen, y es tarea peculiar de su función revisora, para enjuiciar y decidir si los actos administrativos se dictaron dentro o fuera de la zona de atribuciones de la Administración, pudiendo declarar que es ésta la que carece de competencia. Así, sentencia de 18 de junio de 1964.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

aunque relacionadas con actos de la Administración Pública, correspondan a la jurisdicción de trabajo" (art. 4—a) (13).

4. LA PLENITUD DE JURISDICCION.

El principio de la plenitud de jurisdicción, no debe confundirse con el comentado en el número 3, pues éste lo que atiende es una situación jurídica diferente, íntimamente relacionada con la pretensión de la demanda. (14). En otras palabras: la aplicación del principio de plena jurisdicción o de plenitud de jurisdicción, en el juicio contencioso-administrativo atiende, además de la anulación del acto administrativo ilegal, a que el Tribunal Contencioso Administrativo, está facultado para restituir la situación jurídica vulnerada con el acto; es decir, el Juez Contencioso Administrativo, además de anular el acto impugnado, le reconoce al administrado la situación jurídica individualizada antes de que el acto lo afectara, lo que generalmente se traduce en una indemnización a favor suyo, por cuanto su derecho subjetivo ha sido lesionado y ya no puede volver a su estado primitivo (15).

En este sentido vienen a unirse los dos principios de "unidad de jurisdicción" y "plenitud de jurisdicción", en el Tribunal Contencioso Administrativo costarricense, pues en este último caso el Juez puede determinar el monto de la indemnización, sin necesidad de que el administrado tenga que iniciar un nuevo proceso civil de hacienda contra la Administración Pública. Sin embargo, este principio de plena jurisdicción, en Costa Rica, corre paralelo a otro que sólo se ve en ciertas legislaciones y es el recurso de anulación del acto sin indemnización alguna para el que considerare lesionados sus derechos subjetivos.

Esa plenitud de jurisdicción la consagra nuestra ley reguladora en sus numerales que rezan así: *"Artículo 10—3. Si se pretendiere, además el reconocimiento de una situación jurídica individualizada y su restablecimiento, con o sin reparación patrimonial, únicamente podrán promover la acción el titular del derecho subjetivo derivado del ordenamiento que se considere infringido por el acto o disposición impugnados".* "Artículo 23. La parte demandante, a que se refiere el artículo 10, párrafo 3, podrá pretender, además de lo previsto en el artículo que antecede, el reconocimiento de una situación jurídica individualizada y la adopción de las medidas necesarias para el pleno reconocimiento de la misma, entre ellas la indemnización de los daños y perjuicios, cuando proceda".

Estas dos normas son las que facultan a la parte demandante para pedir al órgano jurisdiccional la anulación del acto administrativo, el restablecimiento de la situación jurídica anterior al mismo y el pago de una indemnización por daños y perjuicios.

Así las cosas, caben las siguientes preguntas: ¿Los administrados que derivan derechos subjetivos del acto impugnado, además de la anulación del mismo, podrán pedir que su estado jurídico vuelva a ser como era antes de la impugnación del acto o que en su defecto se le otorgue una indemnización? ¿Sólo se dará el caso de plena jurisdicción en aquellos juicios contencioso-administrativos en que se impugna un acto preexistente o también se dará en aquellas situaciones en donde se declara el restablecimiento de la situación jurídi-

---

(12) GONZALEZ PEREZ, Ibid, pág. 22, después de exponer la crítica sobre el tema, dice que: "De aquí la tendencia reciente hacia la unidad de jurisdicción. Pero una unidad de jurisdicción al revés. Es decir, así como tradicionalmente cuando se hablaba de unidad de Jurisdicción se estaba pensando en la jurisdicción común como única para juzgar todos los litigios, ahora se piensa en que sea la jurisdicción contencioso-administrativa la que conozca de todo litigio en que sea parte la Administración". Cfr. OLIMPYO DE CASTRO FILHO, *Unidad de jurisdicción y justicia administrativa*, "Revista de Derecho Procesal Iberoamericana", 1972.

(13) REVISTA DE CIENCIAS JURIDICAS, *La justicia administrativa en Costa Rica*, número extraordinario, 24, San José, Costa Rica, 1974, pág. 42.

(14) GONZALEZ PEREZ, Ibid, pág. 79: "El proceso administrativo se ha estructurado para que la persona legitimada, titular de un derecho subjetivo o de un interés directo que puedan resultar lesionados por un acto de la Administración, pueda pretender del Tribunal competente la anulación de un acto y, en su caso, el reconocimiento de una situación jurídica individualizada. GARCIA DE ENTERRIA Y FERNANDEZ. Ob. cit. pág. 520: "Lo característico del proceso contencioso-administrativo, sin embargo, es que las pretensiones que son su objeto tienen que deducirse precisamente EN RELACION a los actos de la Administración Pública sujetos al Derecho Administrativo y a las disposiciones de categoría inferior a la Ley.

(15) La ley de 27 de diciembre de 1956, de España, dice: "Artículo 28. 1. Estarán legitimados para demandar la declaración de no ser conformes a Derecho, y en su caso, la anulación de los actos y disposiciones de la Administración: . . .2. Si se pretendiere, además, el reconocimiento de una situación jurídica individualizada y el restablecimiento de la misma, únicamente estará legitimado el titular de un derecho derivado del ordenamiento que se considere infringido por el acto o disposición impugnados. Art. 42. La parte demandante legitimada conforme a lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 28 podrá pretender, además de lo anterior, el reconocimiento de una situación jurídica individualizada y la adopción de las medidas adecuadas para el pleno restablecimiento de la misma, entre ellas la indemnización de los daños y perjuicios, cuando proceda.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

ca individualizada, o en su defecto, se concede una indemnización? ¿Puede el demandante, en virtud de la plenitud de jurisdicción, al pretender del órgano jurisdiccional la anulación de una disposición, la restitución de la situación jurídica individualizada sólo para él o también para la pluralidad de sujetos que derivan derechos de esa disposición?

Respecto a la primera pregunta, se presume que el sujeto legitimado directamente para la impugnación del acto del cual deriva derechos, es quien únicamente podrá pretender del órgano jurisdiccional la restitución a la situación jurídica anterior, siempre que tal pretensión sea procedente por la naturaleza del acto. Así, por ejemplo, cuando se destituye a un miembro de la Junta Directiva de un organismo estatal, éste puede solicitarle al Juez, además de la nulidad del acto, que le ordene a la Administración su reinstalación en el cargo; sin embargo, eso se traduce generalmente en una indemnización, por el principio de que la jurisdicción no se le prorroga a la Administración al dictar actos administrativos.

Con respecto a la segunda interrogante, creo que el principio únicamente tiene aplicación en aquellos casos de existencia de actos anteriores, pues respecto a actos futuros que se vienen a configurar en la sentencia, únicamente lo que hay es una expectativa de derecho por parte del administrado, el cual adquirirá derechos subjetivos cuando ya el acto exista formalmente. Y con relación a la tercera pregunta, si bien es cierto que la anulación de una disposición genera derechos para toda una totalidad de los administrados, es lo cierto que solamente aquél que enjuicia a la Administración pretendiendo la anulación del acto es acreedor a una indemnización por efecto de la disposición anulada.

Tanto la legislación costarricense como la española entienden por plenitud de jurisdicción, además de la anulación del acto, el restablecimiento de la situación jurídica individualizada previa a la anulación o la indemnización de daños y perjuicios cuando proceda. Se diferencian del derecho francés, en el sentido de que la plenitud de jurisdicción es considerada como una facultad o competencia conferida al Juez para que, además de la acción, se pronuncie sobre todas las cuestiones accidentales y excepcionales alegadas dentro del juicio; es decir, se diferencia de otras legislaciones —la de España y la de Costa Rica— en el sentido de que su aplicación es eminentemente procesal, siguiendo el principio romano de que el juez de la acción es el juez de la excepción.

En nuestra legislación y en la de España, el principio de plenitud de jurisdicción, si bien consta en leyes procesales, está encausado a resolver cuestiones de fondo, o sea que se aplica en sentencia con miras, quizá, a la economía procesal. De ahí, que desde ese punto de vista, me parece mejor nuestro sistema por estar más acorde con la realidad jurídica procesal en lo contencioso administrativo, pues lo que los franceses entienden por plenitud de jurisdicción, para nosotros es la "unidad de jurisdicción".

5. SUJETOS LEGITIMADOS PARA SU ALEGACION.

Conforme a las normas establecidas por nuestra Ley de la materia, dentro de un juicio contencioso-administrativo están legitimados para oponer defensas previas, los demandados, los coadyuvantes y los terceros legitimados que tuvieren interés legítimo y directo en el mantenimiento del acto o disposición impugnados. Fuera de esos sujetos, nadie más puede apersonarse en juicio a oponer defensas previas, atribuyéndose su condición de demandado. Tal legitimación (16) se adquiere, fuera del demandado principal, por el simple hecho de derivar un derecho subjetivo o tener un interés directo en el asunto; y como la ley los faculta para coadyuvar en la defensa de la entidad de Derecho Público demandada y señalar defectos procesales que podrían hacer inadmisible la acción o al menos dilatar el proceso, tal legitimación ha de reputarse pasiva.

Acerca de los derechos y facultades de los sujetos legitimados pasivamente, expongo a continuación un breve análisis que clasifico así:

a) Demandados.

Dispone el artículo 11—1 de nuestra Ley reguladora, que: *"Se considerará parte demandada: a) A la entidad autora del acto o la disposición a que*

(16) Sobre el tema, véase GARCIA DE ENTERRIA Y FERNANDEZ, *Curso. . .* T. II, Cap. XIII, ap. III, págs. 34 y ss.; Cap. XXIII, ap. II, págs. 509 y ss., SAIZ DE ROBLES, *La legitimación de las Corporaciones en el proceso administrativo*, en Revista de Derecho Procesal, 1964, p. 98. GARCIA DE ENTERRIA, *Sobre los derechos públicos subjetivos*, en REDA, núm. 6, págs. 427 y ss., A. NIETO, *La discutible supervivencia del interés directo*, en REDA, 12, págs. 39 y ss.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

se refiere el juicio, salvo que se trate de actuación del Poder Ejecutivo, de sus órganos o la de los otros Poderes en función administrativa, caso en el cual se demandará al Estado; b) A las personas en cuyo favor deriven derechos del propio acto o disposición impugnados...".

Igualmente prescribe que se considerará parte demandada, para los efectos del inciso a), antes citado, al Estado o Entidad que ha ejercido control o fiscalización aprobatoria sobre actos o disposiciones sujetos a *"previo control, autorización, aprobación o conocimiento" (art. 11–2–a); "la Entidad fiscalizada y la que ha ejercido la fiscalización, si la segunda no ha aprobado el acto o la disposición impugnados, salvo que ambos órganos formen parte del Poder Ejecutivo, en cuyo caso se demandará al Estado, y a la Contraloría General de la República, cuando su fiscalización ha sido desaprobatoria (art. 11–2–b), sin perjuicio de que intervenga como coadyuvante".*

Como se ve, la parte demandada será siempre la entidad autora del acto o disposición impugnados (17), junto con la que ha ejercido la fiscalización aprobatoria o desaprobatoria, en lo que respecta a entes descentralizados, porque tratándose de órganos del Poder Ejecutivo, la excepción es que siempre se tendrá como parte demandada al Estado.

Todas estas entidades demandadas, descentralizadas o no, tienen legitimación pasiva primaria, por cuanto son las autoras y causantes de que el acto o disposición impugnados causen perjuicios o vulneren una situación jurídica individualizada del demandante, o, simplemente, porque derivan derechos del propio acto o disposición impugnados.

Ahora bien, ¿por qué tener como parte demandada a una entidad como la Contraloría General de la República, si carece de patrimonio propio para responder a una sentencia condenatoria? ¿No sería más lógico, de acuerdo con la fiscalización que ha ejercido, que se la llame a juicio por su relativa responsabilidad para que coadyuve en el mantenimiento del acto junto con la demandada principal?

Con arreglo a la supradicha ley de la materia, los demandados, además de estar obligados a contestar la demanda (18), de previo a ello podrán alegar todas las defensas previas que estimen convenientes, sin perjuicio de que algún coadyuvante o los apersonados pasivamente, por su parte, hagan valer las mismas defensas u otras que también estimen oponibles. Respecto a los demandados, propiamente, no se presenta ningún problema trascendente sobre el particular, pues nadie discutirá su primordial derecho a aducir defensas tendientes a desestimar la acción.

b) Coadyuvantes.

Todo sujeto que deriva derechos subjetivos del acto impugnado, está facultado para intervenir en el proceso como coadyuvante (19) de la parte demandada, a fin de que se mantenga el acto o disposición impugnados cuya finalidad se pretende.

Esa facultad la consagra nuestra Ley de la materia, así: *"Artículo 12–1. Podrá intervenir en el proceso, como parte coadyuvante del demandado, cualquier persona que tuviere interés directo en el mantenimiento del acto o de la disposición que motiva la acción contencioso-administrativa".*

Según esa disposición legal, confirmada por la doctrina (20), a favor del demandante nadie puede intervenir en el proceso como coadyuvante, salvo a favor de la Administración si es ésta la que demanda la anulación del acto o disposición, porque en tal caso se está frente a un interés directo (art. 12–2).

El coadyuvante pasivo de la parte demandada, está plenamente legitimado para ejercer toda clase de recursos tendientes al mantenimiento del acto o

---

(17) GARCIA DE ENTERRIA Y FERNANDEZ, Ob. cit., pág. 510, dicen: Esta misma posición de PARTE DEMANDADA corresponde a "las personas a cuyo favor derivaren DERECHOS del propio acto" recurrido (artículo 9—1—b) LJ), siempre que comparezcan ante el Tribunal con tal carácter. Es ésta una importante innovación introducida por la LJ, que permite a quienes sean titulares de un verdadero derecho nacido del acto recurrido actuar en el proceso en defensa del mismo desde una posición autónoma, al mismo nivel que la propia Administración.

(18) Véase supra 2, pág. 7; Nota 9, pág. 9.

(19) GARCIA DE ENTERRIA Y FERNANDEZ, Ob. cit. pág. 510, escriben: "Las demás personas que, no ostentando verdaderos derechos, tuvieran interés directo en el mantenimiento del acto o disposición impugnados pueden también intervenir en el proceso, compareciendo en el mismo como COADYUVANTES de la Administración demandada. La posición del coadyuvante carece, sin embargo, de verdadera autonomía y sitúa a éste bajo la dependencia de la parte demandada, a resultas de cuya conducta queda en todo caso.

(20) GONZALEZ PEREZ, *El coadyuvante y el recurso de apelación*, en RAP 16; LOPEZ RODO, *El coadyuvante en lo contencioso-administrativo*, Madrid, 1943; ENTRENA CUESTA, *Curso de Derecho Administrativo*, 5 ed. Madrid, 1976.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

disposición, por derivar un interés directo, con la misma fuerza jurídica que le asiste a los demandados (21). Por eso, al apersonarse el coadyuvante como parte accesoria, *"No podrá formular pretensiones propias e independientes de las que hiciere la parte principal con la cual coadyuva, lo cual no le impedirá el aportar alegaciones distintas de las que hiciera esa parte. . . No podrá oponerse al Allanamiento que hiciere la parte principal, ni al desistimiento de la Administración demandante, ni al reconocimiento extraprocesal de la pretensión que se hiciere. . . No devengará ni pagará costas más que por razón de los recursos o incidentes que promoviera con independencia de la parte principal. . ."* (22).

Independientemente de la parte principal, sí puede invocar defensas previas en el proceso, sin que ninguna de las partes legitimadas pasivamente puedan recurrir contra la resolución que las desestime, por declaración expresa de la ley.

Todo lo anteriormente expuesto tiene su razón de ser dentro del proceso contencioso-administrativo, puesto que los demandados y sus coadyuvantes no pretenden formular pretensiones, sino oponerse a la pretensión de la actora. De ahí que tengan que actuar y litigar unidos y bajo una misma representación y dirección, como dispone el artículo 17—1 de la Ley de la materia, con las siguientes excepciones: a) La intervención de la Contraloría General de la República; b) Que sus posiciones sean contrarias. Ello se debe a que la Contraloría tiene capacidad jurídica propia y, consecuentemente, capacidad procesal.

Sin embargo, como el interés directo de que habla la ley a veces es diferente, es obvio que en las correspondientes alegaciones pueden tener su punto de contradicción.

Siendo esa la realidad jurídica procesal administrativa, con relación a las defensas previas y a la participación de los coadyuvantes, cabe preguntar: pueden éstos invocar defensas previas si no se apersonaren dentro del término que se les da en el aviso público? Y, si hubieren alegado defensas previas, pueden pedirle a la parte demandada que coadyuve para que sean acogidas por el Tribunal, a pesar de que ella las hubiera ignorado? Según lo dispuesto en el artículo 17—1 de la L.R.J.C.A., están facultados los coadyuvantes para contestar la demanda cuando la Administración no lo ha hecho ni dé indicios de hacerlo mientras no sean resueltas las defensas previas?

Ante tales supuestos, sería muy interesante que el o los lectores expusieran su criterio.

c) Terceros legitimados pasivamente.

En el proceso contencioso-administrativo, únicamente se reconocen como sujetos legitimados pasivamente para deducir alegatos, a los demandados y a los coadyuvantes. Cualquier tercero que pretenda derivar algún interés directo en el mantenimiento del acto, una vez que ingresa dentro de la relación jurídica procesal, asume cualquiera de las dos figuras y se constituye en demandado y con su personería jurídica sustituye al ente administrativo accionado, según deduzco de la interpretación que le doy al párrafo 2 del artículo 13 de la Ley reguladora, o como coadyuvante cuando se trata de una simple transmisión sobre el interés directo; por más claro, para que se dé la calidad de parte demandada o de coadyuvante, necesariamente debe mediar lo dispuesto en el artículo 13—1 ibídem que reza así: *"Cuando la legitimación de las partes derivare de alguna relación jurídica transmisible, el causahabiente podrá suceder, en cualquier estado del proceso, a la persona que inicialmente hubiese actuado como parte"*.

Como se ve, la legitimación a que se refiere este artículo es genérica, tanto para las partes demandantes como para las demandadas y acesorias, que vendrían a ser los coadyuvantes. De ahí que por esta legitimación (23), en cuanto se verifique una sustitución, ipso facto se produce una transmisión de la relación jurídica a la nueva parte demandada o coadyuvante, que en este caso sería la nueva condición que se adquirirá.

Aparte de las figuras demandado y coadyuvante, en tal condición la doctrina tampoco reconoce la participación de un tercero en la relación proce-

---

(21) En la legislación española, por disposición del art. 95—2, "No podrán interponer recurso de apelación los coadyuvantes con independencia de las partes principales". GONZALEZ PEREZ, *La justicia administrativa en Costa Rica*, pág. 48, comentando sobre el tema, ha dicho: "El reconocimiento al coadyuvante de legitimación para apelar con independencia de las partes principales, fórmula que, si no muy correcta técnicamente dada su condición de parte accesoria, evita que se produzcan muchas situaciones de denegación de Justicia. . .".

(22) QUINTANA, BOLEA y TRUJILLO, Op. cit. T. I, pág. 458.

(23) RETANA SANDI, *La jurisdicción contencioso administrativa en Costa Rica*, Rev. Col. Abogados, San José, 1966, págs. 69 y ss., ha dicho: "También hay que legitimar a las personas que derivan derechos del acto, como lo hace la LJC. De hecho así ha sucedido; mas debe existir regla expresa, para evitar discusiones o dudas. . . No puede negarse la intervención de personas a quienes si bien el fallo no puede perjudicar en forma directa (desde que la cosa juzgada surte efectos sólo entre las partes), sí de manera indirecta (posible responsabilidad civil, etc.).

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

sal (24). De ahí que el tercero legitimado, una vez que se le reconozca, figura en el proceso como parte accesoria y, por ende, ha de tenérsele como coadyuvante.

II.—ENUMERACION EXPRESA DE LAS DEFENSAS PREVIAS.

No está de más repetir que los tres tipos de defensas previas a que se refiere el artículo 50—1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, según la que se invoque, hacen que la demanda resulte del todo inadmisible o bien que quede sujeta a la subsanación de los defectos que se le señalen, a fin de que los procedimientos sigan su curso normal.

El legislador, al establecer este tipo de defensas de resolución interlocutoria, obviamente lo que tuvo en mente fue regular dos situaciones: una de carácter privado y otra de orden público. Las de orden privado tienden a que haya mayor seguridad entre los litigantes frente a una demanda cuyo final se desconoce y que puede causarles serios perjuicios, como sería el caso de dos sentencias contradictorias por no haberse alegado en tiempo la defensa de litis pendencia. Las de orden público conllevan el interés de que se condene a la Administración al pago de una indemnización; a que ésta procure mantener la legalidad del acto o disposición que se impugna en virtud del interés que sobre su nulidad pudieran tener otro gran número de sujetos; y la correcta aplicación de la ley, cuando se aducen como defensas la falta de jurisdicción, la incompetencia del Tribunal o la falta de agotamiento de la vía administrativa.

El estudio de este tipo de defensas en los procesos contencioso-administrativos, requiere que sean analizadas en forma separada para tener una idea más clara de los efectos que pueden producir cada una de ellas e indicarle a la Administración demandada y a los sujetos que coadyuvan en su defensa, ciertos defectos capaces de echar por tierra una demanda de plena jurisdicción.

1. Defensas que determinan la inadmisibilidad de la acción.

Según el artículo 60 de la Ley Reguladora, la finalidad de este tipo de defensas es el de enervar la demanda hasta lograr su inadmisibilidad (25) en virtud de los defectos u omisiones que se le señalen, sin que le quede al demandante posibilidad alguna para subsanarlos.

Se invocan en los supuestos de incompetencia de jurisdicción; falta de personalidad, incapacidad o legitimidad en la persona del demandante; a actos no susceptibles de impugnación, como los consentidos expresamente, los reproductivos de otros anteriores ya definitivos y firmes y los confirmatorios de los consentidos; a actos que pongan término a la vía administrativa como previa a la judicial; a la cosa juzgada; a la presentación de los escritos de interposición de la acción o de formalización de la demanda fuera de los respectivos plazos; y cuando dichos escritos adolecieren de defectos que impidan verter pronunciamiento sobre el fondo.

La Ley faculta al Tribunal para que, de oficio, declare la inadmisibilidad de la acción cuando se está ante cualquiera de tales supuestos; y si no lo hiciere, también la parte demandada y los coadyuvantes están facultados para pedir al Tribunal que lo haga, sin que sea necesario que éste tenga que esperar hasta que el juicio esté para sentencia, en la cual indefectiblemente, por imperio de la ley, han de acogerse de oficio todas las causales que hagan inadmisible la demanda (art. 50—1, inciso a) L.R.J.C.A.).

Veamos someramente los principales supuestos que hacen inadmisible la acción y las hipótesis que emergen de ellos.

Con relación al inciso a), éste está íntimamente relacionado con el artículo 4 de la Ley de la materia, en lo que respecta a lo que no corresponde a la jurisdicción contencioso-administrativa. He aquí donde es de aplicación la defensa o excepción de incompetencia de jurisdicción, pero únicamente en cuanto a la materia, con exclusión, eso sí, de la que se relaciona con cuestiones de índole penal o

---

(24) Véase GARCIA DE ENTERRIA y FERNANDEZ, Ob. cit., págs. 510 y ss.; y, Notas Nos. 17 y 19.

(25) Sobre el tema de la inadmisibilidad, véase GARCIA DE ENTERRIA Y FERNANDEZ, Ibid., pág. 540 y ss., que dicen:
"La admisión o inadmisión del recurso depende lógicamente de la existencia o inexistencia en cada caso concreto de los distintos presupuestos procesales que han quedado estudiados; VIVANCOS, *Las causas de inadmisibilidad del recurso contencioso-administrativo*, Barcelona, 1963.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

laboral, con actos entre los Poderes del Estado o con motivo de las relaciones internacionales de la República. Esta defensa, si la demandada no la alegare oportunamente, tendrá que considerarla el Juez, de oficio, en el acto de dictar la sentencia. El único problema de la resolución en sentencia, cuando de materia laboral se trata, es en cuanto al agotamiento de la vía administrativa que también exige el Código de Trabajo, porque cuando se declare inadmisible la acción contencioso-administrativa, probablemente el plazo para la demanda laboral ya estaría vencido y el derecho caduco. De ahí que se pregunte: ¿interrumpe la demanda contencioso-administrativa o no el término de prescripción para accionar en la vía laboral? Depende del accionante, digo yo, porque jurisprudencialmente se ha declarado que mientras no se deje de accionar oportunamente, el término sigue interrumpido.

A propósito, hay que tener presente: *"Que la impugnación de una fiscalización desaprobatoria ejercida por la Contraloría General de la República jamás puede ser materia laboral, aún cuando tal fiscalización haya recaído específicamente sobre un acto relacionado íntimamente con esa materia, como en el caso resulta ser la resolución del Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto que reconocía al actor el pago de vacaciones y prestaciones legales. . ."* (26).

Con relación a la materia penal, fácil es determinar la jurisdicción que corresponde (27).

El inciso b) del artículo 50—1 citado no requiere especial comentario, toda vez que expresamente alude a la falta de personería debidamente comprobada o a la legitimación de la parte demandante. En cuanto a ésta, para determinarla hay que estarse a lo dispuesto en los artículos 10—1—5 de la Ley reguladora, en relación con el 20—1, que se refiere a la impugnación directa, y el 20—2 que habla de la impugnación indirecta, para lo cual, repito, es menester tener un interés legítimo y directo, no sólo de parte de los administrados, sino también de la misma Administración central cuando es ella la que demanda la anulación de una disposición de carácter general propia o de la Administración descentralizada.

Respecto a los actos no susceptibles de impugnación, como los consentidos expresa o tácitamente por no haber sido recurridos en tiempo y forma (28); los reproductores de otros anteriores, ya definitivos y firmes; y los confirmatorios de los consentidos, la defensa previa que los alegue tienen por objeto demostrarle al Juez que el acto ya se encuentra firme y, de consiguiente, no puede ser objeto de recurso contencioso-administrativo, salvo que sea la propia Administración, mediante el proceso de lesividad promovido dentro del término de cuatro años —como único caso de excepción— la que se presente a sancionar contra un acto suyo ya firme.

Los actos reproductores o confirmatorios no tienen mayor importancia, porque generalmente lo que hacen es regular el que ha creado derechos subjetivos; pero creo que serán objeto de recurso cuando, además de su función, crearen nuevas situaciones jurídicas que podrían consolidarse, debido a una mala interpretación del acto original por parte del Administrador Público.

Como se ve, no es menester que el consentimiento del acto sea expreso. Puede ser tácito y al efecto no se atiende que para ello haya mediado error.

---

(26) Juzgado Primero de lo Contencioso-Administrativo y Civil de Hacienda, resolución de 15 hrs. del 11 de marzo de 1969.

(27) Sin embargo, GONZALEZ PEREZ, *La justicia administrativa en España*, págs. 147 y ss., ha dicho: "El acto administrativo que hubiera podido nacer como consecuencia de aquella actuación vendrá viciado por una infracción mucho más grave que la infracción de la norma jurídico-administrativa, vendrá viciado por la ilicitud penal. . . El juez actuará con plenitud de jurisdicción para verificar los hechos cometidos y su posible calificación como delitos. Manejará, indudablemente, normas de Derecho Penal, no de Derecho Administrativo. Pero normas penales que definen y sancionan ilicitudes de la actividad administrativa. De tal modo que la consecuencia de la calificación de delito del acto será su nulidad de pleno Derecho. . . Puede ocurrir que el acto administrativo sea constitutivo de delito, sin que constituya uno de los supuestos específicos de infracción jurídico-administrativa que así se sanciona. Así, en el caso de la prevaricación. El Código Penal se limita a sancionar como delito el hecho de que se dicte a sabiendas una resolución injusta. Luego cualquier acto administrativo, cualquiera que sea el órgano competente, la materia a que afecta y su régimen jurídico, puede constituir delito de prevaricación. Para ello bastará, abstracción hecha de cualquier otra consideración, que se haya dictado por el titular del órgano a sabiendas de que dictaba una resolución injusta. . . Por tanto, siempre que el acto administrativo sea constitutivo de una acción u omisión sancionada por la Ley penal, será nulo de pleno Derecho".

(28) "Como ha dicho una sentencia del Tribunal Superior Contencioso-Administrativo (No. 113, de 8 horas 30 minutos del 22 de agosto de 1972) para poder hablar de acto consentido, el consentimiento debe ser expreso. Se entenderá que hay consentimiento tácito solamente en los casos en que no se interponen en tiempo y forma los recursos correspondientes", GONZALEZ PEREZ, *La justicia administrativa en Costa Rica*, pág. 60.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

La excepción contemplada en el inciso a) del artículo 21 de la Ley, cuando ha habido consentimiento del acto en forma expresa o presunta, se refiere a los actos nulos de pleno derecho y que están surtiendo efectos, pues aún cuando este tipo de actos se hayan consentido, el administrado podrá en cualquier tiempo pretender la anulación del mismo o su inaplicabilidad; y si la Administración demandada o los coadyuvantes que tuvieren interés en el mantenimiento del acto impugnado de nulidad absoluta alegaren la defensa previa de acto consentido, la misma no sería de recibo, puesto que está en juego un principio de orden público y una nulidad absoluta y por lo mismo, nunca podría ser generadora de efectos jurídicos.

En caso de silencio administrativo, dentro de los dos meses siguientes al día en que presentó su reclamo administrativo, el administrado debe acudir a la vía jurisdiccional, sin perjuicio de que lo haga antes porque en forma presunta ya fue agotada la vía administrativa. Ahora bien, no es que necesariamente la Administración deba pronunciarse dentro de dos meses, pues la Ley le concede un año de término; en consecuencia, el accionante puede estar en espera de tal pronunciamiento porque después de que le fuere notificado empieza para él un nuevo plazo de dos meses para incoar el proceso en la vía jurisdiccional (29) (30).

Vencidos los correspondientes plazos sin que alguien impugnara el acto, éste queda implícitamente consentido y firme y por ende, la defensa previa de caducidad sería de recibo en caso de que alguien incurrriera en el error de hacerlo extemporáneamente.

En relación con las defensas previas porque una demanda defectuosa impidiera entrar al fondo del asunto; defectos u omisiones que generalmente consisten o radican en la parte petitoria, en la motivación que la origina, en una mala estimación de las pretendidas indemnizaciones, etc., cabe observar que tales supuestos están contemplados en el artículo 60, inciso f), ibídem y para determinar si procede la inadmisibilidad de la acción o no, hay que esperar hasta que se dicte sentencia. Ello es así porque en realidad suelen ser defectos subsanables y en tal caso, el curso del proceso se despeja (31).

A propósito, el Tribunal Superior Contencioso-Administrativo ha dicho: *"...el Tribunal no comparte el criterio del representante del Estado. Los términos de las pretensiones de la demanda no se ven afectados por la diferencia de términos usados, los cuales no han de ser sacramentales, además de que consideramos que se ha de atemperar la rigidez formalista de esta defensa la que debe quedar reducida a sus justos límites, no convirtiéndola en una fuente de denegación de justicia". "El Estado pretendió la inadmisibilidad de una demanda subsidiaria, ya que el actor no solicitó la nulidad del acto impugnado sino su revocatoria"* (32).

---

(29) A fin de que las gestiones administrativas o jurisdiccionales sean presentadas oportunamente, es de rigor enterarse de que los plazos están regulados por la misma ley, así: uno de dos meses para impugnar el acto, contados a partir del día siguiente de la notificación personal o de la publicación del mismo. También, dentro de dos meses, ha de interponerse el proceso contencioso-administrativo, los que se contarán a partir del día siguiente de la notificación de la resolución que da por agotada la vía administrativa. El recurso de reposición o reconsideración deberá formularse ante el mismo órgano que ha dictado el acto o disposición, en el plazo de dos meses que se contarán desde que se notifique o publique el acto, cuando lo impugnado emanare directamente de la jerarquía superior de la respectiva entidad administrativa y careciere de ulterior recurso.
El plazo para deducir la demanda es de treinta días y se le concede al accionante una vez que el Tribunal haya recibido el expediente administrativo. Si no hiciere uso de ese término, se declarará caduca la acción, así como el derecho sustantivo con relación al acto, lo que apreciará el Tribunal de oficio, aunque no se hubiere opuesto la defensa previa.

(30) GONZALEZ PEREZ, *La justicia administrativa en España*, págs. 40 y 41, dice: "Dada la escasísima práctica del recurso y la serie de inadmisibilidades de los recursos contencioso-administrativos a que conducen las oscilaciones jurisprudenciales sobre la interpretación de los textos legales y, sobre todo, el abandono del principio antiformalista al aplicar uno de los artículos en que más expresivamente tenía aplicación este principio —el art. 129 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, al regular la subsanación— ha determinado una reacción doctrinal netamente desfavorable a su subsistencia (ROBERES ALVAREZ, en El recurso de reposición previo al contencioso-administrativo y conflictos que origina, separata de la "Revista de Derecho Administrativo y Fiscal" núm. 12, y MARTIN MATEO, *Manual de Derecho Administrativo*, Madrid, 1970). Realmente, salvo los autores que se mueven dentro de los Cuerpos adscritos al Ministerio de Hacienda —que por ese prurito de ser distintos mantienen a ultranza el recurso de resposición como previo al económico-administrativo—, la generalidad de la doctrina parece repudiar este recurso.

(31) Una Sentencia de 29 de setiembre de 1975, del Tribunal Supremo de España, ha dicho: "...pues si conforme a lo dispuesto por el núm. 3 (art. 57) de la Ley, el defecto es subsanable dentro del plazo que el Tribunal señale, una vez que se hubiere apercibido de su existencia, lógico resulta entender, que el defecto debe entenderse subsanado cuando lo hubiere sido antes de dictar la primera providencia, aunque sea de fecha posterior a la del escrito de interposición del recurso, porque además, éste es el criterio más conforme con el designio perseguido por la Ley de evitar que una pretensión procesal pueda dejar de ser examinada o una cuestión de fondo resuelta por la existencia de defectos cuya subsanación sea posible".

(32) TRIBUNAL SUPERIOR CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, Nos. 6 de 9 hrs. del 14-4-72; 56 de 8:50 hrs. del 9-6-72 y 57 de 9 hrs. del 9-6-72; L.R.J.C.A. Arts. 50—1 a) y 60 f).

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

Como puede verse de este somero estudio sobre las defensas previas que enumera el artículo 60 de la Ley Reguladora, de ellas hay dos tipos que si fueren acogidas por el Juez, obligan a ordenar la subsanación de defectos o a declarar inadmisible la acción.

Las que determinan la inadmisibilidad de la acción, no hay duda que constituyen la mejor defensa de la Administración, porque la sentencia tomaría el carácter de cosa juzgada material, produciéndose, lógicamente la caducidad del derecho sobre el acto o disposición impugnados, de suerte que al accionante ya no le queda la oportunidad de hacerlo valer en otro juicio.

2. La litis-pendencia.

La litis-pendencia es otra defensa previa que pueden alegar los demandados y los coadyuvantes, aún dentro del período de formulación de conclusiones para dictar sentencia (33).

En el proceso contencioso administrativo y civil de hacienda, la litis-pendencia produce los mismos efectos que en el proceso civil, pues contrariamente a lo que afirma González Pérez (34), de que si se intentase deducir la misma pretensión en otro proceso, se incurriría en motivo de inadmisibilidad (35), personalmente creo que ello no sería así, porque al igual que las defensas previas, las causas de inadmisibilidad de la acción están taxativamente indicadas en el artículo 60 de la Ley y de ellas no se infiere, siquiera, que la litis-pendencia haga inadmisible la acción más reciente, porque esa defensa se halla entre las que atacan defectos u omisiones que pueden ser subsanadas, que en este caso concreto vendría a ser la acumulación (36) del juicio nuevo al más viejo.

Así las cosas, cabe preguntarse: ¿es procedente la declaratoria de litis-pendencia, cuando, a pesar de presentarse la trilogía de los elementos partes, objeto y causa, no se ha deducido la demanda y se desconoce la pretensión del nuevo proceso?, porque aunque se esté impugnando el mismo acto o disposición, bien podría suceder que el accionante lo que pretenda en el nuevo proceso es una declaratoria diferente.

Otro interrogante sería, si procede la defensa previa de litis-pendencia en un proceso reciente, relacionado con otro en que se impugna el mismo acto o disposición por parte de terceros legitimados activamente que derivan derechos subjetivos. En tal caso, me parece que además de proceder la acumulación de todas las otras acciones, se estaría en un caso de litis consorcio activo, sobre todo si hay unanimidad en la pretensión de que el acto o disposición sea anulado.

Respecto a la acumulación he formado dos teorías:

La primera, en el sentido de que no es posible la declaratoria de inadmisibilidad de la nueva acción, a tenor de lo dispuesto en el artículo 52, párrafo 2 ibídem, porque si bien es cierto que esta disposición legal habla de declarar sin curso la demanda, ello no debe interpretarse en una forma tan amplia como para declararla inadmisible, o sea que si el Juez acoge la defensa de litis-pendencia, podría declarar sin curso la demanda, pero no la inadmisibilidad de la misma. Y si esa nueva acción pudiere ser acumulada a la más antigua, se entraría entonces en una litis consorcio activa y pasiva, con pluralidad de demandantes, demandados y coadyuvantes. Por otro lado, al no prohibir expresamente la Ley la acumulación de acciones, cuando las pretensiones sean idénticas o cuando exista conexión entre varios actos o disposiciones, la interpretación del párrafo 2 del artículo 52 no puede hacerse en forma tan amplia, como para declarar la inadmisibilidad de una nueva acción.

La segunda, totalmente contraria a la anterior, la expreso así: es procedente la declaratoria de inadmisibilidad de la acción cuando se acoge la

---

(33) GONZALEZ PEREZ, *La justicia administrativa en Costa Rica*, pág. 105, dice: "La Ley de Costa Rica la incluye expresamente entre los motivos que pueden alegarse como defensas previas (art. 50, 1, b), siendo indiscutible que si no se ha alegado en este trámite previo, el Tribunal deberá apreciarla, de oficio o a instancia de parte, al dictar sentencia".

(34) GONZALEZ PEREZ, Ibíd., pág. 105.

(35) Idem., pág. 105: "La iniciación de un proceso impide que pueda incoarse otro con el mismo objeto. Si se intentase deducir la misma pretensión en otro proceso, se incurriría en motivo de inadmisibilidad. Y así debe declararlo el Tribunal, bien al dictar sentencia o en el trámite de alegaciones previas, si fuese planteada por el demandado o coadyuvantes".

(36) GONZALEZ PEREZ, Ob. Cit., pág. 63, afirma: "La Ley de Costa Rica (arts. 25 y 26), como la Ley española (arts. 44 y 45), prevé la acumulación inicial (y sucesiva) de pretensiones, siempre que no sean incompatibles entre sí y se deduzcan en relación con un mismo acto o disposición, o cuando se refieran a varios cuando unos sean reproducción, confirmación o ejecución de otros o exista entre ellos cualquier conexión directa.
El fundamento de la acumulación es incuestionable. De aquí que, siempre que se cumplan los requisitos de admisibilidad establecidos en la Ley, debe accederse a ella".

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

defensa previa de litis-pendencia, por cuanto el objeto de los procesos es el mismo y porque el acto o disposición impugnados generalmente no crean derechos para sólo una persona, ya sea física o jurídica, sino para muchísimos administrados, de suerte que uno sólo de estos puede, mediante el correspondiente recurso contencioso-administrativo, beneficiar a todos los demás en caso de una sentencia favorable.

A pesar de que estas dos teorías tienen sus fundamentos lógicos, personalmente me inclino hacia la primera, por entender que una mayor participación de partes activas, pasivas y accesorias en el proceso, daría como resultado una mayor y más correcta aplicación de las normas de Derecho y de Justicia (37).

3. La falta de agotamiento de la vía administrativa.

El agotamiento de la vía administrativa contiene tres efectos de gran trascendencia como acto previo a interponer el recurso contencioso-administrativo. El primero constituye una función de autotutela, dado que para tener por agotada la vía administrativa necesariamente algún administrado ha tenido que interponer el recurso de reposición o reconsideración (38), dándole así la oportunidad a la propia Administración para verificar la legalidad del mismo acto o disposición, a fin de ver si procede revocarlo o anularlo y así, relevar al administrado de un proceso contencioso-administrativo.

En segundo lugar, el reclamo en la vía administrativa permite, si hay lesión al interés legítimo o al derecho subjetivo, la subsanación correspondiente, de suerte que ya no sería necesario acudir a la vía jurisdiccional.

Se considera que tienen interés legítimo: *"a) Quienes lo promuevan como titulares de derechos e intereses legítimos. b) Los que sin haber iniciado el procedimiento ostenten derechos que puedan resultar directamente afectados por la decisión que en el mismo se adopte. c) Aquellos cuyos intereses legítimos, personas y directos puedan resultar afectados por la resolución y se apersonen en el procedimiento en tanto no haya recaído resolución definitiva"* (39).

Y respecto al derecho subjetivo, RETANA SANDI, expresa: *"El derecho subjetivo es un concepto correlativo con el derecho objetivo. Este, al regular la actuación del hombre en las relaciones sociales, reconoce y tutela, dentro de ciertos límites y bajo ciertas condiciones, tales intereses, para asegurar su satisfacción; y con tal objeto, a su vez, concede a los sujetos a los que pertenecen, un poder jurídico sobre o frente a personas, o sobre cosas (materiales o inmateriales) para conseguir conservar o gozar el valor en que tienen interés.*

Pues bien, tal poder jurídico que el derecho objetivo concede para garantizar la satisfacción de un interés, es el derecho subjetivo. Se trata, pues de que ciertas situaciones de los particulares, en razón de los intereses que las constituyen, están directamente protegidas por el ordenamiento jurídico, de cuya protección deriva un poder jurídico para el sujeto titular de la situación. En consecuencia, todo derecho subjetivo es un interés jurídicamente protegido" (40).

Queda claro, entonces, que el derecho subjetivo, para que exista, necesariamente debe estar amparado por un interés legítimo y que a la vez tenga su fundamento en un acto o disposición de la Administración que los afecte, en la persona del administrado o en sus cosas. En tal supuesto, el reclamo en la vía administrativa, ante el mismo órgano que dictó el acto o disposición, o ante su jerarca, lo que persigue es la reparación de la lesión que el mismo está produciendo en los intereses o derechos del administrado.

El tercer efecto consiste, como ya se dijo, que si las gestiones administrativas fueren de recibo, ya no habría necesidad de recurrir al proceso en la vía jurisdiccional, con la consiguiente economía de tiempo y de gastos.

Teniéndose por agotada la vía administrativa,

---

(37) Sobre la litis-pendencia, la sentencia de 13 de octubre de 1975, del Tribunal Supremo de España, dice: "Que, de acuerdo con la doctrina recogida, la cuestión relativa a si la litispendencia, puede esgrimirse como causa de inadmisibilidad del recurso contencioso-administrativo, al no figurar entre las comprendidas en el art. 82 de la Ley jurisdiccional, debe resolverse, aplicando la de Enjuiciamiento Civil, conforme a lo establecido en la Disposición Adicional 6 de aquella, dado que, la identidad de procesos, puede originar tal excepción, como preventiva y cautelar de la cosa juzgada, de efectos similares a ésta, como cosa juzgada en potencia, cuando mediante su alegación trata de evitarse la posible contradicción de los fallos que, una vez producidos darían lugar a los efectos negativos de cosa juzgada material, impidiendo la admisión del proceso en el que se invoca. . .".

(38) Véase supra nota No. 30.

(39) QUINTANA, BOLEA y TRUJILLO. Op. cit. Tomo I, pág. 816.

(40) La jurisdicción contencioso-administrativa en Costa Rica, en Revista del Colegio de Abogados, T. XXI, No. 12, julio 1966, San José, Costa Rica, págs. 80-81.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

podría darse el caso de que en la vía jurisdiccional no lo estimen así el demandado, los coadyuvantes o el propio Juez, quien, en tal caso, requerirá al demandante para que formule el reclamo administrativo en el plazo de diez días, y si dentro de los cinco días siguientes acreditare haberlo deducido, el procedimiento quedará en suspenso hasta que sea resuelto en forma expresa o presunta (artículos 33 y 96 ibídem).

Esa disposición legal ha sido acogida por la jurisprudencia, a saber: *"Si no se ha agotado la vía administrativa debe la parte actora presentar el recurso administrativo ante el Superior, dentro de diez días"* (41).

La importancia y finalidad del agotamiento de la vía administrativa fue condensada por un Juzgado, así: *"Enseña la doctrina más autorizada en la materia, y lo admite nuestra jurisprudencia, que uno de los propósitos fundamentales de este instituto, es lograr que se reduzcan al máximo los procesos judiciales en tanto en cuanto por su medio se permite al Estado o a sus instituciones que puedan conocer y, si es del caso, resolver, aquellas reclamaciones que se les formulan como antecedentes de un pleito. Propende pues, a lograr la aveniencia en vía administrativa y ahorrar así a las partes los gastos, generalmente ingentes, de dinero, tiempo y trabajo, que importa el establecimiento y atención de un juicio. Ahora bien, lógicamente tal finalidad solo se puede satisfacer a través del órgano que en la expresada vía goza de la competencia necesaria para dirimir el conflicto"* (42).

La Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa es enfática en cuanto al agotamiento de la vía administrativa. Se refiere a ello en sus artículos 18—1 y 19—1, aduciendo que la acción es admisible en relación con las disposiciones y actos de la Administración que no sean susceptibles de ulterior recurso en la vía administrativa; y que cuando se formulare alguna petición ante la Administración y ésta no notificare su decisión en el plazo de dos meses, se da el caso de la denegación presunta.

Por su parte, de sus artículos 31—1, 33—1 y 41—1 resulta que será requisito para admitir la acción, el agotamiento de la vía administrativa y que la vía contencioso administrativa queda expedita si transcurren dos meses desde la interposición del recurso sin que se haya producido y notificado resolución alguna; y que es improcedente la admisión del reclamo cuando no se compruebe fehacientemente que fue agotada la vía administrativa.

Con respecto a esta defensa, se presentan tres situaciones, a saber: a) La apreciación de oficio de parte del Tribunal; b) La alegación correspondiente de parte de la demandada o coadyuvantes como defensa previa; c) La inadmisibilidad de la acción en sentencia; situación esta última que se presenta como consecuencia de la segunda, pues esa defensa obliga a la suspensión del proceso mientras el accionante no dé cabal cumplimiento a ese requisito.

La gravedad de este instituto radica en el hecho de que si el demandado y sus coadyuvantes no alegan la falta de agotamiento de la vía administrativa como defensa previa, sino que lo dejan para aducirlo como defensa general al contestar la demanda, podría darse el caso de que el acto o disposición se tenga por consentido tácitamente por no haber sido recurrido en tiempo, y, en consecuencia, la acción viniera a ser inadmisible porque ya no sería aplicable el artículo 96 ibídem.

Eso es parte de la astucia del ente estatal: mantener la vigencia del acto, porque, como dice EDUARDO ORTIZ, si bien el Estado es una persona solvente por excelencia, ello no significa que siempre asuma una actitud pasiva frente a las pretensiones de sus administrados (43).

---

(41) SALA PRIMERA CIVIL. Res. No. 65 de 1969. Boletín Informativo de la Corte Suprema de Justicia, No. 165, pág. 4.

(42) Juzgado Segundo de lo Contencioso Administrativo. Resolución de las 16:15 hrs. del 26 de abril de 1972.

(43) ORTIZ ORTIZ, Eduardo. *Derecho Administrativo*, Publicaciones de la Universidad de Costa Rica Rodrigo Facio, 1972.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL
"FERNANDO COTO ALBÁN"

LOS VALORES FUNDAMENTALES DE LA PERSONALIDAD Y SUS MEDIOS DE TUTELA

Zetty Bou Valverde.
Víctor Pérez Vargas.

I N D I C E

PARTE GENERAL 104
INTRODUCCION TEORICO–GENERAL 104
ANTECEDENTES HISTORICOS 104
DELIMITACION CONCEPTUAL 106
DETERMINACION DE SU NATURALEZA JURIDICA 108
EN BUSQUEDA DE UN COMUN DENOMINADOR PARA LOS "DERECHOS" DE LA PERSONALIDAD 111
SUJETO Y OBJETO DE LOS DERECHOS DE LA PERSONALIDAD 114

PARTE SISTEMATICA 116
INTRODUCCION 116
IMAGEN 117
NOMBRE 119
VIDA 121
INTEGRIDAD CORPORAL 122
PARTES SEPARADAS DEL CUERPO Y CADAVER 123
HONOR 124
LIBERTAD 125
RESERVA 127
EL DERECHO MORAL DE AUTOR 128

CONCLUSIONES 128

APENDICE. Texto de la exposición de motivos de la Ley No. 5476 de 7 de noviembre de 1973 que introdujo en el Código Civil el título "Derechos de la personalidad y nombre de las personas". 130

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

I. PARTE GENERAL

INTRODUCCION TEORICO-GENERAL

Todo ordenamiento jurídico define sus propios valores.

Los valores fundamentales del Ordenamiento giran alrededor de dos polos: **persona-comunidad.** Cada Ordenamiento define en sus normas fundamentales los atributos de la persona (lo que se denomina personalidad) y los atributos de la comunidad (por medio de sus estructuras de organización).

En la realización de estas definiciones el Ordenamiento (por medio de sus fuentes formales y materiales) proyecta los valores (derivados de una común experiencia y cultura) cuya tutela se impone.

La persona (sujeto jurídico) recibe tutela de los atributos fundamentales que se le reconocen (vida, integridad física, honor, libertad. . . etc.). Cuando se produce la formalización (simbólico-declarativa como en el caso de la ley-significativo-manifestativa) como en el caso de la costumbre de estos atributos los mismos penetran en el Sistema (formal y sustancialmente). Puede hablarse entonces de los valores jurídicos de la personalidad.

De estas valoraciones fundamentales, o intereses jurídicos fundamentales emanan axiológicamente situaciones jurídicas (efectos jurídicos) con las que se persigue su realización.

Por ejemplo:

a) Del valor **libertad** emana la sujeción a la pena en aquel que prive a otro de su libertad. Art. 20 Const. - art. 191 C. Penal.
b) Del valor **vida** emana el deber de descanso para la trabajadora embarazada. Art. 21 Const. - art. 96 C. Trabajo.
c) Se considera que una consecuencia de la tutela de la Intimidad es el llamado "derecho a la propia imagen". Art. 28 Const. Política - Art. 29 C.C.

De lo expuesto hasta aquí pueden obtenerse algunas conclusiones:

Existen en todo Ordenamiento (en diversa medida, espacio-temporalmente condicionada) valores de la personalidad.

Tales valores se realizan mediante específicas situaciones jurídicas (de necesidad y de posibilidad); en distintos ámbitos del Ordenamiento (tutela penal, tutela civil, tutela laboral, etc. . . .). Cada una de estas manifestaciones de la tutela de los valores de la personalidad se hace concreta mediante poderes y deberes determinados. A diferencia de la materia penal, la tutela en lo civil no es sancionaria sino "reparadora". Tomando como base el Código Civil veremos más adelante algunos ejemplos de situaciones jurídicas conexas con los valores de la personalidad.

* * *

ANTECEDENTES HISTORICOS

Como ya se ha anticipado en toda comunidad humana se reconocen valores dignos de ser tutelados. Protección esta, que varía en intensidad y dirección según el tipo de organización socio-política de la misma.

En todas, los valores considerados fundamentales o primarios son aquellos que aseguran el bienestar de la colectividad. En mayor o menor grado, se protegen también los valores más preciados del hombre.

Pero esto último no puede considerarse como norma universal. En ciertas comunidades se han sacrificado manifiestamente estos valores, minimizándolos en beneficio del Estado o de las clases dominantes del mismo.

La lucha en pro de los valores "primarios" de la persona humana ha sido ardua. Manifestándose como un lento proceso ascendente pero con soluciones de continuidad.

En Grecia y Roma, se tutelaban algunos me-

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

diante la "Dike Kakegorias" (1) y la "Actio iniuriarum" (2) respectivamente.

Pero esta protección no era plena pues solo se consideraban relevantes los valores esenciales del hombre de cierta clase. Y por consiguiente solo esos se tutelaban.

Por esta razón hay acuerdo en la doctrina en considerar que la verdadera base, el fundamento técnico de la protección de los valores de la personalidad se inicia con el advenimiento del Cristianismo.

Por primera vez y "mediante la idea de fraternidad universal, que implica la igualdad de derechos y la inviolabilidad de la persona con todas sus prerrogativas individuales y sociales" (3) se llegó a considerar que esos valores eran inherentes a la condición de hombre e independientes de cualquier presupuesto formal o clasista.

Estas ideas se difundieron rápidamente pero su inserción en la realidad no fue un proceso fácil, ni mucho menos. La sociedad medieval no llegó a ordenarse con base a ellas. Así, se siguieron considerando intrascendentes, en muchos aspectos, los valores más preciados de un sector mayoritario de esa sociedad (el de los siervos de la gleba).

Pero la inquietud ya estaba sembrada. . .

Al comentarse la "Summa thelogica" de Santo Tomás, en las "universidades", se despertó una fuerte polémica en torno a tópicos como la vida, el honor, la fama, etc., y la posible restitución, en caso de que fueran violados.

Ya en el Renacimiento se hablaba de "ius in corpus" (4).

En 1609 vio la luz el "tractatus de potestate in se ipsum" (tratado de las potestades sobre sí mismo) de Baltazar Gómez de Amezcua de donde partió propiamente la concepción de los valores de la personalidad como derechos o potestades del sujeto sobre su propia persona.

La Escuela Española del Derecho Natural logró establecer las diferencias entre los "bona exteriora" y los "in bonis corporis" (5) entre los que incluían la integridad, el honor y la fama.

En el siglo XIII se ahondó en la materia y así, los filósofos de la Escuela Clásica del Derecho Natural llegaron a considerar muchos de estos valores como Derechos Naturales o innatos Hobbes decía que el *"Derecho Natural es el dictado de la recta razón que hay en nosotros, acerca de aquellas cosas que han de hacerse u omitirse para la conservación constante de la vida y los miembros"* (6).

Por otra parte, "según Locke el Poder Legislativo, está estrictamente limitado a la persecución de aquellos fines para los que fue creado el Gobierno, a saber, garantizar y conservar la vida, la libertad *y la propiedad"* (7).

Pero no fue sino hasta la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano en 1789 (8) en que se empezó a concretar esa tutela en el Derecho Público, mediante enunciados específicos (9).

Hasta este momento la protección de la persona y sus valores más preciados pertenecía exclusivamente al ámbito del Derecho Penal (tutela de algunos de ellos) la Moral y la Religión.

La constitución de estos valores fue el primer gran logro para el individuo, la garantía de que sus derechos iban a ser respetados por el poder constituido.

---

(1) Ambas instituciones se citan a manera de ilustración ya que no existen muchos datos al respecto y la doctrina no se ha molestado en definirlas.

(2) Roma, "no tuvo la concepción de los derechos de la personalidad como categoría de derechos especiales separados del fundamental y general derecho de la personalidad. . . pero . . .se tutela la integridad corporal y síquica, mediante la iniuriarum actio" (Bonet Ramón, Francisco. *Compendio de Derecho Civil* T.I. Parte general. Edit. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1959) p. 484.

(3) Peña Luño, citado por Obando Salazar Ramón Augusto (Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes, No. 3 Año III, Venezuela, 1972) p. 67.

(4) "En las últimas etapas del Renacimiento (S. XVI) es cuando va a surgir la idea y conveniencia de hacer resaltar la independencia de la persona, su igualdad jurídica y el respeto a sus derechos". (Ibid., p. 68).

(5) En particular en la obra de Vázquez de Menchaca.

(6) Hobbes. Citado por Bodenheimer, Edgar *(Teoría del Derecho,* Méjico: Fondo de Cultura Económica, 1971, p. 158.

(7) Ibid., ps. 170-171.

(8) V. ELLAURÍ, Secco *(Los tiempos modernos y contemporáneos.* Ed. Kapeluszo. Buenos Aires, 1965) p. 164. Se consagraron algunos enunciados como "respeto" a las opiniones y las creencias, libertad de palabra y de prensa, etc.

(9) De esta manera se operan en su comienzo una parcial constitucionalización de los Derechos de la Personalidad y surge al mismo tiempo, una aparente confusión entre los llamados derechos de la personalidad y los derechos del "Hombre y el Ciudadano".
Anuario de la Universidad de los Andes, op. cit. p. 77.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

Pero esta tutela no era suficiente ¿cómo se le garantizaba a la no violación de sus "derechos" por parte de los otros individuos? y en caso de violación ¿cómo podía restituirse en el uso de aquellos, o por lo menos compensar mediante el resarcimiento de los daños y perjuicios causados?

La tutela civil de los valores de la personalidad tarda en llegar.

El Código Napoleón, de 1804, a pesar de ser producto de la Revolución, culminación de todo un proceso en pro de la persona, no los reguló (10).

Esto se debió principalmente a que *"se estimaba que esa materia era más propia de las leyes políticas que de las civiles"* (11).

La mayor parte de los Códigos Civiles que en aquel se inspiraron (incluyendo el de Costa Rica de 1888) omitió hacer referencia a los "derechos" de la personalidad.

La lenta evolución de estos "derechos" dentro del campo de la legislación civil se inició con la promulgación del Código Civil austriaco de 1910 que los consagró como derechos innatos.

En 1967 el **Código Civil portugués** los introdujo como derechos originarios, inalienables y limitables únicamente mediante ley formal expresa. Se estableció también en el mismo la obligación de reparar en caso de violación.

El Código Civil alemán de 1896 protege el derecho al nombre bajo la categoría de derecho de la personalidad (derecho subjetivo).

En 1907 el **Código Civil suizo** plasmó una tutela general de los derechos de la personalidad.

En 1942 el Código Civil italiano introdujo una tutela bien diferenciada de la integridad corporal, el nombre, el seudónimo y la imagen.

Entre 1946 y 1949 los consagraron los Códigos Civiles de Grecia, Egipto, Japón y Filipinas.

En 1962 en los principios de Legislación Civil de la U.R.S.S. se estableció una tutela al honor y la dignidad del individuo.

En Costa Rica no fue sino hasta 1973 que se introdujo un articulado específico que tutelará los "derechos" de la personalidad (12).

DELIMITACION CONCEPTUAL

En doctrina se han dado muchas definiciones (13) de los "derechos" de la personalidad.

Hemos tratado de encontrar una definición que sin descuidar los aportes doctrinales, incorpore también nuestra propia concepción (visión plenaria) de los mismos: Se trata de valores no patrimoniales (14) que se hacen efectivos mediante situaciones jurídicas (poderes y derechos, deberes y obligaciones) privadas (15) que protegen los valores esenciales (16) de la persona, en sus diversos planos de proyección (físico (17), síquico (18), intelectual (19), espiritual (20) y de relación).

---

(10) "Aún siendo fruto de la Revolución y de los llamados principios inmortales contenidos en las diversas declaraciones de los derechos del hombre, no los regula, inspirándose en su situación todos los Códigos Civiles que en él se modelaron, incluso el italiano de 1865". De Cupis, Adriano. *(I diritti della personalità.* T. I. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1959) p. 16.

(11) Castán Tobeñas, José *(Derecho Civil Español, Común y Foral).* Décima edición, T. I. Vol. II. Madrid: Reus, 1963) p. 889.

(12) Ver Apéndice: "Texto de Exposición de Motivos de la Ley No. 5476 de 7 de Nov. 1973". Ver artículos 26-41 del Código Civil.

(13) Ver GIERKE, DE CASTRO (pág. 23), FERRARA, AGUILAR GORRONDOÑA, citados por DIEZ DIAZ, Joaquín, *"Derechos de la personalidad o bienes de la persona"*, Madrid, REUS, 1963, págs. 64-65, pág. 23. ELTZBACHER y GIERKE citados por BONET, Ramón, op. cit., pág. 483. SALVAT, Raymundo, *"Tratado de Derecho Civil Argentino"*, 9a. edición, Tomo X, Tipográfica Editora, Buenos Aires, 1951, pág. 47. DE CUPIS, op. cit. pág. 18, CASTAN, op. cit., pág. 325.

(14) Ver AGUILAR GORRONDOÑA, Ibid., 65; GIERKE, cit. por BONET, Ramón, op. cit., pág. 483 y por DIEZ DIAZ, op. cit., pág. 64.

(15) Ver DEGNI, cit. por DIEZ DIAZ, op. cit., pág. 68; AGUILAR GORRONDOÑA, Ibid., pág. 65.

(16) Ver DE CUPIS, op. cit., pág. 18; DE CASTRO, cit. por DIEZ DIAZ, op. cit., pág. 23; GIERKE, cit. por BONET, Ramón op. cit., pág. 483 y por DIEZ DIAZ, op. cit., pág. 64, AGUILAR CORRONDOÑA, ibid., pág. 65.

(17) DIEZ DIAZ, ibid., pág. 23, FERRARA, ibid., 64, DEGNI, Loc. cit.; SALVAT, Raymundo, T. D. Civil Argentino, 9a. Edic. Tomo X, Tipográfica Editora Buenos Aires, 1951, pág. 47.

(18) DIEZ DIAZ, op. cit., pág. 23.

(19) SALVAT, op. cit., pág. 47.

(20) FERRARA, cit., por DIEZ DIAZ, op. cit., pág. 64, DEGNI, Loc. cit.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

A nuestro modo de ver, se hace necesario desglosar las situaciones jurídicas de posibilidad para dar dos definiciones distintas, acordes con dos momentos que consideramos existen en cada "derecho de la personalidad".

Basándonos en la doctrina expuesta por Santi Romano: "**Poder en sentido estricto** *(potestad)* ...*y* **derecho subjetivo** *entrarían en el commune genus y los* **poderes en sentido amplio,** *atribuidos por el ordenamiento jurídico en orden a bienes o intereses protegidos por él, y serían, por consiguiente,* **ambos** *manifestaciones y explicaciones de capacidad; pero el* **primero** *se desenvolvería en una dirección o aspecto genérico, no tendría objetos singularmente determinados, no se resolvería en pretensiones hacia otros sujetos y, por lo tanto, no sería correlativo a obligaciones, mientras que el* **derecho subjetivo** *se desenvolvería siempre en una concreta y particular relación jurídica con una determinada cosa o frente a determinadas personas que, por el contrario, tendrían obligaciones correspondientes"* (21).

Los valores de la personalidad como poderes "son valoraciones jurídicas de posibilidad potenciales (en cierto modo actuales) y genéricos, inmodificables e irrenunciables que vienen atribuidas para que su titular logre la plena realización como ser humano" (22).

Los derechos subjetivos de la personalidad. "Valoración jurídica de poder específica y actual que coloca al sujeto en la situación de acreedor frente a otro sujeto obligado que ha lesionado intereses personales jurídicamente relevantes del primero (poderes de la personalidad)".

1.—Posibilidad de pedir que se haga cesar la violación. (Ejem. arts. 30 y 35 C.C.).

2.—Que se le indemnice por el daño o perjuicio causado (Ejem. art. 41 C.C.).

Como vemos en estos casos se trata de un interés actual y específico cuya realizacion está ligada al comportamiento de otro sujeto (diverso del titular).

Una vez resuelto el problema de la conceptualización de los derechos de la personalidad, corresponde analizar si se puede considerar que exista un único poder o derecho (según la teoría tradicional) global a la personalidad o si más bien se debe considerar que existen tantos poderes (o derechos) como aspectos y manifestaciones haya de la personalidad.

En doctrina han surgido dos teorías al respecto:

a.— **Teoría monista o unitaria:** Es aquella que parte de la concepción de que el hombre *"es el punto de referencia de una obligación universal de atención de toda ingerencia"* (23). En tal sentido sería también el titular de un derecho general a su personalidad que debe ser respetado. Por consiguiente habría *"un solo derecho general de la personalidad como concepto global que abarca el derecho a la conservación, a la inviolabilidad, a la denominación reconocida y a la libre actuación de la individualidad en todas sus direcciones"* (24).

REGELSBERGER. *"Existe un único derecho de la personalidad que garantiza toda la esfera individual en sus múltiples aspectos y manifestaciones* (25).

Esta tesis ha sido hábilmente criticada por VERCELLONE diciendo que: *"No es posible una protección general de cada aspecto de la persona, se pone al legislador en un problema de escogencia, de gradación de los intereses individuales... significa esto, que algunos intereses son protegidos y otros no, por esto, no se puede hablar de un derecho unitario a la protección de la propia personalidad, sino de varios, específicos derechos, para protección de aquellos singulares intereses que la ley ha reconocido como relevantes"* (26). También se ha criticado diciendo que "la personalidad es el presupuesto de todo derecho, y, por tanto, ella misma no puede ser un derecho" y que a pesar de que "la personalidad es objetivamente unitaria no se puede desconocer que le son reconocidos varios bienes particulares autónomos y diversos que deben tener una propia y distinta tutela jurídica" (27).

---

(21) SANTI ROMANO, *"Fragmentos de un Diccionario Jurídico"*, Buenos Aires, EJEA, 1964, págs. 138 y 55.

(22) "Debe excluirse que un poder pueda constituir objeto de actos de disposición por parte de su titular: este no podría ni modificarlo sustancialmente, ni enajenarlo, ni renunciar a él". SANTI ROMANO, op. cit., pág. 341.

(23) VERCELLONE, *"Novissimo Digesto Italiano"* (Personalità (Diritto della), pág. 1084.

(24) OBANDO S. *"Anuario de la Universidad de los Andes"*, op. cit., pág. 82.

(25) REGELSBERGER, cit. por BONET ROMAN, op. cit., pág. 483.

(26) Novissimo Digesto, pág. 1084.

(27) UNGER, cit. por BONET ROMAN, op. cit., pág. 483.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

b) **Teoría atomista:** Sostienen sus seguidores que no existe un solo derecho global a la personalidad sino tantos derechos autónomos como valores a proteger (derecho a la vida, derecho al honor, etc.) "mantiene bien pura la demarcación entre cada esfera de protección, las cuales emergen de la específica disciplina dictada en relación a cada uno de los intereses protegidos" (28).

c) Hay una tercera tendencia; es la sostenida por ONDEI, para el cual; *"Los derechos de la personalidad, pueden ser fijados con un procedimiento lógico-inductivo de cualquier norma jurídica que refiriéndose a un determinado bien o valor atinente a la persona, establezca la posibilidad del ejercicio de una acción de una confirmación, de un pronunciamiento jurisdiccional que los tutela específicamente, sin ninguna necesidad de que sean definidos a priori y en abstracto. . .*

En tal forma se demuestra, que no es decisivo el hecho de que el Código Civil contemple una lista completa de los derechos de la personalidad, este hecho no impide que los mismos puedan afirmarse, sea por inducción, o por deducción" (29).

Dentro de los que sostienen la segunda teoría (atomista) no hay acuerdo a la hora de considerar la amplitud del contenido de los "derechos" que integran la categoría en estudio.

La mayoría concuerdan en considerar incluidos: el derecho a la vida; la integridad, nombre, imagen libertad (30), derecho moral de autor, al secreto (31), al honor (32).

Hay algunos autores que amplían notoriamente el contenido de los derechos de la personalidad. Así, por ejemplo, GIERKE incluye dentro de esta categoría los derechos de monopolio. Salvat: El derecho de hablar y escribir, derechos de comerciar y trabajar, y hasta el derecho a la asistencia social (33).

DETERMINACION DE SU NATURALEZA JURIDICA

Es un hecho que nadie puede negar, que existen valores atinentes al ser humano como tal y que por su relevancia han recibido tutela de los distintos ordenamientos normativos (Moral, Reglas del trato social, Religión y Derecho) tutela que no es excluyente. En este sentido por ejemplo el valor vida recibe tutela de las normas de todos estos ordenamientos.

Esas esferas de protección lejos de excluirse, se superponen, aumentando la eficacia de la tutela.

Ubicándonos concretamente dentro de la esfera jurídica, otro problema se presenta: ¿Pertenecen los valores de la personalidad al ámbito del Derecho Público (Penal, Constitucional) más bien al del Derecho Privado?

Larga ha sido la discusión al respecto, llegando a creerse que con la protección penal bastaba para sustraer esos valores de los ataques de los demás hombres y que con las declaraciones de derechos se complementaba aquella, al protegerlos frente al Estado. Más recientemente, se ha sostenido por algunos autores y legisladores, que para tutelarlos civilmente bastaba con la protección indirecta a través del resarcimiento del daño material o moral (art. 1045). Otros han defendido que la tutela corresponde primordialmente al Derecho Civil, en su capítulo de personas. Aun admitiendo ambas tutelas se ha topado con el problema de encontrar la manera de compaginarlos.

A nuestro modo de ver no hay tales problemas. Las esferas de protección de las diferentes ramas del Derecho no se excluyen, se intersecan, a complementar (34) para fortalecer la tutela, y garantizar al ser humano en mejor manera posible su libre realización, como acuerdo con la tutela de los órdenes normativos.

---

(28) Novissimo Digesto, pág. 1084.

(29) ONDEI, op. cit., págs. 253-254.

(30) De los autores estudiados no lo incluyen: MESSINEO.

(31) No lo estiman así: MESSINEO (sólo reconoce el secreto epistolar) DE CASTRO.

(32) No la reconocen: MESSINEO.

(33) SALVAT, op. cit., pág. 47.

(34) Esta idea es una manifestación del principio de la unidad del ordenamiento y del principio (derivado de este), de la interrelación de sus partes componentes. V. PUGLIATTI, Salvatore, *"Instituciones de Derecho Civil"*.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

Se trata de valores del hombre como tal cuya tutela por su trascendencia ha sido orientada en diversos sentidos.

Algunos son protegidos por principios constitucionales (garantías) y tutelados por acciones concretas (Hábeas Corpus, Amparo, vía jurisdiccional ordinaria).

Se les da también tutela penal por medio de normas coactivas y también indemnización por vía ejecutiva.

Pero también se les protege con normas específicas de Derecho Civil, tutela que se traduce en dos acciones: 1.— interrupción de la violación, 2.— resarcimiento.

En el punto concreto de determinación de su naturaleza jurídica es donde más confusión ha surgido.

Se los ha querido ver como:

A.— Derechos sobre la propia persona (asemejándolos a los derechos reales) (35), con sus variantes:
  a.— Poderes sobre sí mismo (36).
  b.— Derechos sobre bienes inmateriales (37).
B.— Derechos subjetivos: (que seguidamente analizaremos).
C.— Facultades o meras permisiones (38).
D.— Efectos reflejos del Derecho Objetivo (39)
E.— Manifestaciones reflejas del status personal.
F.— Simples Intereses jurídicamente protegidos (40).
G.— Derecho global a la indemnización (41).

La mayoría de esas opiniones lejos de contradecirse, se complementan.

Veamos si no:

En la base de toda sociedad humana existen intereses que el ordenamiento jurídico reconoce como dignos de ser tutelados. Esto significa una valoración por parte del legislador, una escogencia de los que se consideren en un momento histórico como más importantes. En el caso de los valores de la personalidad, los recoge como "poderes", autónomos (potenciales, genéricos, extrapatrimoniales, imprescriptibles, irrenunciables) que son el presupuesto necesario de derechos subjetivos (autónomos, actuales, específicos) extrapatrimoniales pero susceptibles de consecuencias patrimoniales, que surgen de la violación que haga de uno de esos valores tutelados, o en el momento en que el titular lo ejercite en un caso concreto.

En este sentido los valores de la personalidad pasan por etapas que van desde la de meros intereses hasta derechos subjetivos, e incluso si vamos hasta el final, se traducen en algunos casos en una indemnización del daño causado. Por otra parte a pesar de que estos valores sean esenciales, inherentes al hombre, dependen en última instancia de un reconocimiento positivo. Así, ¿qué derecho a la vida podría invocar un condenado a muerte? ¿Qué derecho a la integridad física podría alegar un delincuente sexual en los países en que se le castiga con la castración? y ¿Qué indemnización podría surgir: (Esto en Derecho Penal) ¿podría un ciudadano de un Estado que está comprometido en una guerra invocar un derecho a la vida o a la integridad física, o a la libertad, para no ir al campo de batalla? ¿Qué derecho de la personalidad podía alegar en Roma un esclavo, o una mujer, o en la Edad Media un siervo de la gleba?

No es que con este planteamiento pretendamos negar el derecho natural y la estimativa jurídica, ni mucho menos. Existen valores de la personalidad, pero su contenido real depende en última instancia

---

(35) Concepción más antigua que arranca desde GOMEZ DE AMEZONA (que los vio como verdaderos derechos reales sobre los atributos de la propia persona) hasta ser reelaborada por *Messineo:* "Configurada de otra manera no tiene nada de incorrecta. . . Derechos sobre los atributos o manifestaciones esenciales de la personalidad" (MESSINEO, op. cit., pág. 5). También PUCHTA, WINDSCHEID, CHIRONI.

(36) Una variante de la primera opinión. Así RUGGIERO: "Son poderes que el hombre tiene sobre sí mismo, sobre sus propias fuerzas físicas o intelectuales", pero critica su calificación como Derechos "Ni las fuerzas síquicas o intelectuales, pueden separarse del hombre que proceden", RUGGIERO, op. cit., págs. 224-225.

(37) "Esto con ocasión del indudable carácter absoluto de aquellos derechos, pero también porque no se advertía que si todos los derechos reales son absolutos, no todos los derechos absolutos son reales" MESSINEO, op. cit., pág. 5.

(38) Ver ROTONDI, cit. por DIEZ DIAZ, op. cit., pág. 8.

(39) Para los seguidores del positivismo, V. KELSEN, "Para ella (teoría pura del Derecho, ambos derechos (objetivo y subjetivo) son de la misma naturaleza. El segundo no es más que un aspecto del primero y toma, ya sea la forma de un deber y de una responsabilidad cuando el Derecho objetivo dirige una sanción contra un individuo determinado y a la de un derecho subjetivo cuando el derecho objetivo se pone a disposición de un individuo determinado (Ver KELSEN, Teoría de Derecho, Ed. Universitaria de Buenos Aires, págs. 122-123).

(40) Ver MESSINEO, op. cit., pág. 3; VON THUR, cit. por DIEZ DIAZ, op. cit., pág. 5.

(41) Ver ORGAZ, cit. por DIEZ DIAZ, op. cit., pág. 8.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

de que sea recogido dentro de algún ordenamiento normativo, especialmente jurídico.

Pero la verdadera discusión ha girado y gira en torno a si constituyen o no derechos subjetivos. En tal sentido, se han desarrollado múltiples argumentos.

Trataremos de hacer un cuadro con los más representativos:

Argumentos en pro:

1.—La personalidad es valiosa y como tal merece ser reconocida y garantizada por reglas de derecho privado. Hay facultades que por su relevancia se individualizan convirtiéndose en verdaderos derechos subjetivos, que tutelan un interés cualificado y autónomo, (42).
2.—En ellos concurren aspectos fundamentales y propios de los derechos subjetivos como la legitimación para accionar ante el juez civil para:
   a) Hacer cesar un estado de cosas perjudicial para los intereses tutelados (43).
   b) Exigir el resarcimiento de los daños y perjuicios causados (44).
3.—Reconocimiento de un poder de disposición (aunque sea limitado cuantitativa o cualitativamente) (45).

Argumentos en contra (46)

1.—Implicarían una confusión entre sujeto y objeto (47).
2.—Basta una protección penal-administrativa.
3.—El hecho de que haya indemnización no les da esa categoría porque ésta deriva del derecho a exigir reparación por los daños concretamente causados (art. 1045 C.C.).
4.—Están vinculados al sujeto desde su nacimiento hasta su muerte, mientras que los derechos subjetivos son atribuibles en virtud de título y conducta etc.
5.—Existe un deber genérico de los terceros a respetarlos pero eso no implica que exista un derecho por parte del titular porque a los deberes no siempre corresponden derechos correlativos.
6.—El derecho subjetivo surge con la violación (48).

NUESTRO PUNTO DE VISTA:

Sin negar que en ciertos casos se trate de valoraciones incondicionadas de posibilidad de comportamiento (v.g. derecho de libre tránsito o libertad de movimiento) y que en otros la valoración de posibilidad tenga frente a sí una correlativa valoración de necesidad (deber), esto es sin negar que en ciertos casos se manifesten como derechos subjetivos es importante metodológicamente plantear la cuestión en términos más amplios, tanto que en lugar de hablarse de "derechos de la personalidad" resulta más correcto hablar de "valores fundamentales de la personalidad e instrumentos jurídicos para su realización" (49).

Dentro de estos instrumentos tenemos los poderes genéricos incondicionados (libertad, vida, integridad física y psíquica, etc.), los derechos relativos (ej. art. 41 C.C.) los deberes de hacer (usar el nombre por ejemplo), los deberes de no hacer o

---

(42) Ver DIEZ DIAZ, pág. 3-11. "Del derecho subjetivo tienen el atributo principal, o sea el de estar fundados sobre especiales y correspondientes intereses autónomos. . ." MESSINEO, op. cit., pág. 5.

(43) "Otra prueba será la atribución al titular del interés de accionar delante del juez civil para obtener resoluciones propias de la autoridad judicial civil, lo mismo que la inhibitoria de comportamientos perjudiciales o la interrupción permanente del perjuicio independientemente de la afirmación del dolo o la culpa del demandado". Novissimo Digesto, op. cit.

(44) "Quien puede obtener, por determinación de la propia voluntad, u equivalente del bien lesionado, es titular de un derecho subjetivo sobre este mismo bien", DE CUPIS, op. cit., págs. 74 y ss.

(45) Ver NOVISSIMO DIGESTO, pág. 1085.

(46) Es quizá la más antigua y la analizaremos concretamente en el título de "Subjeto y Objeto. . .".

(47) Ver DIEZ DIAZ, op. cit., págs. 4 y ss.

(48) NATOLI Y ORGAZ, cit. Anuario Universidad de los Andes, op. cit., p. 73.

(49) Esta elemental observación ha escapado a la ciencia jurídica tradicional. Sobre la categoría de los derechos de la personalidad parece haberse puesto de acuerdo la doctrina. A las objeciones y a las dudas planteadas al principio se respondió eficazmente: cfr. A. Ravá. I diritti sulla propria persona. . . Torino, 1901; F. FERRARA sen., Trattato di diritto civile italiano, I, I, No. 82, págs. 388 y ss., spec. págs. 392 y ss. FADDA E BENSA en WINDSCHEID. Diritto delle Pandette, trad. it. IV, rist. Torino, 1930, págs. 126 y ss. Los escritores italianos, con diversa terminología y diferentes construcciones, han adoptado todos la categoría: cfr. CHIRONI y ABELLO, Trattato di diritto civile italiano. I, Torino, 1904, págs. 306 y ss. CHIRONI, Istituzioni di diritto civile italiano, 2a. ed. Torino, 1912, No. 22, págs. 51 ss.; VASSALLI in Somoncelli, Istituzioni di diritto italiano, 3a. rist. della III ed., Roma, 1929, págs. 57-58 nota; DE RUGGIERO, Istituzioni di diritto civile, I, 6a. ed. Messina, 1931, págs. 200, 206, 329, INVREA. La parte generale del diritto, Padova, 1934, No. 4a. p. 52; VENZI, Manuale di diritto civile italiano, 8a. ed., Torino, 1937, Nos. 56 y ss., págs. 55 y ss., RAVA, Istituzioni di diritto privato, 2a. ed., Padova, 1938, Nos. 122 y ss., 169 y ss., DEGNI, Le persone fisiche e i diritti della personalità, Torino, 1939, págs. 161 y ss.; M. FERRARA SANTAMARIA, Persona (diritti della) in Nuovo Dig. Ital. IX, Torino, 1939, págs. 912 y ss.; DUSI, Istituzioni di diritto civile, I, 3a. ed., Torino, 1940, 9, págs. 67 y ss.; F. FERRARA, sen., Diritto delle persone e di famiglia, Napoli, 1941, págs. 75 y ss., M. ROTONDI, Istituzioni di diritto privato, 4a. ed., Milano, 1942, Nos. 90 y ss., págs. 192 y ss.; PUGLIATTI, Gli istituti del diritto civile, Milano, 1943, págs. 135 y ss.; CANDIAN, Nozioni

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

prohibiciones (ej. de comerciabilidad, de disposición del propio cuerpo, etc.).

Como resulta evidente existen algunos intereses jurídicamente relevantes fundamentales y, para su realización existen múltiples formas que se concretan en situaciones jurídicas de posibilidad y de necesidad (poderes, derechos subjetivos absolutos y relativos, deberes, obligaciones). Los "derechos" de la personalidad ocupan solamente una parte (si bien importante, pero no exhaustiva) de este cuadro.

EN BUSQUEDA DE UN COMUN DENOMINADOR PARA LOS "DERECHOS" DE LA PERSONALIDAD

El problema más grave con que ha topado la doctrina ha sido quizá el de encontrar los rasgos comunes a todos los valores de la personalidad para poderlos erigir en categoría autónoma dentro de las situaciones jurídicas.

Esta no ha sido una tarea sencilla por tratarse de valores que no obstante tener en común el hecho de estar íntimamente relacionados con la persona y que sus proyecciones, son de la más diversa índole.

La confusión inicial se vino a agravar cuando se los empezó a catalogar como "derechos subjetivos" atribuyéndoles todas las características propias de la categoría. Y decimos que se agravó, porque a pesar de que no todos los valores jurídicamente tutelados de la persona se ajustaban a esas características la mayoría de los autores y legislaciones se plegaron ante esa solución que parecía la más acertada.

Las características que se suelen señalar a los derechos de la personalidad se pueden concretar en:

1) **Son derechos originarios o innatos** (50) pero la determinación del contenido de esos términos también ha topado con dificultades. Dos acepciones principales se pueden citar:

a) Son derechos que se adquieren con el nacimiento, sin necesidad de formalidades externas para su advenimiento (medios legales de adquisición).

Pero en nuestra opinión, ésta dista mucho de ser una característica común a todos los "derechos" de la personalidad. Se hace imprescindible hacer una distinción interna fundamental, existen algunos **"derechos" incondicionados**, o sea aquellos que podríamos aceptar como jurídicamente inherentes a la persona por el simple hecho de serlo. Al nacer, el hombre recibe el atributo de la "Personalidad Jurídica" y una serie de valores que le vienen a dar contenido inicial (51) (vida, libertad, integridad física, síquica, mental e intelectual, etc.) y que no dependen de ningún presupuesto para existir, aparte de aquellos hechos que dan nacimiento a la misma capacidad jurídica (art. 13 C.C.) (52).

Y otros "derechos" que podríamos llamar condicionados por requerir de la concurrencia de otras

---

istituzionali di diritto privato, 2da. ed. Milano, 1949, No. 163, pág. 252; No. 184, págs. 285 y ss.; BARBERO, Sistema istituzionale di diritto privato italiano, 2a. ed., I, Nos. 328 y ss.; págs. 487 y ss.; ALLARA, Le nozioni fondamentali del diritto civile, I, 3a. ed., Torino, 1949, pág. 186; DE CUPIS, I diritti della personalità, Milano, 1950 (comprende studi precedenti); MESSINEO, Manuale di diritto civile e commerciale, II, I, 8a. ed., Milano, 1950, 49, págs. 3 y ss.; TRABUCHI, Istituzioni di diritto civile, 6a. ed., Padova, 1952, Nos. 42 y ss.; págs. 81 y ss.; BARASSI, Istituzioni di diritto civile, 4a. ed., Milano, 1955, No. 36, págs. 85 y ss. BRANCA, Istituzioni di diritto privato, 2a. ed. Bologna 1956, Nos. 75 y ss., págs. 119 y ss. Contra SANTORO PASSARELLI, Doctrine generali del diritto civile, Napoli, 1954, No. 8, págs. 34 y ss.

(50) Ver anuario de la Universidad de los Andes, p. 91.
"Son originarios o innatos, en cuanto que derivan de la misma cualidad de hombre y no necesitan del concurso de formalidades externas para existir". Díez Díaz, op. cit., p. 23.
Pero el carácter de innatos no puede hacer referencia a que sean anteriores (axiológicamente) al ordenamiento, pues es esto último quien en definitiva determina hasta sus propios sujetos.

(51) En este sentido personalidad (o subjetividad) y capacidad jurídica pueden verse como la posición en parte actual y en su mayor parte potencial del sujeto como destinatarios (o puntos de atribución —zurechnung—) de los valores (o intereses jurídicamente relevantes) del sistema. Ver FALZEA, Angelo, Capacità. Enciclopedia del Diritto Giuffrè-ed. Milano.

(52) "No debe excluirse. . . que algunos comportamientos humanos tengan valor jurídico incondicionado, así ocurre en general con los modos de conducta conformes a intereses protegidos por principios constitucionales generalísimos. La continuidad y constancia de tales intereses exige una actitud práctica de respeto permanente de modo que su existencia no está ligada a la verificación de particulares acontecimientos".
FALZEA, op. cit. p. 56.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

circunstancias o cualidades (además de la capacidad jurídica y la personalidad) para que se integren a la esfera subjetiva (53). Tal es el caso del "derecho" al nombre que presupone ciertas formalidades (inscripción en el Registro) para adquirir relevancia jurídica, o de aquellos otros que solo eventualmente se adquieren (que solo surgen al verificarse otros hechos) como por ejemplo el "derecho" moral de autor que presupone una creación intelectual o artística del sujeto (54).

También debe repararse en el hecho de que existen otros derechos que a pesar de estar latentes (potencialmente presentes) desde el momento mismo del nacimiento del sujeto, requieren un mínimo de madurez por parte de aquel para adquirir sentido. Tal es el caso del "derecho" al honor (55).

b) Una segunda acepción que se ha dado al término de "derecho" innato es la de ser esencial.

Pero también es necesario hacer algunas observaciones al respecto.

"La esencialidad —nos dice ONDEI— es inherente a algunos derechos, como la vida y la libertad. . . pero. . ., no todos los derechos de la personalidad ordinariamente reconocidos como tales, son en este sentido esenciales. Los derechos a la imagen y a otros signos distintos tienen una tutela jurídica reciente, y los derechos inherentes a los status personales (familia, ciudadanía) pueden también no subsistir, modificarse y extinguirse.

Por otra parte, hay derechos que no son de la personalidad pero que son considerados esenciales. . ., por ejemplo: domicilio, asistencia y alimentos" (56).

Por su parte Vercellone, considera que "la esencialidad de un derecho puede ser negada o afirmada según la opinión general de los jueces o de los autores. No sirve afirmarla o negarla a priori, debe primero comprobarse si el legislador ha dictado tal disciplina por la cual, verdaderamente cada derecho puede considerarse esencial" (57).

Como ya hemos expresado con anterioridad mediante los "derechos" de la personalidad se pretende tutelar determinados valores.

Esos valores no ocupan una misma posición un mismo grado de jerarquía. Por otra parte, no todas las personas coinciden en la determinación de su propia escala de valores, por lo que está lejos de constituir un parámetro fijo, es flexible y cambiante. Para ciertas personas en determinados momentos, el honor puede tornarse en el valor más preciado y para "conservarlo" o "recobrarlo" no dudan en sacrificar la libertad y hasta la propia vida.

Si se deja al Ordenamiento jurídico la tarea de determinarla sucede parecido: según las circunstancias histórico-políticas se puede alterar la gradación de la escala de valores. Por lo que en definitiva, el criterio jerárquico estará determinado por la importancia del valor tutelado en el respectivo ordenamiento, así como por el rango formal de la disposición que lo acoja.

2) Derechos subjetivos privados.

Los "derechos" de la personalidad son de carácter privado, según la opinión dominante, por reunir tres requisitos:

a) Corresponden a los individuos como simples seres humanos.
b) Aseguran el goce del propio ser (58).
c) Constituyen una protección frente a los particulares y la propia administración.

Pero también en este punto hay heterogeneidad, afirma la doctrina, porque algunos de los derechos de la personalidad pueden ser catalogados como **derechos subjetivos públicos.** ("así la fuerte tendencia publicista de los derechos de libertad

---

(53) "En los otros casos la norma se configura como una proposición hipotética o condicional". Falzea, Ibid., págs. 56-57.

(54) "No es en cambio un derecho innato, pues presupone como hecho constitutivo la creación intelectual". Castán Tobeñas, op. cit., p. 366.

(55) "En cuanto a la característica de innatos, se puede observar:
a) que algunos derechos de la personalidad vienen a existir no simultáneamente al nacimiento del sujeto, sino enseguida, y solo eventualmente, al verificarse otros hechos: un derecho relativo al retrato, o a las cartas misivas, o al considerado derecho moral de autor, nacen solo cuando de la persona se ha tomado una foto, esta persona ha enviado o recibido una carta o ha producido una obra del ingenio;
b) que en lo relativo al derecho al honor, es probable que su nacimiento esté subordinado a la adquisición por parte del sujeto de un mínimo de madurez síquica que lo haga capaz de afectar su sensibilidad por las ofensas. Por otra parte, no existe la "reputación" de un "infante".
Novissimo Digesto p. 1087.

(56) ONDEI I, op. cit., p. 237.

(57) Novissimo Digesto, p. 1087.

(58) "Van destinados sobre todo, a asegurar el goce del propio ser, físico y espiritual". Díez Díaz, op. cit., pág. 23.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

civil") (59), o por lo menos se puede decir de algunos de estos derechos que participan de ciertos rasgos de Derecho Público, pues aparecen para el particular como especie de poderes-deberes. Tal es el caso del derecho al nombre (60). Todos tenemos que poseer uno, y además la obligación de usarlo, pero a la vez tenemos la facultad de disponer de él en ciertos aspectos, por ejemplo firmar una pancarta, "aportarlo" para constituir una sociedad, excluir a otros de su disfrute, evitar que hagan uso indebido de él, etc.

Por otra parte las normas que regulan la personalidad jurídica tienen un marcado carácter público que se traduce en una indisponibilidad. Este término debe interpretarse de una manera amplia. En principio los "derechos personalísimos" son por su misma naturaleza no susceptibles de disposición privada.

Pero no hay que incurrir en dogmatismos: el ordenamiento jurídico, el orden público, la moral y las buenas costumbres constituyen el marco de la autonomía privada. Dentro de esos límites, le es lícito al sujeto desarrollar su actividad privada.

El sujeto incluso puede disponer en ciertos sentidos de aspectos conexos con los valores de la personalidad, dentro de la esfera del actuar lícito (puede trabajar en un circo, aunque ponga en juego su integridad física acceder a una operación quirúrgica, posar para una revista etc.).

Fuera de esos límites no hay disposición posible de los "valores" de la personalidad.

Lo que debe quedar en claro es que dichos valores (en su etapa inicial, como poderes) no son susceptibles de renuncia ni de transmisión alguna.

SON IRRENUNCIABLES: (61) Las personas no pueden renunciar a la vida, a la libertad, al nombre, etc. (62).

Así v.g. una persona que se comprometía a un contrato de esclavitud, o a tolerar una lesión de carácter permanente (extracción de un ojo. . .) puede, luego negarse a cumplir porque un contrato de tal naturaleza no es válido; la vida, la libertad, la integridad son irrenunciables.

SON INTRANSMISIBLES: (63) El Ordenamiento jurídico excluye la posibilidad que el titular de un "poder" de la personalidad pueda transferirlos a otra persona. Son en este sentido, inherentes al hombre (64) lo acompañan hasta su muerte (parte de la doctrina ha llegado a concluir que algunos sobreviven al titular —honor, imagen—).

Pero ¿significa esto que pueden ser transmitidos a causa de muerte?

La respuesta debe ser negativa pues su naturaleza misma lo impide. "La aparente sucesión que se suscita como posible en el ejercicio de tales derechos (por ej. tutela posterior del honor, poder de publicación de la imagen y correspondencia, ejecución del derecho moral de autor) deben considerarse como derechos concernientes "iure propio" a las personas legitimadas (65) y no como derechos adquiridos por transmisión por parte del difunto titular" (66).

SON IMPRESCRIPTIBLES: El no ejercicio no produce la extinción de los mismos.

Son derechos "inherentes" al hombre y su falta de ejercicio no producen incerteza (67). "Su

---

(59) Díez Díaz. Op. cit., pág. 23.

(60) Art. 31 C.C. "toda persona tiene el *derecho* y la *obligación* de tener un nombre que la identifique. . .".

(61) "Llamamos renuncia a la dejación o abandono de un derecho por su titular sin transmitirlo a otra persona". Castán Tobeñas, op. cit. p. 82. "En principio todos los derechos pueden ser objeto de renuncia. Sólo se exceptúan por la doctrina científica: 1) Los inherentes a la persona humana; 2) Los que al mismo tiempo constituyen a un deber y están ligados a una obligación". Ibid. p. 84.

(62) "Jamás podrá despojarse de ellos, y en definitiva constituye una garantía de estabilidad jurídica". Anuario Universidad de los Andes pág. 89.

(63) "La intransmisibilidad puede referirse a los actos "intervivos" (alienabilidad) o las "mortis causa" (heredabilidad)".
Castán Tobeñas op. cit., pág. 22.

(64) "Nexo orgánico que conlleva la inseparabilidad del objeto a titular del mismo". Anuario Universidad de los Andes, pág. 29.

(65) Sobre el concepto de la legitimación para recibir (en materia sucesoria) V. Pérez Víctor, *Existencia y capacidad de las personas* p. 137.

(66) Ondei op. cit., pág. 241.

(67) La imprescriptibilidad de ciertas situaciones jurídicas encuentra específica razón de ser en que en tales casos la falta de ejercicio —la inercia del titular— no genera una incerteza. V. Imprescriptibilidad; Pérez Víctor, la prescripción negativa y la caducidad en el Derecho Civil costarricense. Rev. Cienc. Jur. No. 24, 1974, pág. 364.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"ese

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

titularidad no se puede alterar por la inercia del titular en su ejercicio o con la abstención de su gozo" (68).

Tampoco puede ser objeto de prescripción positiva el que una persona use toda la vida un nombre de otro, no le convierte en titular. Esto tiene cierta relevancia en el caso de seudónimo (art. 40. . .) pero no es la regla.

SON EXTRAPATRIMONIALES: (69) Se ha dicho que los "derechos" de la personalidad no surgen hasta el momento de su violación (en cuanto derechos relativos de crédito).

Esta afirmación, es cierta en principio: los derechos de la personalidad en cuanto poderes son extrapatrimoniales lo que no obsta para que al actualizarse, (en el momento de la violación) den lugar a un derecho patrimonial (derecho a la indemnización) (70).

Como consecuencia de su extrapatrimonialidad los valores de la personalidad son inembargables, inexpropiables y no susceptibles de pignoración (71). Imposibilidad lógica derivada de su misma naturaleza jurídica.

Otra característica que se le atribuye a los "derechos" de la personalidad es la de ser absolutos. Esta es una opinión discutible.

En doctrina hay discrepancia en cuanto a la determinación del verdadero sentido del término.

Hay quienes sostienen la tesis de que son derechos oponibles contra todos los hombres (72). Y quienes lo critican diciendo que más bien se trata de derechos que implican una relación con una cosa o bien (73).

Castán (exponente de la primera teoría) admite que los "derechos" de la personalidad solo cumplen con una de las características (posibilidad de accionar) de los derechos subjetivos careciendo de renunciabilidad y transmisibilidad (74).

En cuanto a la segunda opinión también surgen dudas puesto que estaría bastante cerca de los ius inseipsum y sus variantes.

En conclusión: los valores de la personalidad no pueden ni deben ser incluidos apriorísticamente dentro de los derechos absolutos (75).

SUJETO Y OBJETO DE LOS "DERECHOS DE LA PERSONALIDAD"

Otro punto conflictivo en el estudio de los "derechos" de la personalidad ha sido el de la determinación de los presupuestos espaciales (sujeto y objeto).

1.—Con la doctrina de los "IUS IN SE IPSUM", se inició la polémica en torno a la determinación de aquellos.

Los seguidores de esa teoría hablaban de un derecho del hombre sobre su propia persona (76).

De manera que si se admitía que el hombre tenía un derecho sobre sí mismo, se tenía que concluir que el hombre era sujeto de un derecho del que él mismo era objeto.

---

(68) V. Messineo, op. cit., p. 75.

(69) "*Derechos patrimoniales* son aquellos que forman parte del patrimonio de la persona, esto es, lo que garantiza a titular bienes (cosas y servicios) que son pecuniariamente estimables, frente a los *no patrimoniales* que garantizan intereses ideales, posiciones o estados no susceptibles de una estimación pecuniaria. Los primeros pueden ser objeto de transmisión, disposición y prescripción, lo que no sucede con los segundos". Castán op. cit., págs. 23-24.

(70) "Cuando se lesiona un derecho de la personalidad surge en el sujeto un derecho al resarcimiento del daño. . . La equivalencia entre un derecho al resarcimiento del daño y el derecho lesionado de la personalidad es una equivalencia de carácter indirecto. . . no entre la suma de diverso atribuida a título de resarcimiento y la vida, la integridad física, etc. . . sino entre aquella y los bienes patrimoniales que la vida, la integridad física, etc., puedan hacer obtener al sujeto". De Cupis, op. cit., págs. 46-47.

(71) Ver Díez Díaz, op. cit. p. 24.

(72) Ver Capitant Henri, Vocabulario Jurídico, Buenos Aires, De Palma, 1973, p. 205 y Castán Tobeñas, op. cit., p. 20.

(73) Ver Santi Romano, op. cit., págs. 138 y 55.

(74) Ver Castán Tobeñas, op. cit., p. 15.

(75) Problema que abordaremos en otro título del presente trabajo por lo que no insistimos más en el punto.

(76) "Se acentuaba la analogía con los derechos absolutos y patrimoniales, sustituyendo a la "res" con el hombre como objeto del usufructo de parte del hombre mismo", VERCELLONE, "*Novissimo Digesto*", págs. 1083-1084.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

De aquí arrancó la mayor crítica que se ha hecho a esta primera doctrina, la identificación entre sujeto y objeto.

2.—Algunos autores la han combatido abiertamente .por considerarla inadmisible mientras que otros la han aceptado, pero con ciertas modificaciones (77) o por lo menos con un cambio de interpretación.

Así surgieron algunas variantes como las siguientes:

- Sujeto es el hombre como ser espiritual, mientras que objeto es el cuerpo de aquel (78).
- "Objeto es la persona como síntesis sicofísica (no solo el cuerpo) en su unidad viviente, la persona en sentido biológico, en suma; sujeto en cambio, es la persona en sentido técnico-jurídico, precisamente en sentido de sujeto de derecho" (79).

3.—También se ha visto, según otras posiciones doctrinales, como objeto de estos derechos, las distintas manifestaciones de la personalidad del sujeto, más que su propia persona: "El objeto de cada uno de los derechos sobre la personalidad consiste en una manifestación determinada de la personalidad humana (80). Implícitamente también lo reconoce así VANNI: *"...No son derechos sobre la propia persona, sino simplemente un derecho a la inviolabilidad de la persona en sus diversas manifestaciones..."* (81), las cuales "asumen la calidad de bienes autónomos y bien diferenciados los unos de los otros y sobre todo, distintos de la persona en su conjunto, la cual es en cambio, el sujeto de todos estos derechos, cada uno con su propio objeto" (82).

4.—Otros autores han inclinado su opinión en el sentido de que el objeto de los mismos no lo constituyen ni la persona misma, ni una manifestación de la personalidad de esta, sino más bien cada uno de los atributos o cualidades (físicas y morales) de la persona (83).

5.—Otros autores consideran que el objeto de estos derechos lo constituyen los otros hombres obligados a respetar el derecho: "Objeto no es ya la res, sino los otros hombres obligados a respetar el goce... la vida, el cuerpo, el honor, son términos de referencia de la obligación negativa que incumbe a la generalidad" (84).

Esta concepción ha sido criticada por gran parte de la doctrina. Así, Castán se pronuncia sin lugar a dudas en su contra: *"Podemos, en conclusión, —nos dice— aceptar como doctrina más segura la de que el* objeto *de los derechos de la personalidad no se encuentra ni en la persona misma del titular, ni en las demás personas vinculadas a una obligación pasiva universal, (idea esta que significaría una confusión entre los derechos absolutos y los relativos)"* (85).

NUESTRO PUNTO DE VISTA

A nuestro modo de ver todas estas discusiones se fundan en un equívoco. Se ha querido determinar el objeto de los "derechos" de la personalidad a toda costa sin llegar a la solución correcta: los "derechos" de la personalidad **no tienen objeto.** Este es un punto de conexión posible pero no

---

(77) "Según nuestro criterio, un defecto de construcción jurídica y no una admisibilidad lógica, viciaba la teoría de los "ius in se ipsum". DE CUPIS, op. cit., p. 30.

(78) Bien pronto se empezaron a formular objeciones a esta concepción porque "el cuerpo no podía ser considerado como objeto de derechos que aparecían puestos para protección de intereses absolutos y espirituales, como, por ejemplo el honor personal", NOVISSIMO DIGESTO, pág. 1083.

(79) VERCELLONE, *"Novissimo Digesto"*, p. 1084.

(80) CAMPOGRANDE, cit. por CASTAN TOBEÑAS, op. cit., pág. 331.

(81) VANNI, citado por OBANDO SALAZAR, Anuario de la Universidad de los Andes, pág. 20.

(82) Novissimo digesto, p. 1084.

(83) *"El Objeto* no es la persona, sino un *atributo* de ella...
No tiene por objeto bienes y cosas exteriores sino facultades propias de la persona en cuanto constituyen la esencia misma del propio ser" BONET ROMAN, op. cit., pág. 484.
"Abandonada lentamente la idea de fundamentar la naturaleza de estos derechos sobre la propia persona,... los derechos de la personalidad quedarán independizados y el *objeto* de estos no será ya la persona sino una cualidad de la propia persona" (MAROI, cit. en Anuario de la Universidad de los Andes, p. 20, V. MESSINEO, Francesco, op. cit., pág. 4.
Reafirma este criterio Castán Tobeñas: "El objeto de los derechos de la personalidad... se encuentra... en los bienes constituidos por determinados atributos o cualidades, físicas o morales del hombre, individualizadas por el ordenamiento jurídico" (CASTAN, op. cit., pág. 332).

(84) FERRARA, cit. en Anuario de la Universidad de los Andes, op. cit., pág. 70.

(85) CASTAN, op. cit., pág. 332.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

necesario entre causa y efecto por lo que puede faltar sin que por ello se desvirtúe la figura (86).

En este sentido, cabe concluir, que los "derechos" de la personalidad tutelan valores de la persona, pero los mismos no son el objeto de aquellos sino su sustrato. El sujeto de tales "derechos" sí es necesario y lo constituye, en el caso de la persona física, el hombre como ser total (síntesis de aspectos físicos, síquicos mentales, espirituales y como ser de relación).

PARTE SISTEMATICA

INTRODUCCION

Una vez esbozados los fundamentos generales de los "derechos" de la personalidad se hace necesario analizar uno a uno los que usualmente se incluyen dentro de esa categoría, para comprobar si todos se ajustan a los rasgos fundamentales de la misma o si por el contrario deberían excluirse de tal calificación por no tenerlos (87).

La mayoría de la doctrina considera que el derecho a la vida, la integridad física, a la propia imagen, al nombre y el derecho moral de autor, deben ser considerados dentro de esa categoría autónoma de "derechos" (88).

También se suelen incluir: el derecho al honor, al secreto y la reserva, a la libertad y hasta al cadáver y partes separadas del cuerpo,

Algunos autores incluyen hasta el derecho al trabajo, a enseñar y aprender, al monopolio, etc. como hemos visto en su oportunidad.

Ningún autor de los estudiados incluye un "derecho" a la integridad psíquica, mental o espiritual que nosotros consideramos fundamental (según nuestro enfoque plenario del ser humano (unidad física, síquica, intelectual, espiritual y ser de relación).

IMAGEN:

La doctrina ha hablado de un "derecho" a la imagen considerando como tal, "aquel que la persona tiene a su propia representación externa" (89) y que viene a ser una especie de proyección de la persona. En tal sentido se le ha dado relevancia jurídica no en su aspecto objetivo: lo que la imagen significa para el titular y para las demás personas con las que aquel se relaciona es lo que al Derecho le interesa tutelar.

En páginas anteriores hemos mencionado que la concepción de hombre como ser total, abarca también aspectos de relación (90).

Al sujeto le interesa proteger la proyección objetivada (retrato v.g.) debido a que de su "buena imagen" depende en mucho el desenvolvimiento de su vida de relación (fundamental para el ser humano).

Este interés puede ser protegido jurídicamente en varios sentidos.

Se le atribuye a todo ser humano el poder o facultad de difundir su imagen, de utilizarla dentro del marco de licitud (ley, orden público, buenas costumbres). De esta manera el sujeto puede exponerla, publicarla y hasta comerciar con ella, o dar su consentimiento para que un tercero lo haga (91). Pero como el poder dado por el ordenamien-

---

(86) FALZEA: "La función fundamental de punto de vinculación solo puede ser absoluta entonces por el sujeto. Sin embargo, lógicamente por capacidad de permanencia indefinida en el tiempo, el objeto es candidato a ser un punto de vinculación *si no necesario, al menos posible*, entre el hecho jurídico y el componente de hecho del efecto jurídico". Eficacia Jurídica, pág. 65.

(87) Se ha aclarado que "la ciencia tiene necesidad de un sistema propio de categorías (o, como se suele decir, de una teoría general) que sea capaz de darle los universales puntos de partida y de referencia y los itinerarios universales para su investigación, sin perjuicio de las ulteriores constataciones de hecho". DE STEFANO, Rodolfo.

(88) Así Díez Díaz, De Cupis, Aguilar Corrondoña, Messineo, Castán Tobeñas, De Castro.

(89) Ver Revista Universidad de Antioquía, p. 73.

(90) Hombre como ser social. V. ARISTOTELES POLITICA y CONDE, Francisco Javier. El hombre animal político.

(91) "La imagen pertenece a la persona, ella sola puede exponerla, publicarla, o ponerla en el comercio, pueden hacerlo los terceros siempre que cuenten con el consentimiento. . ." Messineo, op. cit., p. 20.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

to al sujeto es de carácter irrenunciable, en el momento en que con la publicación se le causen perjuicios, puede "revocar" su consentimiento y pedir una indemnización por los mismos.

Con relación a la imagen hay dos intereses contrapuestos que el Ordenamiento jurídico debe armonizar:

a) el interés de proteger la vida privada del sujeto.
b) la necesidad de informar al público en una forma amplia para la formación de la opinión pública y la cultura.

Por esta razón, se establecen ciertos casos de excepción: "Cuando esté justificada por la notoriedad o por el cargo público desempeñado o por las necesidades de Justicia o de policía, por fines científicos, didácticos o culturales, o cuando esté vinculada a hechos, acontecimientos o ceremonias de interés público, o que se hayan desarrollado en público" (92).

Esto no significa una desprotección total para el titular puesto que deben cumplir con ciertos requisitos (que no atenten contra la ley, el orden público, las buenas costumbres y que no causen perjuicio serio a la persona cuya imagen se ha reproducido) (93).

A fin de ampliar estas ideas y en vista de que nuestra legislación positiva (94) es casi idéntica en este punto a la italiana, nos permitimos transcribir a continuación los comentarios del profesor Pugliatti sobre dicho texto:

La tutela de la imagen:

"Especificación o modificación típica de la tutela aquí considerada, es aquel derecho por medio del cual la persona puede reaccionar "contra la arbitraria difusión de su imagen" (DE CUPIS). El artículo 10 (Código Civil italiano) establece, en primer lugar, la prohibición de exponer o publicar la imagen de una persona... resolviendo así una vieja disputa, entre escritores que propugnaban la tutela específica del derecho a la imagen, y escritores que sostenían que tal tutela debía remitirse a otros intereses o bienes: en particular al honor de la persona. Esta última tendencia debe considerarse, sin duda, superada por nuestro legislador, dado que el mismo artículo 10 (It.) en la segunda parte, establece la prohibición de exposición o publicación de la imagen cuando derive perjuicio al honor o a la reputación de la persona... (C.C.C.R.: "La fotografía o la imagen de una persona no pueden ser publicadas, reproducidas, expuestas o vendidas en forma alguna si no es con su consentimiento...").

El principio fundamental, tal como resulta de la coordinación del art. 10 C.C. y del art. 96 de la L. 22 abril 1941, No. 633, es que la imagen de la persona no puede ser expuesta, reproducida o publicada sin el consentimiento de la persona misma, salvo las hipótesis excepcionales previstas por la ley. Tal principio no sufre restricciones, por lo que debe rechazarse la tesis, según la cual la tutela se podría obtener solamente cuando la reproducción de la imagen refleje la vida íntima de la persona (tesis de Ferrara, Funaioli).

La tutela relativa al derecho a la imagen, dentro de sus límites es bastante intensa; ella prevalece aún sobre la tutela concedida al derecho de autor (art. 96 L. 22 abril 1941).

Sin embargo, la ley ha tratado de contemperar, en esta delicada materia, el interés privado y el interés público: en efecto, el retrato puede ser expuesto, reproducido o puesto en el comercio, no solamente cuando exista el consentimiento de la persona retratada, sino también:

a) cuando la reproducción de la imagen está justificada por la notoriedad o por la función pública, por necesidades de justicia o

---

(92) Messineo, op. cit., p. 20. Nuestro Código Civil, casi con las mismas palabras, reproduce tal idea (art. 29).

(93) Nuestra legislación no ha recogido en forma específica esta tutela, pero podría intentarse la acción basándose en el art. 1075 (Indemnización del daño moral).

(94) Arts. 29, 30 y 41, Código Civil.
ARTICULO 29. Código Civil: "La Fotografía o la imagen de una persona no pueden ser publicadas, reproducidas, expuestas o vendidas en forma alguna si no es con su consentimiento, a menos que dicha reproducción esté justificada por la notoriedad de aquella, por la función pública que desempeñe, por necesidades de justicia o de policía, o cuando la reproducción se haga en relación con hechos, acontecimientos o ceremonias de interés público o que tengan lugar en público".
ARTICULO 30: "Si la imagen o fotografía de una persona se publica sin su consentimiento y no se encuentra dentro de alguno de los casos de excepción previstos en el artículo que precede, aquella puede solicitar al juez que, como medida cautelar, y sin recurso, suspenda la publicación, exposición o venta de las fotografías o de las imágenes, sin perjuicio de lo que se resuelva en definitiva".
ARTICULO 41: "Se establece el derecho a obtener indemnización por daño moral, en los casos de lesión a los derechos de la personalidad".

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL
"FERNANDO COTO ALBÁN"

de policía, por fines científicos, didácticos o culturales (esta hipótesis no existe en el C.C. de Costa Rica);

b) cuando la reproducción está ligada a hechos, advenimientos o ceremonias de interés público o que se han desarrollado en público.

En algunas de las hipótesis de la primera categoría (a) se puede notar una peculiar relación entre la prohibición de publicidad, puesta en principio por ley, y la relevancia que la misma ley concede a la notoriedad como dato objetivo que funciona como límite de la prohibición.

A propósito de esta "notoriedad" ha sido observado que no es fácil fijar la noción precisa de ella (De Cupis). Normalmente nos limitamos a ejemplificaciones: así, se consideran como destinadas a la publicidad, en primer lugar las notabilidades del arte, de la ciencia, del deporte, de la policía, y también las víctimas de desgracias, de destinos anormales, de delitos. En suma, la notoriedad de la persona es de carácter derivado, pues constituye el reflejo de la notoriedad de su obra, de su vida, o de un acontecimiento sobresaliente en el que ella haya participado.

En estas hipótesis, o por hecho del mismo sujeto, o por circunstancias ocasionales, aquella que se considera la esfera de la intimidad se abre al público, de modo que a un cierto punto pasa a ser objeto de conocimiento por parte de una cantidad relativamente amplia de personas; la notoriedad se puede legítimamente hablar cuando tal cantidad asume una cierta dimensión y sus componentes son indeterminados o no identificables.

El sujeto que desempeña una función pública viene, en cambio, a encontrarse, en lo que se refiere a su función, fuera de la esfera de su intimidad privada. La actividad que él desempeña como titular de la función, pertenece más al público que a él mismo, en cuanto se desarrolla en el interés (del) público, y asume dos aspectos complementarios: una parte debe permanecer secreta, y respecto a ella el sujeto no tiene poderes (privados) de disposición, sino deberes (públicos) que observar, bajo la amenaza de sanciones penales o disciplinarias; la otra, por el contrario es de dominio público, y el secreto no puede obstaculizarla.

Las otras hipótesis **(sub-a)** muestran aun más decididas incidencias de la tutela de intereses públicos, respecto a los cuales la notoriedad tiene solamente función instrumental en las que la reserva sería un obstáculo; se trata de las necesidades de justicia o de policía, de los fines científicos, didácticos o culturales (estas tres hipótesis no están previstas en nuestro artículo 29 C.C.) que tiene indudable título de preferencia respecto al simple derecho, de marca individualista, de la protección de la propia imagen.

Es de observarse sin embargo, que en todas las hipótesis consideradas la facultad de hacer pública la imagen queda contenida dentro de un límite determinado, pues, por expresa disposición de la norma en examen, la publicación debe estar "justificada" por las circunstancias objetivas previstas. Es claro que no podría considerarse justificada la publicación de una imagen tomada de sorpresa, en una actitud de carácter excepcional, que dañase la dignidad de la persona y cuya divulgación fuese extraña a cualquier motivo seriamente apreciable. Específicamente, se puede observar, que los fines de justicia y de policía están tomados en consideración por la ley únicamente bajo el signo de la **"necesidad"** que requiere un particular rigor; también los fines científicos, didácticos o culturales "deben responder a un contenido seriamente apreciable, y no constituir una artificiosa bandera con la cual cubrir la lesión de la personalidad ajena" (PERETTIGRIVA).

Las hipótesis **(sub-b)** presentan dos peculiares manifestaciones de la falta de correlatividad entre la existencia y la posibilidad de realización práctica, con relación a la tutela de la imagen.

Desde el primer perfil, adquiere relieve el interés público, en la manifestación más específica que pueda asumir en la materia de que nos ocupamos: como índice, esto es, y título de pertenencia pública de los mismos hechos, advenimientos y ceremonias que forman objeto de la reproducción o difusión.

Aquí el adjetivo "público", aún si no asume el significado técnico propio de la fundamental distinción de la cual se ha hablado, sin embargo tiene algo de este significado.

Desde el segundo perfil, asume relieve la categoría de hechos, o eventos arriba indicados, que por su misma estructura, o por el modo de producirse o manifestarse, pueden considerarse objetivamente públicos. El carácter del hecho que es, en cuanto público, reproducible, excluye la posibilidad de una protección de la imagen de la persona. . . Pero, si la imagen de la persona es artificialmente aislada del conjunto de referencias ambientales u ocasionales que la ligaban a la ceremonia pública o al evento que se desarrolló en

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

público, el sujeto interesado puede invocar la protección legal.

En el ámbito privatístico, las sanciones relativas al derecho a la imagen se concretan: en la ejecución en forma específica, pues la autoridad puede ordenar que se haga cesar el abuso y, eventualmente, si es necesario, la destrucción de las copias abusivas del retrato; y, el derecho al resarcimiento del daño.

A propósito de este último derecho se observa que el mismo deriva de las normas generales, por las cuales el daño patrimonial es resarcible todas las veces que sea injustamente causado por hechos ajenos dolosos o culposos; mientras que el daño no-patrimonial, es resarcible solamente en los casos determinados por la ley. En base a tales normas, si la difusión de la imagen implica una ofensa al honor, esto es el delito de difamación, se hace resarcible el daño no patrimonial; de otro modo tal daño no es resarcible.

Razonando así, sin embargo, se debe llegar necesariamente a la conclusión de que la disposición del artículo 10 C.C. (It.) que sanciona el resarcimiento del daño, es del todo superflua. A menos que no se considere que tal disposición concede al resarcimiento del daño patrimonial y no patrimonial, sea en la hipótesis del simple ilícito civil, sea en la hipótesis del concomitante ilícito penal. Ello sería plausible, porque, especialmente en la primera de las hipótesis, el daño en la gran mayoría y normalidad de los casos, revista carácter no patrimonial, agotándose en la violación del derecho protegido" (95).

NOMBRE:

"El sujeto de derecho, como unidad de la vida jurídica y social, ha de ser individualizado para que pueda tener la consideración de persona no confundible con las demás" (96). Esta "individualización" se logra principalmente mediante la atribución de un nombre, el cual se ha definido como: "elemento configurador del estado civil y principal factor de identificación" (97).

Claro que para que sea considerado como "derecho" de la personalidad tal función no basta. Este pensamiento lo recoge muy bien BONET, al comentar el Código Civil italiano del que dice que se inspira "en el concepto de nombre no como institución de policía civil ni simple etiqueta de la persona, sino como expresión de la vida moral y material de una persona en todas sus relaciones familiares y sociales" (98).

Estas propiedades se le reconocen básicamente al apellido, pero en ciertas legislaciones se prefiere ampliar y englobar en una sola esfera de protección al nombre y apellido(s) (99).

El uso del nombre constituye a la vez un deber y un poder (100) en manos de su titular.

El sujeto tiene que usarlo (lo recibe automáticamente con base a reglas técnicas (101) por razones de interés público (102).

Como poder-deber que es, tiene que tener ciertos límites ajenos a la voluntad del interesado que se traducen en dos categorías:

a) **Normas protectoras conexas:** (no deben ponerse nombres extravagantes, irreverentes, contrarias al decoro, etc.).

b) **Limitaciones propiamente dichas:** En legislaciones extranjeras (v.g. la Española) está prohibido convertir en nombre los apellidos o seudónimos, poner el mismo nombre a dos hermanos, o un nombre que conduzca a confusión de sexo.

En Costa Rica se establecen algunas limitacio-

---

(95) Pugliatti Salvatore. La trascrizione. Trattato di diritto civile e commerciale. Giuffrè-Edit. Milano, 1957. págs. 12 y ss.

(96) CASTAN, op. cit., págs. 343-344.

(97) OBANDO SALAZAR, en Revista de la Universidad de los Andes, op. cit., pág. 94.

(98) Revista de Derecho Privado, Madrid,. . .

(99) Art. 6 C.C. Italiano: "Toda persona tiene derecho al nombre que por ley le es atribuido. En el nombre se comprenden el nombre y el apellido".

(100) "Toda persona tiene el derecho y la obligación de tener un nombre que la identifique" (art. 31 C.C.).

"Existe un derecho privado al nombre, siquiera sea mezclado con elementos de Derecho Público, que le de a la vez la categoría de deber" (CASTAN TOBEÑAS, op. cit., pág. 334.

(101) ". . .Estará formado (el nombre) por una o a lo sumo dos palabras usadas como nombre de pila, seguida del primer apellido del padre y del primer apellido de la madre, en ese orden" (art. 31 C.C.).

"Cuando se presente una persona como hijo de padres desconocidos, el oficial de Registro le pondrá nombre y apellido. . ." (art. 33).

"Cuando el hijo haya nacido fuera de matrimonio se le pondrá los apellidos de la madre. Si esta tuviere uno solo, se repetirá para el hijo" (art. 34).

(102) "Para lograr la adecuada clasificación individualizadora de los sujetos en el grupo social donde viven y actúan". Anuario U. Andes, op. cit., pág. 95.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

nes protectoras: ". . .no podrá el Oficial imponer nombre o apellidos extranjeros, ni aquellos que puedan hacer sospechar el origen del expósito. Tampoco cesará nombre o apellidos que puedan causar burla o descrédito al infante, o exponerlo al desprecio público" (art. 33 C.C.).

Como poder también conlleva ciertas prerrogativas que se traducen en la posibilidad de ejercitar (en el momento en que se den ciertos presupuestos de hecho que actualicen el interés) dos acciones distintas:

a) **Acción declarativa** (103) que se puede orientar en tres sentidos:
   - reclamo del nombre
   - investigación de paternidad
   - reclamo contra un tercero que lo desconoce.

b) **Acción reivindicatoria** que se ejercita el titular del nombre contra un tercero que hace uso irregular del mismo (104).

Se pone a disposición del titular (y sus descendientes, que tienen también interés directo en el asunto) para procurar la cesación del comportamiento lesivo y la indemnización de los daños y perjuicios causados (105).

La valoración de posibilidad relativa al nombre también se actualiza al ser ejercitada por el sujeto titular del poder en un determinado sentido o dirección. Es la esfera de la disposición lícita: el sujeto puede poner su nombre a un negocio propio, "aportarlo para constituir una sociedad anónima, firmar, inscribirse como miembro de una agrupación, etc.

Hay quienes sostienen un DERECHO AL SEUDONIMO incorporable a la categoría de "derechos" de la personalidad.

Esta inclusión debe tomarse con ciertos reparos:

No es cualquier seudónimo el que puede ser elevado a esa categoría. Para que esto ocurra es requisito imprescindible que aquel haya adquirido la misma importancia que el nombre y que incluso lo haya sustituido.

Se traduce en un "interés ocasionalmente protegido" a que otro no lo use (usurpándolo, o asumiendo otro que sea confundible con el del titular) (106).

Cuando reúna esos requisitos puede ser tutelado como el "derecho al nombre" (107), pero sin que esto signifique una equiparación total entre ambos.

El seudónimo a diferencia del nombre (que es un poder-deber y por lo tanto irrenunciable) encierra solo un interés privado y es renunciable.

Al respecto afirma PUGLIATTI: "En tesis general, también la tutela del pseudónimo es hecha entrar dentro del ámbito del derecho a la privacidad. Verdaderamente la ley civil tutela el pseudónimo como tutela el nombre. Desde este punto de vista, como respecto al que se llama "nombre de arte" o "nombre de batalla", se tiene una tutela particular y específica, que excluye la referencia al derecho a la privacidad. Sin embargo, es de observarse que el verdadero pseudónimo, tiene la función de pantalla detrás de la cual se oculta el sujeto, como se oculta por medio del anónimo. Este aspecto de la tutela jurídica, del verdadero pseudónimo, bien puede configurarse como manifestación

---

(103) Dirigida a la producción de un efecto conservativo "puede también ocurrir que el nuevo resultado sea del todo coherente con la situación considerada y se inserte perfectamente en su línea originaria de desarrollo de modo que la mutación pasará a través de la situación jurídica dejando intacto su contenido estructural y sustancial". FALZEA, op. cit., pág. 98.

(104) La violación se puede dar:
1.— Cuando él usurpa el nombre.
2.— se hace otro uso indebido.
— ponerle el nombre a un animal.
atribuirle el nombre a un personaje de una obra literaria que ofrezca una figura inmoral o desfavorable para el titular. (Por ejemplo: "que en una obra teatral o cinematográfica se atribuya mi nombre y apellido o sobrenombre a un personaje torpe o inmoral". TORRENTE, op. cit., págs. 27-28).
3.— En caso de homonimia, cuando otro sujeto distinto del titular se vale de esa circunstancia para usurpar méritos intelectuales, o ventajas materiales.
"Toda persona tiene derecho a oponerse a que otra use su propio nombre, si no acredita su derecho legítimo a usarlo. . ." (art. 35 C.C.)". "La homonimia no se toma en consideración en materia de derechos de la personalidad, salvo, que el homónimo se sirva de la propia seña personal para usurpar méritos intelectuales o ventajas materiales inherentes a otro sujeto, o que en absoluto, comprometa su responsabilidad patrimonial, o que pretenda ejercitar un derecho que no le competa". MESSINEO, op. cit., pág. 7.

(105) "Su tutela atribuye a la persona el derecho a pedir judicialmente la cesación del hecho abusivo, además, el resarcimiento del daño en caso de que otros le nieguen el derecho al uso del propio nombre o hagan uso indebido del mismo acarreándole perjuicios". TORRENTE, op. cit., pág. 278.

(106) Ver MESSINEO, op. cit., pág. 12.

(107) "El seudónimo usado por una persona en forma que haya adquirido la importancia del nombre puede ser tutelado al tenor de los artículos precedentes de este capítulo" (art. 80 C.C.).

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

de la tutela de la intimidad privada. Quien puede, en efecto, hacer valer la tutela del nombre falso detrás de la cual se esconde, como si fuese el verdadero nombre, no solo puede continuar usando de hecho el nombre falso, sino que todavía se puede servir legítimamente de esta pantalla, y no puede ser obligado a emplear el verdadero nombre para una actividad que quiere mantener separada de la propia personalidad en el conocimiento público.

El autor de una obra anónima o pseudónima tiene siempre el derecho de revelarse; pero, tal derecho le corresponde exclusivamente, de modo que si él quiere mantener la reserva ninguno tiene el derecho de violarla.

Debe, sin embargo, tenerse presente que la tutela del pseudónimo o del anónimo, no aparece particularmente eficaz desde el punto de vista práctico. Las indiscreciones, en efecto, no pueden ser evitadas y no pueden considerarse ilícitas, ni penal ni civilmente; y pues viene inevitablemente el momento en que el secreto es divulgado. También en esta hipótesis, sin embargo, puede quedar una cierta tutela jurídica: la obra, no podrá ser divulgada o representada con el nombre del autor, y quien contravenga tal prohibición, incurre en la obligación de resarcir los daños si estos se producen. Sin embargo, en la hipótesis en que, en lugar del verdadero pseudónimo, se trata de un nombre de arte, parece más plausible la solución opuesta" (108).

VIDA:

Como "bien supremo del hombre sin el cual no cabe la existencia y disfrute de los demás bienes" (109) y como "derecho esencial entre los esenciales" (110) se ha definido.

Es, el presupuesto necesario de todos los demás valores de la personalidad.

Por su esencialidad, recibe tutela de todos los órdenes normativos (Religión, Moral, Derecho. . .) y se ha elevado a principio constitucional, protegido mediante normas de Derecho Penal y Derecho Civil.

El valor vida se protege desde el momento de la concepción por lo que en este sentido es obvio que no depende de ningún presupuesto jurídico para comenzar; pero en cierto sentido sí cabe decir que su conservación sí depende del derecho positivo. Es el ordenamiento el que prohíbe o permite el aborto, el que establece la legítima defensa, o la pena de muerte. . . el que en última instancia permite el goce de tal valor. "La atribución de tal goce, implica en el plano jurídico, su defensa contra todos los terceros; la facultad de exigir de estos, aquella conducta negativa que es necesaria para la conservación de tales bienes y para su goce" (111).

La protección del valor vida, se logra mediante la atribución de situaciones jurídicas de posibilidad (facultad y poder de gozar del derecho, v.g. mediante el ejercicio de la legítima defensa) y de necesidad (deber de los terceros de no interferir en su goce).

En el momento en que se viole tal deber de abstención, se actualiza el interés y surge como en los demás "derechos" un derecho de crédito y como tal susceptible de trasmisión a los herederos.

La situación de posibilidad inicial (poder) se extingue con la muerte del titular por lo que no hay sucesión posible de la misma.

El valor vida cumple con las características de la categoría; es irrenunciable, (en aquellos ordenamientos que como el nuestro no aceptan el suicidio) extrapatrimonial, intrasmisible, imprescriptible, pero no es potencial.

Nuestra legislación Civil no contempla la vida como "derecho" de la personalidad por lo que podemos decir que en nuestro medio la tutela de la vida se da directamente por medio de normas constitucionales y penales y solo indirectamente por vía civil (ejecutiva para el pago de daños y perjuicios).

La tutela en Costa Rica se da básicamente por medio de las siguientes normas:

Artículo 21 (Constitución Política): "La vida humana es inviolable".

La vida está jurídicamente protegida desde el momento de la concepción:

Artículo 118 (Código Penal): "El que causare la muerte de un feto será reprimido: 1) Con prisión de 3 a 10 años si obrare sin el consentimiento de la mujer o si ésta fuere menor de 15 años. Esa

(108) PUGLIATTI, Salvatore, op. cit., pág. 20, *La Trascrizione*", Giuffrè-ed. Milano, 1957, pág. 20.
(109) CASTAN TOBEÑAS, op. cit.
(110) DE CUPIS, op. cit., pág. 98.
(111) IBID, pág. 93.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

pena será de dos a ocho años si el feto había alcanzado 6 meses de vida intrauterina. . .".

Establece nuestro sistema una excepción: Aborto impune "con el fin de evitar un peligro para la vida o salud de la madre" (art. 121).

Otra manifestación de esta tutela la encontramos en el artículo 96 del Código de Familia: "Cuando el Tribunal acoja la acción de declaración de paternidad podrá en la sentencia condenar al padre a reembolsar a la madre según principios de equidad, los gastos de maternidad y los alimentos del hijo durante los tres meses que han seguido al nacimiento".

También las leyes laborales tienen algunas regulaciones dirigidas a la tutela de la maternidad.

"Artículo 96 C. Trabajo: Toda trabajadora embarazada gozará obligatoriamente de un descanso durante los 30 días anteriores y los treinta días posteriores al alumbramiento. . .".

Intrauterina:

Art. 374 C. Penal: Prisión de 3 a 30 días multa a quien:

3) Acometiere o produjere una emoción violenta a una mujer en estado de gravidez, cuando el embarazo de la ofendida le constare o fuere evidente.
4) Anuncie procedimientos, sustancias destinadas a provocar el aborto o evitar el embarazo.

V. También: "Capítulo" de homicidio.

INTEGRIDAD CORPORAL:

El ser humano precisa de la concurrencia de todos sus atributos esenciales (112) para lograr el pleno desenvolvimiento de sus facultades.

El cuerpo (113) como sustrato puramente material del ser y todas aquellas manifestaciones conexas de su esfera física (114) constituyen valores esenciales al hombre por lo que se protegen de las disminuciones que su propio titular y los terceros puedan producirle y que repercutan desfavorablemente en el desarrollo de aquel.

Por esta razón vemos que el valor "integridad física" se protege con normas de Derecho Penal y Civil. En este último mediante situaciones jurídicas de posibilidad (zona del actuar lícito). El sujeto puede realizar todos aquellos actos de disposición que no signifiquen una disminución permanente de sus posibilidades físicas y que no sean en otro modo contrarias a la ley, el orden público o las buenas costumbres. Dentro de la esfera de actuar lícito el sujeto puede por ejemplo: donar su sangre (115), realizar contratos de trabajo, prácticar deportes más o menos peligrosos (boxeo, lucha libre) comprometerse en actividades circenses (116), someterse a examen o tratamiento médico-quirúrgico o negarse a sufrirlo (117). Esta última no es una facultad irrestricta, puede limitarse —y hasta suprimirse— para el caso concreto por motivos de interés público. Así, un sujeto no podría negarse a vacunaciones obligatorias o tratamiento en una epidemia, alegando un "derecho" a la integridad física.

Fuera de esos casos excepcionales, existen como hemos señalado ciertos actos de disposición ilícitos. Tal es el caso del suicidio, la automutilación, el comprometerse mediante un contrato de esclavitud, obligarse de por vida o por tiempo indeterminado, disponer de partes esenciales de su cuerpo, etc. (118). El sujeto que se comprometiera a prestaciones de ese tipo puede negarse a cumplir sin responsabilidad.

Los terceros también deben respetar la integridad física del titular. En el momento que sobrepa-

---

(112) Físicos, síquicos, mentales, espirituales u sociales.

(113) "En el hombre y en los animales, materia orgánica que constituye sus diferentes partes", Diccionario de la Real Academia Española.

(114) Locomoción, reproducción, etc.

(115) La sangre es disponible "porque se renueva constantemente y su extracción no produce más que un daño de leve entidad, reparable inmediatamente, que nada, resta a las funciones normales del organismo". Bonet, op. cit., p. 491.

(116) V. Bonet, Ibíd., p. 492.

(117) "El hombre tiene derecho a elegir médico y tratamiento médico o quirúrgico, rehusarse a los que no le plazcan, someterse a cirugía estética (si es admitido por el Derecho Positivo) o a las intervenciones que tengan —como en el caso de las transfusiones de sangre— una finalidad humanitaria". Castán, op. cit., p. 350.

(118) Ver Roberto de Ruggiero. *Instituciones de Derecho Civil.* 3a. Edic. T. I. Edit. REUS. Madrid, (sin fecha) págs. 225 y 55.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

sen los límites del actuar lícito se convierten en deudores de un derecho de crédito a favor del ofendido.

Nuestro derecho positivo recoge y tutela el valor "integridad física" en los artículos 27 y 28 del Código Civil:

Los actos de disposición del propio cuerpo están prohibidos cuando ocasionen una disminución permanente de la integridad física, excepto los autorizados por la ley.

a) prohibición (deber no hacer) de actos de disposición.

b) facultad (poder hacer) de realizar algunos actos de disposición del propio cuerpo autorizados por ley.

Es válido disponer del propio cuerpo o parte de él para después de la muerte.

c) posibilidad (poder hacer) de disponer del cuerpo o partes para después de la muerte.

Obsérvese que esta última valoración (de poder) tiene como límite fundamental la vida; la integridad física encuentra tutela como fundamento que es de la vida. Uno es valor fundamental (fundamento del otro); el otro es un valor más alto.

También los valores relativos a la esfera física del individuo encuentran tutela dentro de otros sectores del ordenamiento. . .

Art. 123 C. Penal: Se impondrá prisión de 3 a 10 años si la lesión causare una enfermedad mental o física que produzca incapacidad permanente para el trabajo, la pérdida de un sentido, de un órgano, de un miembro, del uso de un órgano o miembro, de la palabra, de la capacidad de engendrar o concebir".

Art. 374: C. Penal: Se impondrá de 3 a 30 días multa a quien:

1) Golpeare o maltratare a otro sin causarle lesión ni daño en la salud.

2) Azuzare o soltare algún animal, con evidente descuido y éste produzca algún daño a otra persona.

Además de la tutela penal, encontramos de reflejo la tutela de orden civil que se realiza por medio del resarcimiento.

1045. C.C.: "Todo aquel que por dolo, falta, negligencia o imprudencia causa a otro un daño, está obligado a repararlo junto con los perjuicios".

Nuestra jurisprudencia ha establecido el carácter general de esta norma (1045) así como de la contenida en el artículo 324 C.C.: "El que viola, usurpa o perjudica los bienes o derechos de otro es obligado a indemnizar al ofendido de los daños y perjuicios que por su culpa se ocasionen a éste". (Así: Cas. No. 3 de 15:00 hrs. 10 m. del 6 de enero de 1953 Tomo I, I.sem., pág. 49).

Sin embargo, en algunos casos el consentimiento del lesionado excluye el delito:

Art. 129 C. Penal: "No son punibles las lesiones que se produzcan al lesionado con su consentimiento cuando la acción tiene por fin beneficiar la salud de otros".

Se vincula también la tutela de la integridad física la posibilidad que tiene toda persona de negarse a ser sometida a un examen o tratamiento médico o quirúrgico, con excepción de los casos de vacunación obligatoria o de otras medidas relativas a la salud pública, la seguridad laboral y de los casos previstos en el artículo 98 del Código de Familia (así el art. 28 C.C.).

Art. 98 del Código de Familia: "En todo juicio de investigación o de impugnación de paternidad es admisible la prueba de los grupos sanguíneos y otros marcadores genéticos, con el objeto de probar la no paternidad y siempre que la misma sea evacuada por el Organismo Médico Forense de la Corte Suprema de Justicia".

V. También art. 131 Código de Familia.

PARTES SEPARADAS DEL CUERPO Y CADAVER:

A) Partes separadas: Al estudiar la integridad corporal vimos que es lícito disponer del cuerpo y sus partes mientras con ello no se produzca disminución permanente a la misma, o sea contraria a la ley, orden público o buenas costumbres.

Hay consenso en doctrina (119) en considerar que las partes constitutivas del cuerpo se convierten en cosas susceptibles (salvo que el sujeto quiera destinarlos a otro fin) de enajenación.

Por esta razón se le ha negado el carácter de "derechos" de la personalidad a la facultad de disposición de los mismos.

Así la disposición de cabellos cortados, piezas dentales extraídas, etc. no constituye otra cosa que la actualización de una facultad diversa a los "derechos" de la personalidad, que no se incluye dentro de los mismos por no versar sobre valores

(119) Ver: Torrente, op. cit., pág. 280. Messineo, op. cit., p. 19. Bonet Ramón, op. cit., p. 492. Ondei, op. cit., p. 235.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

esenciales al hombre sino sobre partes accesorias de su cuerpo.

CADAVER:

En cuanto a los despojos físicos del ser humano es otra la situación que se presenta.

Aunque la mayoría de la doctrina lo excluya dentro del ámbito de protección de los "derechos" de la personalidad (120) es necesario reconocer que el ordenamiento positivo lo recoge normalmente como perteneciente a tal categoría (121).

Creemos que es necesario afirmar la existencia de una facultad de disposición del propio cadáver futuro reconocida al sujeto y que en cierta forma constituye una proyección de su personalidad. Un gesto que debe considerarse lícito dentro de los límites que señalen la ley y el orden público.

El sujeto puede destinar su cadáver o partes del mismo para fines altruistas o científicos o simplemente decidir el lugar en que quiere que se le sepulte, sin que pueda mediar ningún interés económico.

La facultad de disposición del propio cadáver no reúne todos los requisitos que le hemos señalado a los "derechos" de la personalidad pero por su particular naturaleza puede ser considerado como una facultad conexa, derivada de los mismos (libertad, integridad).

HONOR:

Existen dos acepciones de la palabra "honor" (122):

—**honor subjetivo:** la estimación que la persona tiene de sí misma.

—**honor objetivo:** (fama) la estimación que del sujeto tienen los terceros, pero la única que asume relevancia jurídica (como valor protegido de la personalidad) es el honor objetivo.

Como hemos señalado en el desarrollo del presente estudio, las situaciones jurídicas de posibilidad relativas a la personalidad, protegen los valores más preciados del hombre. Este es un ser pleno (síntesis de aspectos físicos, síquicos mentales y espirituales) pero también es un ser de relación. En cierta forma la opinión que del sujeto tengan sus semejantes se integra también a su "persona", es una especie de "halo" con el que tiene que vivir y que consciente o inconscientemente lo afecta y le interesa conservar "limpio" (123).

El honor (al igual que la imagen y el nombre) es un valor que sobrevive al sujeto. La opinión que de él tengan los demás hombres es importante también después de que aquel ha desaparecido como presencia física, puesto que sigue su recuerdo (imagen) viviendo en quienes lo conocieron. Por esta razón se les reconoce a los descendientes un poder de ejercitar la tutela y reivindicación del mismo.

Este es otro derecho que como la vida recibe tutela penal y civil (el reconocimiento de una indemnización). Nuestro legislador no lo consagró dentro del capítulo de los Derechos de la Personalidad.

Así, nuestro ordenamiento positivo establece:

Art. 41 Constitución: "Ocurriendo a las leyes todos han de encontrar reparación para las injurias o daños que hayan recibido en su persona, propiedad o intereses morales. . .".

Correspondientemente encontramos el amparo del honor en el campo penal:

Art. 145 (injurias): "Será reprimido con 10 a 50 días multa el que ofendiere de palabra o de hecho en su dignidad o decoro a una persona, sea en su presencia, sea por medio de una comunicación dirigida a ella.

La pena será de 15 a 75 días multa si la ofensa fuere inferida en público".

Art. 146 (difamación): "Será reprimido con 20 a 60 días multa el que deshonrare a otro o propalare especies idóneas para afectar su reputación".

Al respecto se ha dicho:

---

(120) Ver:
Ondei, op. cit., p. 335.
De Cupis, op. cit., págs. 169 y 55.
Castán Tobeñas, op. cit., p. 350.

(121) *Art. 27 C.C.*: ". . .es válido disponer del propio cuerpo o parte de él para después de la muerte".

(122) V. CASTAN, op. cit., p. 356. Anuario U. Andes, p. 105.

(123) En este sentido se encuentra en estrecha relación con otros dos valores ya estudiados. "Derecho moral de autor" e imagen.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

"Cada uno tiene derecho a exigir de los demás el respeto de su honor. El honor consiste en algo indefinible que, a la vez, radica en el sentimiento que cada uno tiene de la propia dignidad y en la manera que tienen los extraños de captarla. Los ataques al honor se denominan técnicamente difamaciones cuando consisten en la alegación de un hecho verdadero o falso y, por el contrario, reciben el nombre de injurias (en un sentido especializado) cuando se reducen a expresiones ultrajantes, invectivas o términos de menosprecio que no supongan imputación de hecho alguno. La difamación y la injuria constituyen infracciones penales..." (124).

LIBERTAD:

La libertad puede ser considerada como el poder que se reconoce a la persona de hacer lo que le plazca dentro de los límites que fije el ordenamiento y viene a reducirse en la facultad que tiene el sujeto de conducirse de acuerdo a su propia determinación. Se ha considerado que se trata de una noción cuyo objeto carece de la precisión requerida para que pueda considerarse como derecho subjetivo (125) (técnicamente hablando); por eso se ha creído preferible hablar (como lo hace Josserand) de una virtualidad jurídica (126). "Es fácil hacerse cargo de que el concepto de libertad, desprovisto de las limitaciones, se disuelve y se hace imposible de captar. En realidad, la libertad se define en virtud de las indispensables restricciones, halla su límite en la libertad de los demás, conforme a la fórmula de la Declaración de 1789 y —en lo concerniente al estado civil— se ve restringida por la concurrencia de los derechos ajenos. Todo esto viene a confirmar el principio de que la libertad protege al individuo no sólo frente al Estado, sino también en sus relaciones con sus semejantes" (127).

Se trata de poderes reconocidos al individuo para el desarrollo de su actividad encontrándose garantizados por la ley y el control jurisdiccional (128).

Desde un punto de vista práctico puede considerarse como el poder de decidir por sí mismo sobre sus propios actos que tiene el individuo; en otros términos, el poder de decidir en ausencia de toda coacción exterior que lo presione y lo obligue a actuar en un sentido o en otro (129).

a) Libertad de pensamiento, conciencia y religión.

...Se ha reconocido que "toda expresión de libertad admite una interpretación positiva y una negativa —en palabras más simples una libertad para y una libertad contra—. El concepto de libertad deriva esencialmente de la idea de que ser libre es tener la capacidad de perseguir los objetivos, fines o deseos propios. Desde este punto de vista, la libertad de pensamiento, conciencia y religión se refiere a las condiciones existentes en una comunidad social que hacen posible el desarrollo de un pensamiento y de una inquietud creadora, de la investigación en materia religiosa y de la práctica institucional, de una conciencia sensitiva y de sus expresiones naturales. La gama de estas condiciones alcanza a la estructura jurídica y política, pero debe también abarcar, conforme a las enseñanzas de Aristóteles y Marx, las condiciones económicas y sociales que afectan en forma vital el desarrollo espiritual e intelectual, así como también aquellos componentes sutiles del ambiente cultural y de la vida pública que deforman o inhiben, alientan o dan fuerza a la actividad religiosa e intelectual.

El concepto negativo de la libertad deriva precisamente de la idea de que ser libre es estar debidamente protegido contra las ingerencias de la coerción. Haciendo referencia específica a la libertad de pensamiento, conciencia y religión, su interés primordial es la defensa de la conciencia privada y de la creencia y práctica religiosas contra los

(124) CARBONNIER, op. cit., pág. 314.
(125) CARBONNIER, Jean. Derecho Civil. Tomo I, Vol. I Bosch-ed. Barcelona, 1960, pág. 315.
(126) CARBONNIER, op. cit., pág. 315.
(127) CARBONNIER, op. cit., pág. 315.
(128) Así: CAPITANT, Henri. Vocabulario Jurídico. Ediciones Depalma. Buenos Aires, 1973, págs. 346 y 347.
(129) En este sentido SALVAT, Raymundo. Tratado de Derecho Civil Argentino. J. Jiménez-ed. Buenos Aires, 1922, pág. 670.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

obstáculos que puedan oponerles los principales organismos de presión de la sociedad. . ." (130).

"Según estos principios todos tienen el derecho de profesar libremente la propia fe religiosa en cualquier forma, individual o asociada —libertad de conciencia— de hacer propaganda religiosa y de expresar y enseñar su creencia —libertad de proselitismo y de opinión— y de ejercitar en privado o en público el culto que corresponda a esa creencia —libertad de culto—" (131).

Con base en estos principios todas las confesiones son igualmente libres ante la ley. Si bien nuestra Constitución expresa que "La Religión Católica, Apostólica, Romana, es la del Estado" (art. 75) seguidamente se expresa que no se impide "el libre ejercicio en la República de otros cultos que no se opongan a la moral universal ni a las buenas costumbres" (art. 75, Const. Pol.).

b) Libertades profesionales.

Son ellas básicamente la libertad de comercio y la libertad de trabajo.

La libertad de comercio y de industria puede considerarse como la libertad reconocida al individuo para establecer y explotar una empresa o ejercer la profesión que haya elegido. Una de las normas dirigidas a la efectiva realización de estas libertades es la del artículo 46 de la Constitución Política que prohíbe los monopolios. (132).

La libertad de trabajo puede considerarse como el poder reconocido al individuo para prestar a otra persona su fuerza de trabajo, sus servicios y su industria. "El trabajo es un derecho del individuo y —se agrega— una obligación con la sociedad. . ." (art. 56 Constitución Política) (133).

c) Libertad de domicilio.

El domicilio es inviolable. La misma Constitución Política establece el principio de que (art. 23) "El domicilio y todo otro recinto privado de los habitantes de la República son inviolables. No obstante pueden ser allanados por orden escrita del juez competente, o para impedir la comisión o impunidad de delitos o evitar graves daños a las personas o a la propiedad, con sujeción a lo que prescribe la ley". Puede resumirse la libertad de domicilio en "el derecho del individuo para prohibir a todo el mundo el acceso a la morada que ocupa, aunque sea de manera temporal y accidental, y aun a los agentes de la autoridad pública, salvo en los casos y en las condiciones y formas previstos por la ley" (134).

d) Libertad de opinión y de imprenta.

Estas libertades se basan en el principio de que todos tienen el derecho de exponer el propio pensamiento de palabra o por escrito a las demás personas por cualquier medio de difusión.

La libertad de opinión es la libertad del individuo para expresar sus ideas, creencias y doctrinas. La libertad de prensa puede, en cambio, considerarse como el derecho de publicar las propias opiniones por escrito o por medio de la imprenta, sin que tal publicación esté sujeta a autorización o censura previa. . . (135).

Debe aclararse que no se trata —como ocurre con las demás libertades— de una facultad irrestricta "cada país tiene un determinado grado de libertad de opinión: ciertas cosas pueden ser dichas en ciertos lugares sin previa autorización y sin temor al castigo. Por otra parte, en ningún país existe irrestricta libertad para decir cualquier cosa en cualquier tiempo y lugar" (136).

Establece el artículo 29 de nuestra Constitución Política: "Todos pueden comunicar sus pensamientos de palabra o por escrito, y publicarlos sin previa censura; pero serán responsables de los abusos que cometan en el ejercicio de este derecho, en los casos y del modo que la ley establezca".

e) Libertad de enseñanza.

Es la libertad de toda persona para enseñar a las demás gratuitamente o no, lo que sabe o lo que cree saber; también, por otro lado, es la libertad de toda persona para escoger libremente a sus maes-

---

(130) MORRIS, Abram. La libertad de pensamiento, conciencia y religión. Revista de la Comisión Internacional de Juristas. Ginebra, diciembre 1967, pág. 47.

(131) V. CAPITANT, op. cit., 347.

(132) CAPITANT, op. cit., pág. 347.

(133) V. CAPITANT, op. cit., pág. 347.

(134) V. CAPITANT, op. cit., pág. 347.

(135) CAPITANT, op. cit., pág. 347.

(136) FISHER, Roger. The constitutional right of freedom of speech. Talks on american Law. Harvard Law School. Vintage Books. New York, 1970, pág. 91.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

tros. Nuestra Constitución, en su artículo 79 expresa: "Se garantiza la libertad de enseñanza. . .".

f) Libertad personal.

Puede considerarse que tiene dos manifestaciones: ante la autoridad y ante otros sujetos. Desde el primer ángulo la regla es la de que solamente en casos excepcionales de necesidad y urgencia, indicados taxativamente por la ley, la autoridad de seguridad pública puede tomar medidas provisionales, que deben ser comunicadas en breve lapso a la autoridad judicial. "Toda persona tiene derecho al recurso de Hábeas Corpus cuando se considere ilegítimamente privada de su libertad" (art. 48 Const. Pol.). Por otra parte, encontramos algunas manifestaciones de la tutela del valor libertad en el Derecho Penal: Así: Artículo 189 C.P.: "Será reprimido con prisión de 4 a 12 años, quien reduzca a una persona a servidumbre o a otra condición análoga o la mantuviere en ella" —otro ejemplo:— Artículo 191 C.P.: Será penado con prisión de 6 meses a 3 años el que sin ánimo de lucro privare a otro de su libertad personal".

g) Libertad de movimiento.

Esta libertad se encuentra íntimamente relacionada con la que hemos examinado anteriormente. Todo ciudadano puede circular y permanecer libremente en cualquier parte del territorio nacional, salvo las limitaciones que la ley imponga (por ejemplo por motivos de sanidad o de seguridad). Además, todo ciudadano tiene el derecho de salir y entrar libremente en el territorio del Estado. Expresa el artículo 22 de la Constitución Política que: "Todo costarricense puede trasladarse y permanecer en cualquier punto de la República o fuera de ella, siempre que se encuentre libre de responsabilidad y volver cuando le convenga. No se podrá exigir a los costarricenses requisitos que impidan su ingreso al país".

"La libertad locomotriz constituye la modalidad más elemental de libertad psíquica. . . En virtud de ella se explica —por ejemplo— el derecho de paso a través de la propiedad ajena cuando un predio está enclavado en un punto carente de acceso al camino público" (137). Expresa al respecto el artículo 395 del Código Civil: "El propietario de un predio enclavado entre otros ajenos, sin salida, o sin salida bastante a la vía pública, tiene derecho de exigir paso por los predios vecinos para la explotación del suyo, pagando el valor del terreno necesario y todo otro perjuicio".

h) Libertad de correspondencia.

Se encuentra también garantizada la libertad y el secreto de la correspondencia y de toda otra forma de comunicación. V. art. 24 de la Constitución Política.

i) Libertad de reunión.

Los ciudadanos tienen el derecho de reunirse pacíficamente y sin armas. Para las reuniones privadas no se requiere aviso previo, por lo que la autoridad de seguridad pública no puede prohibir su desarrollo. Para las reuniones en lugar público debe, en cambio, obtenerse autorización (138). "Todos tienen el derecho de reunirse pacíficamente y sin armas,. . ." V. art. 26 de la Constitución Política.

j) Libertad de asociación.

Los ciudadanos tienen, finalmente, el derecho de asociarse libremente; esto es: de reunirse en grupos estables constituidos para los fines más diversos. La libertad de asociación puede definirse como la libertad de los individuos para poner en común de manera permanente, sus conocimientos y actividad, con un objeto que no sea exclusiva o principalmente patrimonial.

RESERVA: (139)

El hombre es un ser de relación pero eso no significa que se entregue totalmente a la vida social.

El sujeto necesita también conservar cierta privacidad para manifestarse tal cual es, sin la incidencia de presiones externas y poder desarrollarse como ser individual, y para poder realizarse en su vida familiar e íntima.

(137) CARBONNIER, op. cit., pág. 315.
(138) V. CAPITANT, op. cit., pág. 347.
(139) "derechos" que protegen la inviolabilidad de la vida privada contra las entromisiones y las indiscreciones ajenas". Castán op. cit., p. 361.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

En este sentido, el Ordenamiento impone a los terceros una situación jurídica de necesidad (de no hacer) por la cual "los terceros se deberían abstener de referir en libros, películas, periódicos etc., episodios de la vida íntima de otros" (140).

Esta protección alcanza a las figuras públicas cuya vida íntima se protege con las mismas disposiciones que la de los particulares (141).

Para los autores que ven este "derecho" como una manifestación del "derecho" al honor la intromisión para que sea castigada tiene que causar perjuicios del titular (142).

Nosotros disentimos de esa opinión por considerar que no solo le niega autonomía a la situación jurídica que protege la intimidad que es una proyección primordial del ser humano sino que dejaría desprotegido al mismo de todas aquellas intromisiones que sin ser difamantes o injuriosas atentan contra la privacidad del ser humano.

EL DERECHO MORAL DE AUTOR.

Para comprender la razón de que se le incluya dentro de los derechos de la personalidad, es necesario tener en claro dos puntos:

1) Se debe distinguir de el derecho patrimonial de autor, que no reúne ninguna de las características propias de la categoría en estudio y que es un derecho de tipo intelectual (derecho de propiedad literaria) (143).

2) El "derecho moral de autor no protege directamente la obra en sí, sino la imagen social del autor, su integridad intelectual y autoestima; valores totalmente ajenos al fin lucrativo (144).

Al ser humano se le reconoce el poder (inquietud innata) de desarrollar su intelecto y objetivar su pensamiento (145).

Es una facultad y como tal, puede ejercitarse o no, y en caso de que lo haga, canalizará según sus inclinaciones e inquietudes intelectuales.

En el momento mismo que un sujeto escribe una obra se le atribuye una situación jurídica de posibilidad en cierta forma más actual que se traduce en otras tantas posibilidades de ejercicio (puede publicarla o no, modificarla, retirarla del comercio y hasta repudiarla). Puede por último defender su integridad o garantía jurídica de que otro no se atribuya la paternidad de la obra, de que no vaya a plagiarla o imitarla, y de que no se vaya a atentar directamente (mediante deformaciones, mutilaciones o modificaciones que incidan directamente sobre el contenido de la obra) contra la integridad de la persona del autor (en su aspecto intelectual y de relación) (146).

En caso de violación surge para el titular un derecho subjetivo de crédito (derecho a cobrar daños y perjuicios) y además puede pedir que se interrumpa la violación.

CONCLUSIONES

Los valores de la personalidad analizados son resultado de un loable proceso de maduración de la conciencia social; así, por ejemplo, igualdad, libertad, vida y, en síntesis, dignidad de la persona humana, son conceptos que corresponden a nuestro grado de evolución cultural.

---

(140) Torrente, op. cit., p. 281.

(141) "La prohibición subsiste solamente, cuando se acarrea perjuicio al honor o a la reputación de otros o se deforma la "verdad". Loc. cit.

(142) En Derecho Público se hace la distinción entre actividad pública del funcionario, actividad privada con reparaciones públicas y vida íntima.

(143) "*El derecho pecuniario*": el autor tiene el derecho de edición de ejecución, de representación, de reproducción. . .
El derecho moral: la obra es una emanación de la personalidad del autor. . . En virtud de su derecho moral, el autor tiene derecho a la paternidad de la obra y al respeto de la misma. . . y el derecho a arrepentirse. . .". MAZEAUD, *Derecho Civil*. Parte I. Vol. II, p. 293.
Ver CASTAN TOBEÑAS. Op. cit., págs. 365-366 y DE CUPIS, op. cit., p. 174. "El derecho moral de autor no protege la propiedad de la obra, que éste presupone, ni la utilización económica de la misma, como entidad que una vez creada se objetiviza convirtiéndose por consiguiente en un bien y susceptible por su exteriorización de ser utilizado y valorado como bien patrimonial". Ondei, op. cit., p. 329.

(144) "Se tutela el bien personal de la paternidad intelectual, modo de ser moral de la persona del propio autor". *Anuario de la Universidad de los Andes*. P. 110.

(145) "La obra forma parte integrante de la personalidad del autor, es la creación del ingenio, su pensamiento proyectado en el espacio y fijado en el tiempo". MAZEAUD. Op. cit., p. 307.

(146) Ver MESSINEO, op. cit., págs. 22-23.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

Se ha llegado a considerar que en toda humana convivencia bien organizada y fecunda debe colocarse como fundamento el principio de que todo ser humano es persona y que a esta calificación corresponde una dignidad: la persona es el punto de referencia de los valores (ya hemos visto que el sujeto es el portador de los valores o intereses jurídicamente relevantes del ordenamiento): las cosas (alimentos, riqueza, posición, etc.) y las instituciones (Estado, Familia, etc.) valen en cuanto sirven a la persona. Ya Hobbes sostenía que el derecho consigue su carácter de valor solamente en cuanto tenga fuerza conformadora de lo real. El Ordenamiento más ideal carece de valor si no tiene la fuerza de superar la lucha de todos contra todos, idea que ya se encontraba en el Artha Sastra de Kautilya (obra de la India del siglo IV a.C.) donde se ve el Derecho como la fuerza de la enseñanza de la vida frente a la ley de los peces.

Frente a este elevado grado de evolución de los valores en el plano formal encontramos el dato real: la efectiva realización de la persona como tal (o sea, la efectiva atribución de dignidad al ser humano) se ve obstaculizada por un grave desequilibrio existente entre los diversos sectores económicos, desequilibrio que el mismo Gandhi consideró como la forma más atroz de violencia por su carácter sistemático. No queremos pecar de optimistas ni de ingenuos: si bien las cartas de derechos humanos "universales", las constituciones y las leyes afirman constantemente el derecho de toda persona a su desarrollo integral (físico, psíquico, mental y espiritual) no podemos olvidar que:

—dos tercios de la población del mundo se alimenta insuficientemente, lo que determina la debilidad y decadencia biológica que distingue a los grupos pobres que vienen a encontrarse en condiciones de inferioridad alarmante con relación a los grupos ricos, sanos y bien nutridos,
—de cada cinco hombres, sólo uno recibe la ración normal de dos mil quinientas calorías diarias,
—en la India mueren de hambre más de quinientas mil personas al año,
—las pérdidas de vidas provocadas por el hambre son mayores que las de guerras y epidemias juntas,
—en los países subdesarrollados el promedio de vida es de treinta años,
—en los países subdesarrollados mueren doscientos niños de cada mil,
—ciento cincuenta millones de familias carecen de vivienda o viven en lugares inhabitables (aun en los países desarrollados este renglón llega a treinta millones),
—setecientos millones de adultos, o sea, el cuarenta y cuatro por ciento de la población mayor de quince años es analfabeta (en Asia es un setenta y cinco por ciento, en Africa un ochenta),
—en América Latina el ochenta por ciento de los campesinos no sabe lo que es tener tierra propia; el seis por ciento de los terratenientes se reparte el setenta por ciento de las tierras,
—una cuarta parte de la población de América Latina sólo dispone de cincuenta dólares al año, o sea tres centavos y medio al día,
—Josué de Castro (en su obra Geografía del hambre) afirma que tres cuartas partes de la población americana sufre "hambre fisiológica" por estar mal alimentada,
—según la F.A.O. de 1938 a 1960 la producción de alimentos aumentó en nuestros países en un sesenta y cuatro por ciento cuando la población había crecido en un setenta por ciento,
—en América Latina el ochenta por ciento de las viviendas campesinas tienen condiciones infrahumanas,
—en América Latina el promedio de vida es de cuarenta y seis años (en Estados Unidos es de setenta),
—tenemos en nuestro sub-continente setenta y cuatro millones de analfabetos, la mayor parte en el campo (sesenta y dos por ciento de la población rural).

Sin pretender resolver fácilmente (pues no es problema de fácil solución) la grave situación social de nuestros pueblos que determina una enorme incoherencia entre los valores de la personalidad en el plano lógico-formal y estos mismos valores en su plano efectivo, no queremos concluir este trabajo sin recordar que las raíces de esta contradicción se encuentran en distorsiones económicas e injusticias sociales provocadas por el mismo hombre: desproporcionada distribución de la propiedad (latifundio-minifundio, el ocho por ciento de las propiedades abarca el setenta y cinco por ciento de las tierras cultivadas), colonialismo político (analizando el comercio exterior de catorce países encontramos que un solo producto representa más del cincuenta por ciento del valor. V. International Financial Statistics. International Monetary Fund.), presión del capital extranjero (la economía de América Latina ha sido violentamente arrastrada al servicio de los intereses de los gran-

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

des monopolios internacionales, conservando el feudalismo agrario, monocultor y latifundista y manejando el mercado internacional de los productos latinoamericanos exportados), gobiernos que no son representativos de las mayorías (han sido, por lo general, simples agentes de pequeños grupos de oligarquías dominantes beneficiados por la explotación de las masas desheredadas. Si la simple omnipotencia basta para justificar el derecho ello equivaldría a legitimar un principio de tiranía, similar a aquel formulado por Trasímaco, en el pensamiento de Platón: que es justo lo que le gusta a quien tiene el poder). A la falta de sentido social de amplios sectores de las clases más poderosas se ha sumado la irresponsabilidad de los gobiernos: si bien es cierto que en nuestros países han existido siempre exponentes de virtudes cívicas (147), a su lado abundan los que hacen de la política una profesión lucrativa, que pretenden resolver los problemas sociales sin estudios previos y con improvisación, lo que genera la corrupción administrativa, favorece la explotación internacional e impide, en la práctica, que los valores de la personalidad, formalmente reconocidos, se hagan realidad. Nuestra ordenación de los planos de realidad (en que operan los valores de la personalidad (físico, psíquico, mental y espiritual, por su orden) no es arbitraria: parafraseando una célebre afirmación de Monseñor Sanabria, con relación a los valores de la personalidad, podemos decir que no es posible hablar de libertad de pensamiento, conciencia y religión a quien tiene el estómago vacío.

APENDICE

TEXTO DE LA EXPOSICION DE MOTIVOS DE LA LEY No. 5476 DE 7 NOV. 1973 QUE INTRODUJO EN EL CODIGO CIVIL EL TITULO "DERECHOS DE LA PERSONALIDAD Y NOMBRE DE LAS PERSONAS".

1.— DERECHOS A LA PERSONALIDAD. Nuestras leyes civiles, de perfiles napoleónicos y un tanto obsoletas, no regulan los derechos a la personalidad, como lo hace por ejemplo el Código Civil italiano en sus disposiciones relativas a las personas físicas (artículos 5 a 10).

Aparte del Código Civil italiano, algunos códigos como el etíope de 1960 regulan entre los derechos de la personalidad aquellas libertades como la de creencias, libertad de pensamiento, de inviolabilidad del domicilio, que entre nosotros forman parte del Capítulo de Garantías individuales de nuestra Constitución.

Por ello, en el proyecto incluimos únicamente aquellos que tienen un tinte más privado, es decir, los que sirven para realzar la condición y la dignidad de la persona humana, a la que deben respeto no sólo el Estado sino todos los individuos. Ellos son el derecho al nombre o derecho a la identidad de la persona, el derecho que cada uno tiene sobre su propio cuerpo tanto para ser respetado por los demás como para disponer de él después de la muerte; el derecho a la imagen; a la reserva y al decoro y el derecho al secreto epistolar. Los preceptos correspondientes que proponemos, los hemos tomado indistintamente del Código Civil italiano, del Código Civil etíope, del capítulo que sobre el nombre de las personas redactó el licenciado Julio Derbez Muro para el anteproyecto de Código Civil del Estado de Guanajuato (México) y de las Bases para un anteproyecto de Código Civil uniforme para la República de México, preparado por el licenciado Antonio Aguilar Gutiérrez.

Los derechos de la personalidad constituyen una categoría desconocida de los ordenamientos jurídicos antiguos y son una conquista de la ciencia jurídica del último siglo. Trátase de derechos absolutos en cuanto implican para terceros un deber general de abstención, pero no son derechos reales: no se puede disponer de ellos, ni renunciarse, no prescriben. Se adquieren por el hecho mismo de ser sujeto de derecho y casi todos ellos nacen y se extinguen con la persona. Son derechos subjetivos que asumen como objeto propio algunos atributos esenciales de la persona y los que, al asegurar a un sujeto la exclusión de otros en el uso y apropiación de aquellos atributos, sirven para integrar la tutela de su individualidad.

Con el reconocimiento de estos derechos el ordenamiento jurídico costarricense hará efectivo

(147) No puede dejarse de recordar aquí el célebre poema de José Martí: "Del tirano? di todo, di más y clava con furia de mano esclava sobre su oprobio al tirano".

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

el compromiso internacional que adquirió al ratificar la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos, en el sentido de tutelar al máximo la dignidad de la persona humana.

****