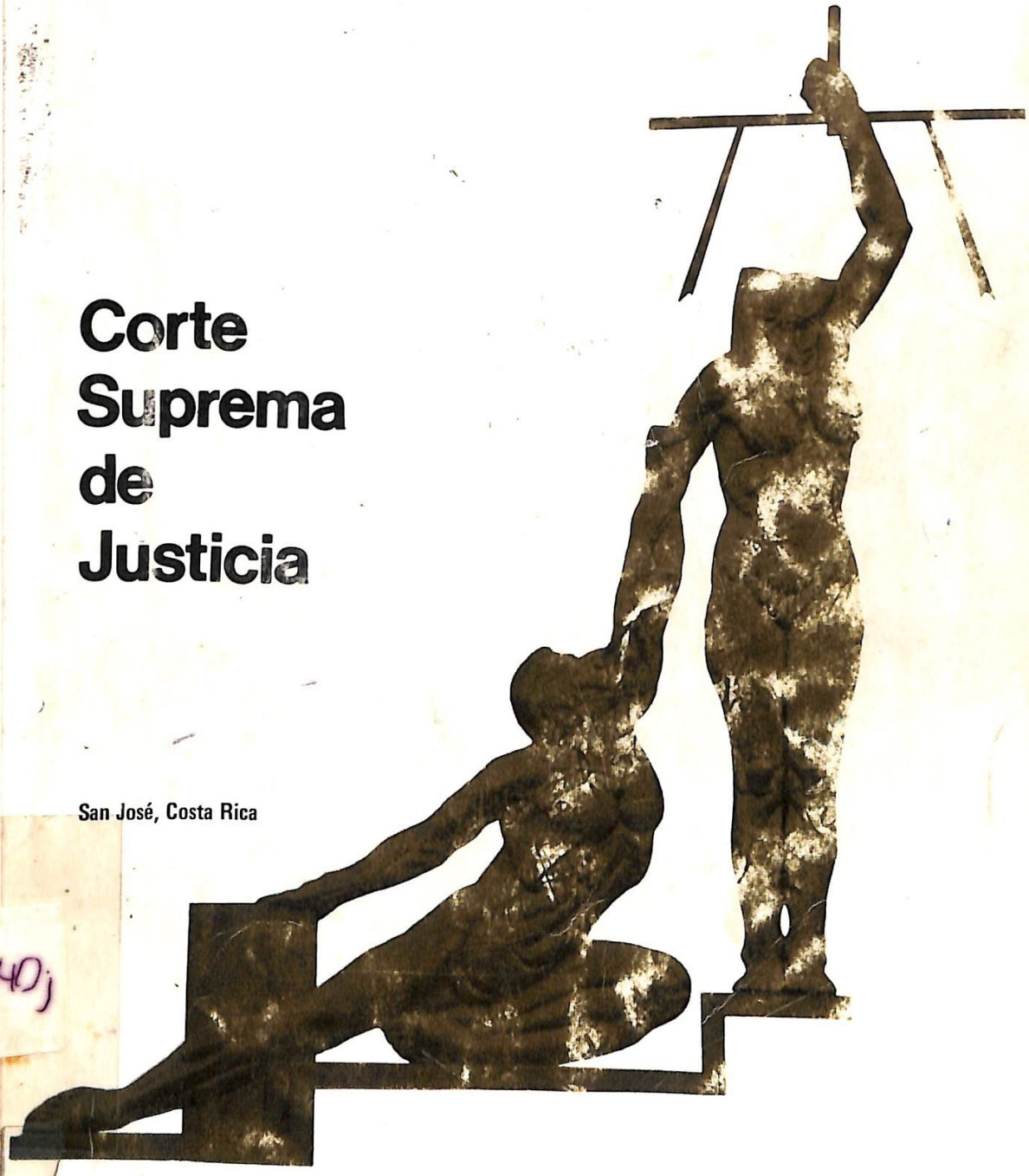
AÑO III

Nº 11

REVISTA JUDICIAL



Corte Suprema de Justicia

San José, Costa Rica

R340j

Marzo, 1979

Presentación. . . . . . .

La acción civil resarcitoria y los ef
Magistrado Edgar Cervantes Vill

Aspectos médico legales de la esce
Dr. Luis Alberto Kvitko.

Algunas ligeras reflexiones en tem
Dr. Gastón Certad M.

La prueba indiciaria. . . . . . .
Dr. Francisco Castillo González.

Nuevas formas de organización de
Lic. Fernando Cruz Castro.

Apuntes sobre los medios de defen
Lic. Diego Baudrit Carrillo.

Las nulidades en el nuevo proceso
Dr. Luis Gmo. Herrera C.

Domicilio y Ausencia. . . . . . .
(Notas sobre los artículos 46 a 61 del C
Dr. Víctor Pérez Vargas.

Reseñas bibliográficas. . . . . . .
Dr. E. P. Haba.

Información Normativa. . . . . . .
Licda. Marcelina Zeledón Castillo

Jurisprudencia. . . . . . .
Digesto.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL
"FERNANDO COTO ALBÁN"

ASPECTOS MEDICO LEGALES DE LA ESCENA DEL CRIMEN *

Dr. Luis Alberto Kvitko.

PRELIMINARES

El motivo del presente trabajo sobre el estudio del lugar del hecho está fundamentado en la circunstancia de que en la gran mayoría de los libros de la especialidad el tema es abordado en forma muy breve o bien ignorado.

Nos encontramos en consecuencia, que el estudiante o el médico general y aún el especialista que intenta consultar sobre estos aspectos en textos de la especialidad, se le dificulta tal tarea.

Si bien podrá esgrimirse que el lugar del hecho se debe estudiar aplicando conocimientos generales de tanatología, lesionología, y otros puntos de la ciencia médico-legal y que, todos estos pueden encontrarse en cualquier publicación especializada, entendemos que es imprescindible contar con un ordenamiento metódico que nos permita aplicar sistemáticamente en cada caso en que se nos consulte y debamos intervenir.

Se trata de un trabajo en el que hemos volcado nuestra experiencia práctica, experiencia avalada por cientos de levantamientos de cadáveres en la escena del crimen. Esta situación nos ha permitido evolucionar y perfeccionar esta práctica y, no dudemos que todavía pretendemos mejorarla más.

Entendemos que toda experiencia es útil cuando, además de ser aplicada por quien la posee, es transmitida a todos aquellos quienes están transitando por el mismo camino. Es ésta nuestra intención al realizar este trabajo. Si lo logramos, será nuestro mayor premio.

INFORME MEDICO-LEGAL DEL LUGAR DEL HECHO

INTRODUCCION

La Medicina Legal, disciplina que constituye el puente entre la Medicina y el Derecho, es la encargada de aplicar todos los conocimientos de Ciencias Médicas para asesorar a la Justicia. En consecuencia, por definición el campo de acción médico-legal es muy amplio y, dentro de éste, surge uno de muy antigua data, válido indudablemente en la actualidad y, que está a cargo de los Médicos Legistas de Policía y, en forma subsidiaria de los Médicos Forenses; nos referimos a la "levee du corps" o "levantamiento del cadáver" en el "lugar del hecho criminal, de los suicidios o accidentes". Otros sinónimos son: "el lugar de la muerte", "escena del crimen", "perinecroscopía", "levantamiento del cuerpo", "reconocimiento del cadáver en el lugar".

Nosotros preferimos denominarlo "EL LUGAR DEL HECHO".

El lugar del hecho cuando es abordado por el médico legista debe ser estudiado en forma objetiva, concreta, metódica, sistemática, desapasionada, desprejuiciada y científicamente, debiéndose considerar los hechos únicamente comprobados y comprobables, que presentan signos de evidencia indudable. No es, como podría pensarse una actitud de investigación abstracta y generalizadora, muy por el contrario, es, repetimos objetiva y específica.

---

* *Trabajo presentado para el Colegio de Médicos y Cirujanos de Costa Rica, el 26 de julio de 1978, por el Dr. LUIS ALBERTO KVITKO —Adscripto a la Cátedra de Medicina Legal y Deontología Médica de la Facultad de Medicina— Universidad de Buenos Aires, Argentina.*

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"es

Decimos objetiva pues debe estar relacionada con el caso en cuestión en sí mismo y no con nuestro modo de pensar o de sentir (subjetividad que debemos dejar de lado).

Decimos concreta: pues debemos reducirnos a tratar de una sola cosa con exclusión de todo otro tema. Vale decir considerar el lugar del hecho como un todo independiente de toda otra consideración ajena. Y, entonces reducir a lo esencial y seguro el problema que abordamos.

Decimos metódica pues debemos actuar con método. Método que siempre debemos aplicar en forma igual, con nuestro modo particular de obrar o proceder, con nuestro hábito o costumbre de plantear el estudio que así nos permitirá observar a fin de llegar a hallar la verdad, en forma real, analítica y sintética.

Decimos sistemática ya que siempre, en todos los casos, por principio actuamos de esta forma, ajustándonos como se suele decir "a un sistema de procedimientos".

Decimos desapasionada: pues debemos actuar sin pasión, en forma absolutamente imparcial.

Decimos desprejuiciadamente: pues debemos actuar sin prejuicios, sin prejuzgar, es decir sin juzgar antes del tiempo oportuno, sin tener cabal conocimiento del hecho con anterioridad, dejando de lado todo lo que signifique obrar con antelación o preferencias.

Y, por último decimos científicamente pues debemos actuar según los preceptos de la ciencia médico-legal. Y, ésto significa actuar con total saber, aplicando y buscando solo aquello que admite principios, consecuencias y hechos rigurosamente demostrados y demostrables. Sólo así se podrá actuar con total seguridad y sin ningún tipo de dudas.

INFORME O PERICIA MEDICO-LEGAL DEL LUGAR DEL HECHO.

Entendemos que el Informe o Pericia Médico-Legal del "lugar del hecho" constituye una verdadera urgencia médico-legal que comprende el estudio minucioso y detallado del lugar físico en que se encuentra el cadáver —al que llamamos "continente"— y, de todos y cada uno de los objetos allí ubicados que, conjuntamente con el propio cadáver, constituyen "el contenido".

El lugar del hecho es, prácticamente el único caso en que le toca actuar al Médico Legista de la Policía —en la generalidad de los casos— frente al hecho recientemente consumado, con toda la riqueza de elementos que éste le brinda y, no como en los demás casos en que debe proceder, ya que para realizar sus informes debe basarse en datos facilitados por terceros (sumario) y, tiempo después —a veces mucho— de ocurrido el posible delito.

Consideramos que el estudio del lugar del Hecho es el relevamiento de todo lo encontrado en la escena en la que se halla el cadáver a fin de saber si la muerte es a causa de homicidio, suicidio, accidente o muerte natural o de causa desconocida o dudosa. Podemos así completar esta primera apreciación —con fundamentos científicos— con el resultado de la posterior y eventual autopsia —en los casos en que se haga necesaria ésta—.

Efectuada la correspondiente denuncia ante la autoridad policial, o enterada ésta por sus propios medios de la existencia de un posible delito, pide la inmediata presencia del Médico Legista de Policía en el lugar del hecho.

Es por ello que la intervención del Médico Legista de Policía adquiere importancia trascendental. Importancia que existe siempre, para el informe o pericia médico-legal efectuado correctamente así como, para el que no se realizó de esta forma, ya que muchas veces el informe médico-legal es la clave fundamental para esclarecer el hecho en cuestión.

Decimos ésto ya que, en oportunidades, por diferentes motivos o causas, no se actúa como es debido en el lugar del hecho desde la óptica médico-legal correcta y, ésto ocurre por diversos factores. Ejemplo de ello, por no llamar al Médico Legista de Policía, por llegar éste después que otros han estado ya y actuando en el lugar, o bien porque el Médico Legista de Policía actúa con ligereza o inapropiadamente.

Debemos tener presente, a nuestro entender, que el Médico Legista de Policía es el primero que debe entrar en la escena del lugar del hecho, antes que ninguna otra persona, aún antes que la autoridad policial o judicial que está a cargo de la investigación y elaboración de la instrucción.

No debemos olvidar que la actuación, acorde con lo hasta aquí mencionado permitirá que se cierre definitivamente un caso, o que se inicie un proceso.

A continuación detallaremos la forma, que, metódica y sistemáticamente aplicamos al estudio del lugar del hecho.

1) INTERROGATORIO DE FAMILIARES DE LA VICTIMA, VECINOS O TESTIGOS DEL HECHO.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

2) ESTUDIO Y DESCRIPCION DEL LUGAR FISICO DONDE SE ENCUENTRA EL CADAVER.
3) ESTUDIO DEL CADAVER
4) ESTUDIO DE LOS OBJETOS DEL LUGAR
5) RELACION DE LOS PASOS ANTERIORES ENTRE SI Y RECONSTRUCCION DEL HECHO.
6) ARRIBO A UNA CONCLUSION DE BASE CIENTIFICA
7) INTERROGATORIO DEL IMPUTADO O IMPUTADOS SI FUERA POSIBLE.

1) INTERROGATORIO DE FAMILIARES DE LA VICTIMA, VECINOS O TESTIGOS DEL HECHO.

Este interrogatorio es, cuando puede realizarse, de gran importancia pese a que es frecuente que se diga que el perito debe ser sordo a toda información o insinuación, ya que ésta se presume en principio es tendenciosa y falsa. Decimos que este paso es importante ya que así obtendremos datos de la víctima en cuanto a sus antecedentes familiares, psiquiátricos, laborales, económicos, sociales, de salud, políticos, pasionales o de cualquier otro tipo que pudieren existir.

Muchas veces el antecedente psiquiátrico o de salud ayuda a aclarar un suicidio. La existencia de una enfermedad incurable una muerte natural, la ausencia de todo tipo de causa y la forma de presentarse el hecho una muerte accidental.

No obstante dejamos establecido y, es importante tenerlo siempre presente que, sin desmedro de todas estas informaciones sobre antecedentes suministradas por terceros, deberán ser tomadas por el Médico Legista de Policía con la mayor cautela y, ser utilizadas conjuntamente con todos los demás datos objetivos que obtendrá en forma directa.

2) ESTUDIO Y DESCRIPCION DEL LUGAR FISICO DONDE SE ENCUENTRA EL CADAVER.

Cuando el Médico Legista de Policía es avisado y debe concurrir al lugar del hecho es importante la ubicación geográfica del mismo, lugar que puede corresponder a una zona urbana o a un descampado (rural). Esto nos permitirá tener un elemento de valor relativo tal vez para un caso determinado, pero, incuestionablemente valedero desde el punto de vista de la estadística criminológica.

Así, en una zona industrial y, dentro de ésta en una fábrica, muy probablemente estaremos en presencia de un accidente. En una zona residencial de un suicidio. En una zona de villas de emergencia es muy factible que de un homicidio se trate. En un lugar de gran movimiento humano —estación ferroviaria central— de una muerte natural. En una zona rural, descampada, de una muerte por un rayo. Es indudable que todo ésto sirva a manera de posibilidad previa que, deberá ser utilizada en conjunto con todo los demás hechos objetivos comprobados. Este paso tiene su valor. Así debemos estudiar, ya en el lugar, las habitaciones de la casa, su entrada, salida, ventanas, puertas, dimensiones de éstas y de los diferentes ambientes, baños, depósitos. El lugar exacto en que se encuentra el cadáver y la relación de este ambiente con el resto de la casa. Si se trata de la vía pública describimos la acera, calzada, árboles, semáforos, carteles, vehículos estacionados, etc., etc., y su distancia al cadáver. Si se trata de una zona rural consignar las distancias en relación a postes telefónicos o telegráficos, torres de alta tensión, tranqueras, alambradas, camino principal o vecinal, lugar habitado más próximo, etc., etc. Resulta muy conveniente y de gran utilidad confeccionar un plano del lugar donde en forma sencilla y clara se ubica todo lo visto y descrito.

Un punto de importancia es dejar establecidas —en el informe— las condiciones del lugar. Así describiremos si hay luz natural, si es necesario actuar con luz artificial y, en ambos casos si las condiciones lumínicas fueron suficientes o no. La mención de las condiciones lumínicas arriba detallada tiene, llegado el caso, su valor, ya que evitará al Médico Legista de Policía ulterioridades enojosas, quedando de esta manera cubierta su responsabilidad si es que no ha podido evidenciar una determinada lesión (orificio de bala, excoriación, etc.).

También es de interés consignar humedad y temperatura del lugar (frío, intenso, mucho calor frente al horno de una panadería, etc.). Vientos, lluvias, tormenta, truenos, etc., etc.

La mención de las condiciones climáticas se hace importante con mira a colaborar en la investigación posterior, fundamentalmente el interrogatorio de sospechosos e imputados y, también para aclarar cualquier duda que se presente en el estado del lugar y del cadáver. También servirá para eventuales estudios que se pueden realizar desde la óptica de la escuela criminológica que fundamenta el accionar delictivo en relación a las variaciones climatológicas.

3) ESTUDIO DEL CADAVER O CADAVERES

Aquí debemos, a su vez cumplir varios pasos:

a) Primero realizar el diagnóstico de muerte real.

Esto es fundamental, a veces el Médico Legista de Policía es llamado al lugar del hecho de catástrofes, muertes de varias personas y, se encuentra

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

con heridos moribundos en gravísimo estado, pero que no son cadáveres.

b) Constatar la posición y actitud del cadáver.

Se debe tomar nota de la estricta posición del cadáver, en relación al lugar físico en que se encuentra (puertas, paredes, muebles, ruedas de un vehículo, tanque de agua, semáforo, etc.).

Si se encuentra en la vía pública conviene consignar hacia qué lugar miran sus pies y cabeza.

Acto seguido se observará la actitud del mismo, fascies, posición de los distintos segmentos corporales (miembros superiores, inferiores, manos y pies). Aquí cabe destacar que la actitud del cuerpo o de uno de sus segmentos puede obedecer a la existencia de un signo de trascendencia, cual es el ESPASMO CADAVERICO. Así nos podemos encontrar con una típica posición de su mano en un caso de suicidio, de una rígida firmeza de los miembros inferiores cuando la víctima fue atacada y, antes de morir se afirmó tratando de defenderse o de soportar la agresión.

La existencia del espasmo cadavérico por sí sola muchas veces sirve para aclarar definitivamente un caso.

En este caso es menester examinar detenidamente las manos y las uñas de la víctima. Ver si debajo de sus uñas o alguna de ellas hay restos de sangre, pelos, ropas, etc.

c) Estudio y descripción de las ropas.

Se observará la presencia o ausencia de ropas. Se describirá con lujo de detalles todas y cada una de las prendas que viste el cadáver. Sus características, calidad, estado de las mismas (arregladas, desarregladas, limpias, sucias, rotas, etc.). Si viste completamente o parcialmente (en paños menores, con o sin calzoncillo o bombacha, con o sin corpiño, con o sin zapatos, etc.).

Si el cuerpo se hallare desvestido verificaremos si en el lugar se encuentran las prendas de vestir y su estado.

En caso de estar rotas las ropas se anotará exactamente el lugar de roturas y/o desgarros y, también se buscará la presencia de manchas de cualquier tipo (biológicas o no) y éstas de hallarse se enviarán para su estudio.

Es importante la revisión de los bolsillos de las prendas (sacos, pantalones, chalecos) ya que, en estos es posible hallar restos de manchas diversas.

d) Desvestir al cadáver.

Se procede a desvestir al cadáver en todos los casos sin excepción y, continuamos el estudio de la siguiente forma:

1) Descripción de las señas particulares del cadáver (tipo y color del cabello, color de la piel, de los ojos, estado de las piezas dentales, cicatrices recientes o de antigua data, tatuajes y sus características, malformaciones, amputaciones, pigmentaciones, prótesis y, cualquier otra característica que hubiere).
2) Diagnóstico de edad aparente de la víctima.

Los puntos 1) y 2) son de trascendencia cuando se trata de cadáveres de identidad desconocida ya que servirán para colaborar en su identificación.

3) Estudio y descripción de los signos de violencias externas de reciente data.

Este punto se cumple realizando un meticuloso examen de todas y cada una de las regiones topográficas, sin descuidar ninguna de ellas. Comenzamos por cabeza y continuamos en sentido descendente.

Aún cuando se trate de un cadáver con un orificio de entrada de bala en cabeza y su correspondiente salida debemos estudiar la totalidad del cuerpo, sin descuidar genitales y región anal. En algunas oportunidades por un ligero examen se pasan por alto lesiones genitales y paragenitales correspondientes a violación que coexisten con otras, que sí se han evidenciado. Otras veces el descuido hace que no se observen orificios de balas en techo de la boca o en las axilas, o en algún orificio natural (conductos auditivos externos, fosas nasales). No es infrecuente en casos de fallecimiento por pasaje de corriente eléctrica no encontrar su puerta de entrada a nivel de planta del pie.

4) Estudio y descripción detallada de cada una de las lesiones de reciente data observadas. Esto comprende:
   a) Descripción de la región topográfica en que se encuentran.
   b) Dentro de dicha región la exacta ubicación de la lesión tratando de determinar, si se puede, tres puntos de referencia, contrariamente dos.
   c) Tipo de lesión observada, incisa, punzante, contuso-desgarrante, mordedura, atrición, scalp, equimosis, apergaminamiento, decapitación traumática, quemadura, estallido, etc., etc.
   d) Características propias de la lesión, sus dimensiones, longitud, diámetro, separación entre bordes, elementos que se observan a su través y el estado en que se encuentran, —indemnes, seccionados, desgarrados, etc—. Consignar si hay salida de elementos al exterior y su estado.
   e) Es importante destacar si la lesión tiene carácter de ser vital o ser post-mortem. Esto es fundamental, ya por sus características macroscópicas se puede diferenciar esto. La infiltración de los bordes y

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

zona adyacente nos permite junto con la fibrina determinar este punto. En ciertos casos se pudo comprobar que presuntos suicidios por lanzamiento al vacío eran en realidad cadáveres que se habían arrojado para enmascarar un homicidio, otro tanto en accidentes ferroviarios, en los que la víctima, ya cadáver es arrojado bajo un convoy ferroviario.

f) Relación de la lesión o lesiones existentes con las ropas que vestía el individuo. Así se comprobará si hay concordancia o bien como en un caso en que la víctima fue ultimada y, luego vestida. En este caso el alerta lo dio el hecho de que el cadáver tuviera mal puestos los zapatos, el izquierdo en pie derecho y viceversa.

g) Por último establecer el mecanismo de producción de la lesión o lesiones, para poder después considerar si alguno de los objetos del lugar pudo ser le que se utilizó para su provocación.

e) Estudio y descripción de los distintos signos cadavéricos existentes:

1) Signos de deshidratación. En ojos, labios, vulva, glande, escroto. Esto tiene su importancia en los casos de cadáveres de recién nacidos o fetos, ya que la deshidratación incide notablemente en estos cadáveres.

2) Temperatura cadavérica. Aquí muchos colegas preconizan lo importante que es el uso del necrotermómetro. Lamentablemente en la práctica estas determinaciones no se pueden realizar pues para que tengan valor debe hacerse por lo menos dos tomas de temperaturas entre 10 y 25 grados y, nuestra experiencia nos muestra que muy pocas veces se trata de lugares con estos valores y, muchas veces la temperatura del lugar no es uniforme, o se trata de cuerpos que están en una cama cubiertos por sábanas y frazadas. Por todo esto tomamos la temperatura al tacto y la describimos como caliente, tibia, fría o muy fría. Conviene consignar la temperatura del lugar.

3) Rigidez cadavérica. Observamos si está establecida o no. Si es completa o total o si es parcial. Si existe, si es reductible o no es reductible. Si es reductible si lo es fácil o dificultosamente. Para esto hacemos lo que denominamos "gimnasia cadavérica" flexionando sus miembros superiores e inferiores. Tener presente no confundir rigidez cadavérica con espasmo cadavérico. Esto último, a veces es posible aclararlo cuando hay disparidad evidente entre la aparente rigidez de diferentes segmentos corporales frente a la contradictoria relajación de otros. En una oportunidad había relajación del miembro superior izquierdo y rigidez aparente del contralateral —superior derecho— en posición de flexión delante del tórax, conjuntamente con rigidez irreductible —en extensión— de ambos miembros inferiores. Como no podía aceptarse esta posibilidad se concluyó en que se trataba de espasmo cadavérico que había fijado la actitud vital de la víctima atacada por detrás y que para resistirse fijó ambos miembros inferiores y con el superior derecho quiso defenderse.

4) Livideces cadavéricas. Debemos observar si están presentes o no. Si son incipientes y localizadas o bien están generalizadas. Su distribución, sus dimensiones y coloración (importante en los casos de intoxicaciones). Seguidamente se realiza la vitropresión de las livideces a fin de observar si desaparecen o no. Ello nos permite concluir si están fijadas o no. Recordar que nos podemos encontrar frente a casos de trasposición de las livideces. Así se sabrá si el cadáver ha sido movido. Ante esta situación es interesante consultar si alguno de los presentes en el lugar movió con anterioridad el cuerpo.

5) Signos de putrefacción cadavérica. Si los hay cuáles son:
   a) Mancha verde putrefactiva, su ubicación, si está localizada o generalizada.
   b) Ampollas o flictenas, ubicación, tamaño y contenido.
   c) Salida de líquidos y/o gases de putrefacción por orificios naturales o provocados.
   d) Presencia de alguno de los procesos conservadores cadavéricos adipocira, momificación.
   e) Existencia de flora y/o fauna cadavérica. En estos casos se deberá tomar muestras de éstas en un frasco que se cerrará y

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

lacrará. Enviar luego para su estudio y dejar la constancia de ésto en el informe.

f) Presencia del proceso de reducción parcial o total del cuerpo.

g) Completados todos los pasos anteriores se deberá realizar lo más delicado y trascendente, el cronotanatodiagnóstico o tiempo de transcurrida la muerte. Siempre debemos determinar en nuestro informe con exactitud día y hora del reconocimiento del cadáver.

4) ESTUDIO DE LOS OBJETOS DEL LUGAR

Denominamos objetos en sentido genérico y con criterio médico-legal con la finalidad de englobar bajo esta denominación todo tipo de elementos, que puedan encontrarse en el lugar del hecho. Por ello bajo esta denominación consideramos conjuntamente lo biológico y lo no biológico. Desde un vehículo hasta una colilla de cigarrillo, una mesa o un cenicero. Desde una minúscula mancha que aparenta ser de sangre hasta un abundante vómito o cantidad de materias fecales.

Clasificamos los objetos de dos formas:

1) Objetos inmediatos al cadáver.
2) Objetos mediatos al cadáver.

A su vez los objetos pueden corresponder a los siguientes tipos:

a) Armas (revólver, pistola, escopeta, cuchillo, sable, martillo, etc.).

b) Impactos de bala, balas, cápsulas servidas.

c) Medicamentos de todo tipo, en especial psicofármacos o venenos.

d) Manchas, de sangre, esperma, orina, vómitos, materias fecales, etc. Se describirán sus características —cantidad, forma, lugar en que se encuentran y se cubrirán convenientemente a fin de que sean "levantadas" por los correspondientes técnicos.

e) Pisadas. Se procede como con las manchas.

f) Huellas. Se procede como con las manchas y pisadas.

g) Cartas, mensajes, escrituras en paredes, pisos, muebles, etc. Estas pueden haber sido dejadas por la víctima o por los agresores.

h) Libros, diarios, publicaciones de todo tipo. Estos objetos permiten, a veces encarrilar la investigación hacia un homicidio o suicidio cuyo móvil pudo haber sido pasional, erótico, político, religioso, etc.

i) Animales. Ejemplo de esto mordeduras provocadas post mortem por peces en el caso de un cadáver hallado en una laguna.

j) Objetos de cualquier otro tipo imaginables. Así estudiaremos mesas, sillas, vidrios, planchas, máquinas de escribir, ceniceros, artefactos eléctricos, vehículos, etc., etc.

k) Otros.

El estudio de los objetos del lugar comprende:

1) Presencia o ausencia de arma o armas.
2) Estudio y descripción de los objetos inmediatos al cadáver.
3) Estudio y descripción de los objetos mediatos al cadáver.
4) Relación de todos los objetos entre sí.
5) Relación de los objetos con el cadáver.

Tener presente que para cumplir con este paso debemos, en principio, considerar todos los objetos presentes como de importancia médico-legal, aún el más inverosímil. Debemos constatar si hay orden o desorden en el lugar, así sabremos si hubo lucha o resistencia de la víctima. Tener en cuenta que el desorden en principio significa lucha. A veces el Médico Legista de Policía se encuentra con el cadáver de una persona anciana o bien de otra que padecía de alteraciones psíquicas, que vivía en soledad o que compartían la vivienda con familiares o vecinos pero apartados de estos. La experiencia nos enseña que en estos casos, generalmente el lugar del hecho, presenta sus objetos con una característica especial, que nos orienta. Es ésta lugar húmedo, sin luz o con muy poca, puertas y ventanas cerradas y, los objetos del lugar dispuestos de una forma que denominamos "orden desordenado".

Así encontramos todo tipo de objetos acumulados, utensilios de toda clase, diarios, revistas y libros viejos, ropas antiguas, latas, medicamentos y toda suerte de cosas imaginables. Por todo esto debemos estar prevenidos y no describir en nuestro informe estas situaciones como "lugar del hecho en desorden" por las implicancias arriba descriptas, pues el incurrir en este error encarrilará erróneamente la investigación.

Estudiadas la exacta ubicación de los "objetos", sus características y estado trataremos luego de objetivar si alguno de ellos tiene relación con la muerte en investigación. Si así fuere es menester relacionar las lesiones evidenciadas en el cadáver y su mecanismo de producción con el objeto u objetos del lugar.

5) RELACION DE LOS PASOS ANTERIORES ENTRE SI Y RECONSTRUCCION DEL HECHO.

Debemos relacionar todos y cada uno de los pasos anteriores, características y condiciones del lugar, orden o desorden, actitud y posición del cadáver, ubicación de los objetos, lesiones que pre-

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

senta el cuerpo y sus características y, con todo ello tratar de hacer una reconstrucción de lo que allí ha sucedido para poder así arribar a una conclusión de base científica.

6) ARRIBO A UNA CONCLUSION DE BASE CIENTIFICA.

Esta conclusión comprende varios puntos:

a) Diagnóstico de muerte real.
b) Existencia o ausencia de signos de violencias externas de reciente data.
c) Causa y mecanismo de la muerte y de la producción de las violencias existentes.
d) Cronotanatodiagnóstico.
e) Si se trata de muerte natural, suicidio, homicidio, accidente o muerte de causa dudosa.

Decimos conclusión de base científica por haber seguido un estudio cuyo fundamento es tal, con método, con criterio médico-legal, con apreciación única y absolutamente objetiva, despojándonos de toda seguridad personal que no tenga soportes válidos, habiendo dedicado todo el tiempo requerido para realizar el estudio en el lugar del hecho y, lo más importante, sin haber descuidado ningún detalle, por más insignificante que aparentare ser.

Debemos tener presente que un correcto y, en consecuencia completo estudio del lugar del hecho permitirá muchas veces arribar a la total aclaración del caso con posibilidades de individualizar posteriormente al auto o autores y, lo que es más importante poder encuadrar el hecho para evitar el error de imputar a inocentes.

Lacassagne dijo "Une leves de corps bian faite constitue les trois quarts de l'autopsie" "el reconocimiento bien hecho de un cadáver constituye las tres cuartas partes de la autopsia".

7) EXAMEN DEL PRESUNTO CRIMINAL O DE SOSPECHOSOS.

Este último paso ha de realizarse en contadas oportunidades conjuntamente con el estudio del lugar del hecho. Es muy importante cuando se puede hacer conjuntamente pues en el momento el perito médico legista podrá comprobar si hay simulación, falsas declaraciones o cualquier otra circunstancia que esgrima el reconocido.

COMO CONCLUSIONES PROPONEMOS LO QUE HEMOS DADO EN LLAMAR DECALOGO DEL MEDICO LEGISTA DE POLICIA EN EL LUGAR DEL HECHO.

PRIMERO: El lugar del hecho es para el Médico Legista de Policía una verdadera urgencia médico-legal.

SEGUNDO: El Médico Legista de Policía debe actuar siempre en forma metódica y sistemática.

TERCERO: El Médico Legista de Policía siempre procederá con absoluta libertad, completa presteza y justicia conforme a la legislación procesal en vigencia.

CUARTO: El Médico Legista de Policía deberá observar las siguientes premisas: absoluta objetividad y veracidad, total y completa ecuanimidad, gran moderación, completa precisión y prescindencia de vanidad personal.

QUINTO: La actuación del Médico Legista de Policía deberá ser anterior a la intervención de los restantes miembros del equipo investigador del hecho. Es conveniente que sea él quien indique la toma de fotografías policiales y sugiera todo tipo de estudios posteriores a realizarse por los diferentes peritos.

SEXTO: El Médico Legista de Policía deberá ver, oír, tocar, oler y mover antes que nadie.

SEPTIMO: Mediante estudio prudente y calmo debera el Médico Legista de Policía evaluar meticulosamente las condiciones del lugar, continente y contenido, cadáver y objetos.

OCTAVO: El Médico Legista de Policía tiene como primordial objetivo tratar de arribar a un aserto de bases científicas y, de ninguna manera a una presunción.

NOVENO: Dicha conclusión científica tiene por finalidad colaborar con la instrucción a fin de tratar de llegar a esclarecer el hecho a fin de que no se cometa ningún tipo de errores.

DECIMO: El Médico Legista de Policía debe tener siempre presente que una vez levantado el cadáver en el lugar del hecho éste no podrá rehacerse jamás.

****

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL
"FERNANDO COTO ALBÁN"

ALGUNAS LIGERAS REFLEXIONES EN TEMA DE ORGANO DELIBERATIVO DE SOCIEDADES ANONIMAS

Prof. Dr. Gastón Certad M.

C O N T E N I D O :

I. A) La asamblea de accionistas en la sociedad anónima. 24
B) La convocatoria; su importancia. 24
C) Derecho comparado y doctrina: 25
1. Italia. 25
2. Francia. 25
3. Alemania. 25
4. España. 26
5. Inglaterra. 26
6. Estados Unidos de América. 26
CH) Derecho positivo costarricense; referencias al Derecho Comercial hondureño. 26
D) Jurisprudencia nacional. 27

II. El artículo 174 del Código de Comercio. Su imperatividad. 27

III. Régimen de invalidez de acuerdos de asamblea de accionistas en la sociedad anónima. 28
A. Derecho comparado. Doctrina. 29
1. Italia 29
2. Francia 30
3. Alemania 30
4. España 31
5. Inglaterra 32
6. Estados Unidos de América 32
B. Derecho positivo costarricense. Referencias al Código de Comercio hondureño. 32
C. Jurisprudencia nacional. 33

Bibliografía 34

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

A) Las funciones deliberativas, en la vida de las sociedades mercantiles y, en general, en la de las asociaciones en sentido amplio (artículo 25, Constitución Política), han sido atribuidas por el legislador, en atención a su importancia, a la competencia de la colectividad de los socios (o de los miembros de la asociación latu sensu). Esta colectividad, sea que constituya o no una asamblea, tiene una función trascendental en todas las clases de sociedades y funciona en sentido unitario, por disposición legislativa, para alcanzar los fines sociales. Esto significa que, frente a la pluralidad de personas que intervienen en la sociedad o en la asociación "latu sensu", es necesario predisponer una serie de medios idóneos tendientes a obtener una voluntad y acción unitarias.

A la colectividad de los socios le está (generalmente, pero no en todos los ordenamientos) reservada la deliberación de algunos actos que decisivamente influyen sobre la organización social (como, por ejemplo, las modificaciones al pacto constitutivo, los nombramientos y la revocación de los mismos de los administradores y del fiscal, la aprobación del balance y la distribución de las utilidades entre los socios, etc.).

La asamblea general es una particular forma de organización de la colectividad, que presupone la reunión, la discusión y la aprobación o improbación contextual de asuntos, abierta a la participación de todos los socios: ella no es más que uno de los posibles procedimientos destinados a formar la deliberación social, en base a la expresión del voto de todos aquellos socios que tengan el derecho de asistir, procedimiento que resulta impuesto por la ley en las sociedades de capitales, en donde la asamblea resulta ser el órgano más importante.

En los manuales de Derecho Mercantil se define normalmente la asamblea como el órgano soberano de las sociedades de capitales.

Sin embargo, el carácter preponderante de la colectividad de los socios en la organización de la sociedad pierde gran parte de su significado en la práctica: el decaimiento de la asamblea, y su pérdida de poder, son fenómenos siempre más evidentes en las grandes sociedades anónimas con acciones distribuidas entre el público, entre la masa de los ahorrantes. La mayoría en la asamblea no corresponde ya a una mayoría en el capital social (ello atribuido al desinterés y ausentismo de los accionistas): la tutela de la minoría se ha convertido así en la tutela de la mayoría.

La separación que existe dentro del fenómeno societario entre propiedad y control de la riqueza, que se resume en una división entre poder y riesgo, ya anunciada incipientemente por la aguda mente de Karl Marx produce como consecuencia un fortalecimiento del grupo que controla la sociedad (y, en definitiva, de los administradores), en perjuicio directo de la colectividad de los socios.

Este fenómeno, aunque escaso en nuestro país pero harto difundido en los países desarrollados capitalistas, es totalmente ignorado por nuestra disciplina positiva, la cual presupone, ingenua y románticamente, por una parte, que las decisiones de la asamblea nacen de un casual encuentro de los socios (en lugar de expresar una acción preconcebida por el o los grupos de control) y, por la otra, una normal coincidencia entre mayoría de votos en la asamblea y mayoría en la participación patrimonial.

En resumen, en el Derecho Societario contemporáneo, el problema esencial de la disciplina jurídica de la asamblea en las más grandes sociedades anónimas, es el de volver a introducir a la colectividad de los socios en la vida de la sociedad, de modo que estos puedan ejercer, en la asamblea, aquellos derechos que la ley les atribuye. Es este el reto que debe afrontar el legislador de este último cuarto de siglo.

B) Como toda reunión plurisubjetiva, la asamblea debe ir precedida de una convocatoria porque, como bien dice Garriguez, *"en armonía con el carácter democrático de la Junta General, la L.S.A. se preocupa de facilitar el acceso a ella de los socios mediante la oportuna convocatoria"* (1). *"El procedimiento de formación de la voluntad de la asamblea constituye la expresión más cumplida del principio de colegialidad. La deliberación es un acto unilateral plurisubjetivo que proviene de un* procedimiento de carácter complejo y formal que arranca de la convocatoria de los socios, *por parte de los administradores, 'en la sede de la sociedad si el acto constitutivo no dispone diversamente' (artículo 2363) mediante aviso que se publicará en la Gaceta Oficial,* conteniendo la indicación de la hora y del día de la reunión, *además del elenco de las materias a tratar (artículo 2366)"* (2) (el subrayado es mío. Se aclara que los artículos citados corresponden al Código Civil italiano de 1942) y concluye con la votación de los asuntos sometidos a la consideración de los accionistas presentes.

Tanto la letra de la ley como las citas doctrinales anteriores, nos permiten concluir que la convocatoria a asamblea general, de cualquier tipo

---

(1) GARRIGUEZ, Joaquín, *"Curso de Derecho Mercantil"*, I, Editorial Porrúa S.A., México, 1977, pág. 498.

(2) COTTINO, Gastone, *"La Società per Azioni"*, Unione Tipografico-Editrice Torinese, Torino, 1972, págs. 110 y 111.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

que sea, forma parte de todo un procedimiento complejo de carácter formal encaminado a la formación de la voluntad social.

Exalta el carácter fundamental de la convocatoria en cuanto a la validez (para algunos hasta la existencia misma) de la asamblea, en nuestro Código, el artículo 152, párrafo 1, al decir:

> *"Las asambleas de accionistas* legalmente convocadas *son el órgano supremo de la sociedad y expresan la voluntad colectiva en las materias de su competencia" (El subrayado es nuestro).*

C) 1. En Italia, la convocatoria de la asamblea corresponde, generalmente, a los administradores; excepcionalmente al colegio sindical (en caso de omisión por parte de los administradores —artículos 2367, párrafo 2 y 2406 del Código Civil italiano de 1942—; cuando todos los administradores hubieren cesado en el ejercicio de sus funciones —artículo 2386, párrafo 4—; cuando algunos socios hayan denunciado hechos censurables al Colegio Sindical —artículo 2408, párrafo 2—); al presidente del tribunal, en caso de omisión de los administradores y de los síndicos (artículo 2367, párrafo 2); y al tribunal, como órgano colegiado, en los casos en que éste detecte graves irregularidades de los administradores o de los síndicos (artículo 2409, párrafo 3).

La iniciativa de la convocatoria es también, generalmente, de los administradores, por apreciación discrecional, salvo en los casos previstos por los artículos, 2363, párrafo 2, 2386, párrafo 2, 2401, párrafo 2, 2406, párrafo 1, 2247 y 2449, párrafo 2, respecto a los cuales sobre ellos pesa la obligación de convocar.

Además de los administradores, la iniciativa de la convocatoria le es reconocida a los accionistas minoritarios, siempre que alcancen un quinto del capital social (artículo 2367).

La convocatoria a la asamblea debe hacerse mediante aviso que se publicará en La Gaceta Oficial, al menos quince días antes del día fijado para la reunión, pudiendo el acto constitutivo establecer ulteriores medios de publicidad. El aviso debe contener la indicación del día, la hora y el lugar de la reunión y el elenco de las materias a tratar, el llamado orden del día, materias que se deben indicar sintética pero específicamente, para que los socios estén efectivamente enterados de los argumentos a discutir y votar (artículos 2363 y 2366). *"Sólo sobre tales materias, o sobre aquellas que constituyen su lógica consecuencia o sean accesorias, la asamblea es competente para deliberar.* El aviso de convocatoria no puede ser evadido, ni siquiera en el caso en que el acto constitutivo fije preventivamente fecha, hora y lugar de reunión de la asamblea ordinaria" (3). (El subrayado es nuestro).

La convocatoria puede ser omitida únicamente en el caso de la llamada asamblea totalitaria, sea aquella en que está representado todo el capital social y estén presentes, además, los administradores y los síndicos (artículo 2366, párrafo 3).

2. En el derecho francés, la asamblea es el órgano soberano de la sociedad; ella no puede, sin embargo, entremeterse en las funciones del consejo de administración, relativas a la gestión de la compañía.

Normalmente el derecho de convocatoria corresponde al consejo de administración o al directorio y, en su defecto, al consejo de vigilancia. A pedido de cualquier interesado, en caso de urgencia, o a pedido de uno o varios accionistas que reúnan un décimo del capital social, el tribunal ante el cual se presente la demanda puede designar un mandatario encargado de convocar la asamblea.

Las formas y plazos de la convocatoria son fijados libremente por los socios en la escritura social, a reserva imperativa de los artículos 123 a 126 del decreto del 26 de marzo de 1967.

El aviso de convocatoria debe contener, por lo menos, la denominación social, la forma de la sociedad, el monto del capital social, la dirección de la sede social, el número de matrícula de la sociedad en el Registro de Comercio, día, hora y lugar de la asamblea, así como el orden del día. Con ese contenido mínimo, el aviso debe ser publicado en un periódico de avisos legales del departamento de la sede social, y si la sociedad hizo requerimiento público al ahorro, debe ser asimismo insertado en el B.A.L.O. Además, los accionistas titulares de acciones nominativas deben ser convocados por carta ordinaria o, si lo hubieren solicitado "ex professo", por carta certificada.

El edicto debe publicarse, en primera convocatoria, por lo menos quince días antes de la fecha señalada para la reunión.

3. En Alemania, la asamblea es convocada por el "Vorstand" (artículo 105, AktGG), por los socios que representen al menos el 5 por ciento del capital social (si han sido autorizados por el tribunal cuando, habiéndoselo solicitado previamente al "Vorstand" y al "Aufsichtsrat", estos no hubieran hecho la convocatoria —artículo 106—) y por los liquidadores (artículo 209). Es obligatoria la comunicación del aviso de convocatoria, junto con el orden del día: cada socio que deposite ante la so-

---

(3) MIGNOLI, Ariberto-NOBILI, Raffaele, "*Assemblea di Società*", en Enciclopedia del Diritto, III, Giuffrè Editore, Milano, 1958, pág. 388.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

ciedad una acción, puede solicitar que se le comunique directamente por carta certificada el aviso de convocatoria y el orden del día y, además, puede pedir que se le envíe el texto completo de los acuerdos alcanzados (artículo 109).

La convocatoria de la asamblea general debe realizarse al menos dos semanas antes de la reunión, excluyendo del plazo el día de la convocatoria y el de la reunión; la finalidad de la asamblea debe ser comunicada contemporáneamente, y el orden del día al menos una semana antes (o dos semanas también si por ley o por acto constitutivo no es suficiente, para aprobar los asuntos, la simple mayoría de votos. —Artículos 107 y 108—).

4. En España, la convocatoria ha de realizarse por los administradores de la sociedad (artículo 49, L.S.A.) los cuales son, por consiguiente, quienes deben acordar su celebración y el orden del día.

Según el artículo 53 *"la junta general ordinaria deberá ser convocada mediante anuncio publicado en el Boletín Oficial del Estado y en uno de los diarios de mayor circulación de la provincia, por lo menos quince días antes de la fecha fijada para su celebración".* Sin embargo, Joaquín Garriguez nos dice que, *"si los estatutos imponen otros requisitos a la convocatoria, será preciso cumplir tanto lo preceptuado en el artículo 53 como en los propios estatutos para* que la convocatoria sea válida" (4). (El subrayado es nuestro).

El mismo artículo 53 citado establece que el anuncio convocando a la junta debe expresar los siguientes datos: a. la fecha de la reunión en primera convocatoria; y b. todos los asuntos que han de tratarse.

En cuanto a la fecha, Garriguez sostiene que es lo primero que necesita conocer el accionista, aparte de que su fijación será decisiva también para computar el plazo de quince días que debe correr entre la convocatoria y la reunión (5).

5. En Inglaterra, en las "Public Comhnies" (el tipo que más se acerca a nuestras sociedades anónimas) se prevén "annual general meetings" y "extraordinary general meetings".

El "annual general meeting" (artículo 131 del Companies Act de 1948) debe verificarse anualmente, con un intervalo que no supere los quince meses respecto al "meeting" inmediato anterior. La convocatoria corresponde a los administradores, o al "Board of Trade", a petición de un socio, cuando los administradores hubieren omitido la convocatoria.

Toda otra reunión de los socios es un "extraordinary general meeting", convocado por los administradores, discrecionalmente, o bien a petición de los socios que gocen del derecho al voto y que representen un décimo del capital pagado, o por los socios mismos, a costa de la sociedad (artículo 132), cuando los administradores no le den curso a su petición.

El aviso de convocatoria (notice of meeting) es enviado directamente a los socios (si el acto constitutivo no dispone otra cosa) en un término que varía según el tipo de reunión o de deliberación a tomar; en el orden del día de la asamblea general anual no debe indicarse específicamente las deliberaciones de su competencia; a instancia (y a costa) de un grupo de socios (artículo 140) que intentan proponer asuntos a la asamblea, la sociedad debe comunicar esos asuntos a cada uno de los destinatarios del aviso de convocatoria (socios y empleados sociales) acompañando la notificación con eventuales declaraciones explicativas, de no más de mil palabras, redactadas por los propios solicitantes.

6. Las funciones de la asamblea en los derechos de los Estados que componen los Estados Unidos de América (cada uno de los cuales tiene su propia ley sobre sociedades), no es muy relevante. No obstante el carácter limitado de la asamblea en cuanto a las materias de su competencia, la participación de los socios en la vida de la sociedad mediante la intervención y voto en la asamblea, es considerada siempre fundamental por todos los Estados.

Las formalidades sobre la celebración de la asamblea han sido predispuestas a tutela de los socios y, por lo tanto, es válida la deliberación tomada sin reunión, pero con el consentimiento de todos los accionistas.

El aviso de convocatoria no es necesario si el tiempo y el lugar de la reunión han sido fijados por la ley, por el acto constitutivo, por los estatutos o bien por el uso.

Casi todas las leyes sobre sociedades exigen que se celebre una asamblea al año para nombrar a los administradores, y atribuyen a los socios poderes para efectuar la convocatoria en caso de negligencia de los administradores.

CH) Nuestro Código, que sigue en esta materia los lineamientos del Código de Comercio de Honduras de 1950, aún vigente, como ya dijimos líneas atrás, considera la convocatoria como un presupuesto "ad-substantiam" para la validez de la asamblea y de los acuerdos que en ella se tomen (artículo 152, párrafo 1 y artículo 165, párrafo 1, este último del Código de Comercio de Honduras).

La forma de la convocatoria y el funcionario y

(4) Op. cit., pág. 500.
(5) Op. cit., pág. 500.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

órgano encargado de hacerla se deja a la libre determinación de los socios en la escritura social, y a falta de ésta, la convocatoria debe hacerse por aviso publicado en La Gaceta (artículo 158). Por lo general, corresponde convocar la asamblea al Presidente de la junta directiva.

En Honduras, la asamblea se convoca por aviso dirigido a los accionistas y deberá contener la denominación de la sociedad, fecha, hora y lugar de la reunión y el orden del día y, en su caso, los requisitos que deberán cumplirse para tener derecho a participar en ella (artículo 173). Las convocatorias deben hacerlas los administradores o los comisarios (artículo 174).

La iniciativa para la convocatoria la concede también nuestra ley al socio o socios que representen por lo menos el 25 por ciento del capital social, quienes lo solicitarán por escrito a los administradores en cualquier tiempo (artículo 159 y artículo 175, párrafo 1 del Código de Comercio hondureño).

El propietario de una acción podrá pedir a los administradores que convoquen a asamblea cuando se den los supuestos del artículo 160 (artículo 176, Código de Honduras).

La iniciativa de la convocatoria corresponde al Juez competente del domicilio social cuando los administradores no hubieren atendido la petición del socio o socios que se encontraren en los supuestos de los artículos 159 y 160. (Artículo 161 y artículo 175 del Código de Comercio de Honduras, último párrafo y 176, último párrafo, ibídem).

El orden del día deberá figurar junto a la convocatoria y contendrá la relación de los asuntos que serán sometidos a la discusión y aprobación de la asamblea (artículo 163 y artículo 178 del Código de Comercio hondureño).

La convocatoria será con la anticipación que fije el pacto constitutivo en su defecto quince días antes de la fecha señalada para la reunión, no computándose dentro de este plazo, ni el día de la convocatoria, ni el de la reunión (artículo 164 y artículo 179, Código de Comercio de Honduras).

D) Pobre es la elaboración jurisprudencial de nuestros Tribunales sobre esta materia después de la promulgación del actual Código de Comercio. Sin embargo, he logrado encontrar una sentencia en donde queda patente la importancia que reviste la convocatoria dentro del derecho societario costarricense:

> *"Si un socio aparecía en el Registro como dueño de acciones nominativas a la fecha de su muerte, debe considerársele así a la hora de distribuir sus bienes relictos, sin que sea óbice para ello la asamblea posterior que realizaran los demás socios,* **ya que la misma está viciada de nulidad y no tiene valor alguno, por haberse prescindido por el trámite de convocatoria sin estar la totalidad de los socios,** *toda vez que el causante ya había fallecido"* (6). (El subrayado es nuestro).

Creemos haber demostrado cómo todas las legislaciones estudiadas en forma bastante suscinta, consideran vital la convocatoria, elevándola a presupuesto "sine qua non" respecto a la legalidad de la asamblea y a la validez de los acuerdos que en ella se tomen. Sólo tal vez en los ordenamientos jurídicos basados en el sistema consuetudinario, la importancia de la convocatoria viene a menos.

II

EL ARTICULO 174 DEL CODIGO DE COMERCIO. SU IMPERATIVIDAD.

El artículo 174 del Código de Comercio (que encuentra su fuente inspiradora en el número 191, párrafo 1 del Código de Comercio hondureño de 1950), establece la obligación, no sólo de levantar actas de las reuniones de asambleas de accionistas, de cualquier clase que ellas sean, sino, además, la de asentarlas en el libro de actas de la compañía. Esta norma debe relacionarse con los artículos 253, 254, 259 y 264 ejusdem.

La función del acta es obvia: ella documenta, no sólo las deliberaciones, sino el desarrollo mismo de la asamblea. Es, en síntesis, una radiografía del procedimiento seguido en la asamblea. En el acta debe asentarse, ante todo, la regularidad de la constitución; los actos que se verifiquen, punto por punto, en torno a las materias contenidas en el orden del día; también pueden ser resumidas, a petición del socio que interviene, sus declaraciones; y, por último, los demás extremos que señala el artículo 259. El acta debe introducirse en el libro de actas que obligatoriamente debe llevar toda sociedad de capitales, legalizado por la Oficina de Legalización de Libros de la Tributación Directa (artículo 252). De dicho libro el Notario protocolizará las piezas correspondientes, a fin de proceder a su inscripción en el Registro Público,

(6) Sentencia de la Sala Primera Civil, No. 303 de las 8:05 hrs. del 23 de julio de 1976, Ord. de L.P.F.A. y otra vs. A.F.S. y otro, en Revista Judicial No. 7, San José, marzo 1978, pág. 201, No. 2611.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

Sección Mercantil, si fuere del caso (artículo 19).

De la lectura del artículo 174 surge claramente que se trata de una norma imperativa: "se asentarán", o, lo que es lo mismo, SE DEBERAN ASENTAR, lo que significa que si no se consignan las actas en el libro respectivo, o si se consignan en otro que no lo es, hay violación flagrante a una norma imperativa, con las consecuencias que, en la teoría general del Derecho, se derivan de tal violación. El carácter imperativo de esta disposición, en el sentido de que el acta debe consignarse en el libro apropiado y no en otro, se acentúa más si lo comparamos con su fuente inmediata, el artículo 191, párrafo 1, del Código Mercantil hondureño: expresamente nuestro legislador omitió, al trascribir dichos principios a nuestra codificación, los párrafos 2, 3 y 4 del citado artículo del Cuerpo de Leyes de Honduras, párrafos que a la letra disponen:

> *"Cuando por cualquier circunstancia no pudiere asentarse el acta de una asamblea en el libro respectivo, se protocolizará ante Notario.*
> *Las actas de las asambleas extraordinarias serán protocolizadas ante Notario e inscritas en el Registro Público de Comercio.*
> *Del cumplimiento de estas obligaciones responden solidariamente el presidente de la asamblea, la administración y los comisarios sociales".*

Esos párrafos, premeditada y conscientemente omitidos por nuestro legislador al redactar el artículo 174 de comentario, dan a entender que, para el legislador hondureño, la consignación del acta en el libro respectivo no tiene un carácter substancial a los efectos de determinar la validez del acta misma, toda vez que la operación puede ser sustituida con una protocolización directa ante Notario Público. No trascribiendo dichos párrafos, nuestro legislador lo que pretendió fue darle carácter "ad substantiam" a la inclusión del acta en el libro propio y legítimo de la sociedad, elevando el acto a la categoría de presupuesto esencial para la validez de la deliberación misma.

Sobre la importancia de las actas en la asamblea, y consecuentemente, sobre el libro que debe contenerlas, imperioso resulta trascribir las siguientes palabras de nuestro Tribunal de Casación:

> *"Las actas de las asambleas generales de las sociedades anónimas son documentos en cierto modo auténticos, ya que lo que ellas constatan, tiene obligatoriedad para todos los socios, tanto presentes en la reunión como los ausentes y aun para los disidentes, naturalmente con el derecho de objetarlas y pedir su nulidad, pero únicamente en los casos excepcionales previstos por la ley* (7).

III

REGIMEN DE INVALIDEZ DE ACUERDOS DE ASAMBLEA DE ACCIONISTAS EN LA SOCIEDAD ANONIMA

A) Derecho Comparado. Doctrina. 1. Italia. 2. Francia. 3. Alemania. 4. España. 5. Inglaterra. 6. Estados Unidos de América. B) Derecho Positivo Costarricense. Referencias al Código de Comercio Hondureño. C) Jurisprudencia Nacional.

Garriguez afirma que *"es éste uno de los problemas más arduos del Derecho de sociedades anónimas. Ni aun las legislaciones que contienen normas especiales sobre este tema han conseguido resolverlo satisfactoriamente. Es fácil decir cuándo es válido un acuerdo de la junta general, pero es difícil saber cuándo es nulo y, sobre todo, cuáles son las consecuencias de esa nulidad. El acuerdo puede ser absolutamente nulo o simplemente anulable, siendo grande la trascendencia de esta distinción"* (8).

Los acuerdos de asamblea de accionistas pueden ser: a) válidos, si fueron tomados de conformidad a la ley y al acto constitutivo; en este supuesto, obligan a todos los socios, aun si ausentes o disidentes; y b) inválidos, cuando no hayan sido tomados de conformidad al Código de Comercio, o a la escritura social; o fueren incompatibles con la naturaleza de la sociedad anónima; o violaren disposiciones dictadas para la protección de los acreedores de la compañía o en atención al interés público; o no hubiere tenido la sociedad capacidad legal para adoptarlos.

Podríamos decir, sin temor a equivocarnos, que, por regla general, estamos en esta materia ante un caso de nulidad cuando el acuerdo viole una norma legal de carácter imperativo; y ante un caso de anulabilidad cuando lo violado fuere un

---

(7) Sentencia No. 112 de las 15:00 hrs. del 9 de noviembre de 1965. Ord. Suc. R.R. vs. N.E. e Hijos Ltda., en Colección de sentencia de Casación, II Sem., II Tomo, 1965, pág. 602.

(8) Op. cit., pág. 509.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

precepto o cláusula del pacto constitutivo que no sea reproducción fiel de una norma legal imperativa (9).

"Los vicios que invalidan la deliberación versan, para la mayoría de los autores, sobre el procedimiento de formación de la deliberación; para algunos autores también sobre el contenido, como en el caso de una deliberación que violare los derechos individuales de los accionistas. Según otra posición doctrinal, no todos los vicios del procedimiento se traducen en causas de anulabilidad, siendo necesario distinguir según se trate de falta de los presupuestos o elementos constitutivos de la deliberación (nulidad), o de simple vicio o defecto de los mismos (anulabilidad). Dentro de este orden de ideas, **se considera anulable la deliberación producto de una convocatoria irregular y nula la alcanzada por una asamblea no convocada, o convocada con un aviso del todo inatendible; nula la deliberación de la asamblea no convocada en la que esté ausente un socio, anulable aquella en que no se presenten los síndicos;** *nula la deliberación tomada sin la contextual reunión de los socios, anulable la tomada por un número de socios insuficiente para constituir el quórum. Muy controvertido es el punto de si la deliberación tomada sin la mayoría suficiente de votos produce anulabilidad o nulidad o, según otros, inexistencia"* (10).

Y es que esta materia, como bien expone Garriguez (11) es de lo más espinoso y delicado que tiene el derecho societario, máxime si pensamos que, en un futuro no muy lejano, en Costa Rica deberemos —tal y como lo adelantamos en la ponencia presentada ante la comisión "Reforma de la Sociedad Anónima" del III Congreso Jurídico Nacional (Colegio de Abogados, 8 de setiembre de 1975), trabajo aprobado en comisión y en plenario— afrontar serios problemas que hoy preocupan a realidades económicas superiores a la nuestra: *"todos somos conscientes de la crisis actual del accionista, del divorcio verificado entre poder y propiedad y entre poder y riesgo en la sociedad anónima. Esa crisis se refleja puntualmente en el funcionamiento de la asamblea, dominada por los grupos de control, que no son necesariamente grupos de mayoría. El accionista individual está más que nunca ausente o impotente, confinado a desempeñar el papel de simple espectador frente al enmarañado juego de las participaciones cruzadas, recíprocas y de control, y a las luchas de poder entre grupos a los que es totalmente extraño. . . En este sentido la asamblea se ha convertido en un simulacro de sí misma, en el teatro vacío de batallas que en realidad se combaten entre bastidores. La asamblea cuenta, en el sentido que ella debe sancionar los actos de los administradores y amortiguar y canalizar el eventual descontento de los accionistas, pero sus decisiones son generalmente descontadas 'a priori' ".*

5. *"Que para frenar este proceso avasallante se debe contar al menos con un suficiente régimen de impugnación y nulidad de acuerdos de asamblea, cuando estos han sido tomados en violación a la ley o al pacto constitutivo"* (12).

Abunda también en estos conceptos el connotado profesor de la Universidad de Turín Gastone Cottino: *"En un cuadro caracterizado por el voto por mandato, por las delegaciones a instituciones bancarias y financieras, por los sindicatos de acciones, por la presencia de sólidos paquetes de control, por la intervención de los inversionistas institucionalizados, los 'managers' se mueven como a bien tienen, casi como nuevos vestales de la potencia y de la riqueza de la sociedad por acciones"* (13).

Todas estas citas y consideraciones nos demuestran cuán importante es contar con un buen articulado en materia de invalidez e ineficacia de acuerdos de asamblea de accionistas en la sociedad anónima, o más bien, en las sociedades de capitales.

A) 1. En Italia, el amplio debate doctrinal y jurisprudencial que se ha suscitado en torno a la invalidez de los acuerdos de asamblea, ha identificado cuatro categorías: anulabilidad por violación a la ley o al acto constitutivo (artículo 2377, Código Civil italiano de 1942); nulidad, por ilicitud o imposibilidad del objeto (artículo 2369); inexistencia, por falta de los elementos fisionómicos esenciales para configurar una deliberación cole-

---

(9) En este sentido, ver GARRIGUEZ, Joaquín, op. cit., pág. 511.

(10) En este sentido, ver MIGNOLI, Ariberto-NOBILI, Raffaele, op. cit., pág. 394.

(11) Ver infra nota 8.

(12) CERTAD, M., Gastón, *"Nulidad e Impugnación de Acuerdos de Asamblea"*, ponencia, en Revista de Ciencias Jurídicas número 28, San José, enero-abril 1976, pág. 262. En cuanto a la división entre poder y propiedad y poder y riesgo en la sociedad anónima, ver BARCELLONA, Pietro, *"Istanze Individualistiche ed Esigenze Sociali nella Configurazione del Diritto di Proprietà"*, en "Gli Istituti Fondamentali del Diritto Privato", Jovene Editore, Napoli, 1971, pág. 141.

(13) Op. cit., pág. 109.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

gial; e ineficacia, por violación a derechos de terceros o a derechos indisponibles de los socios (14).

Cualquier violación a la ley, aun tratándose de una norma imperativa, determina la anulabilidad de la deliberación; la nulidad surge, según otras tendencias doctrinales, como sanción a los vicios de procedimiento de formación de la voluntad de la asamblea, unida a los dos casos previstos en el citado artículo 2369. Desde este punto de vista, es nula toda deliberación resultante de la violación de una norma procesal imperativa. En esta última hipótesis, autores como Fré, Ferrara Jr. y Candian, hablan más bien de inexistencia. Inexistente es, según Graziani y Ferrara Jr., la deliberación, tomada en una reunión informal de los socios sin que en ella estén presentes los extremos necesarios para la constitución de la asamblea llamada totalitaria; según Candian, la deliberación adoptada sin el quórum constitutivo o sin el quórum deliberativo; o, para Graziani, la adoptada sin una previa convocatoria o con el voto determinante de extraños o de socios no legitimados.

Según la reciente formulación doctrinal de Buttaro, la deliberación es existente sólo si se presenta como resultado de un procedimiento que se ha formado a través de la convocatoria, la reunión, la votación y la proclamación.

Para Cottino, "sin convocatoria no hay asamblea; surge entonces un problema de inexistencia de la deliberación" (15). (El subrayado es mío).

La deliberación se considera inexistente en los más recientes pronunciamientos de la Corte de Casación italiana, cuando no se hubiere formado una voluntad social o hubiere faltado un indispensable anillo en la cadena de su formación, como en el caso en que no se hubiere alcanzado la mayoría necesaria o esta hubiere sido insubsistente por haber concurrido a su formación sujetos no legitimados al voto.

El Tribunal de Turín, en sentencia del 22 de marzo de 1944, estableció que en caso de inobservancia de las formalidades previstas para la convocatoria, la deliberación es inválida (16).

2. En Francia, los vicios (de formación o de contenido) de las deliberaciones de la asamblea no siempre corresponden a los examinados en el Derecho italiano. Por ejemplo, no siempre la irregularidad en la composición del cargo de presidente o en el ejercicio ilegítimo del derecho de voto, vician la deliberación. El criterio directivo de la jurisprudencia francesa, parece ser el de que la inobservancia de las normas sobre el procedimiento formativo es causa de invalidez de la deliberación, sólo si el vicio de forma es tal que influya sobre la deliberación misma.

La sanción contra las deliberaciones inválidas es la nulidad, pronunciada, según los casos, a petición de uno o varios socios y de los terceros interesados, dentro de un término de prescripción que es generalmente de 5 años. La deliberación puede ser convalidada (salvo en caso de objeto ilícito) mediante la sustitución con otra tomada conforme a la ley o al pacto constitutivo.

"El artículo 173 de la Ley del 24 de julio de 1966, enuncia una determinada cantidad de causas de nulidad de las deliberaciones de la asamblea, a las cuales debe añadirse la que se desprende del principio general del artículo 360, párrafo 2, que declara nulos los actos o deliberaciones realizadas en violación de alguna disposición imperativa de la ley de 1966. Así por ejemplo, puede ser anulada una deliberación por violación de las disposiciones relativas al quórum y a la mayoría, a la confección del orden del día o de la planilla de asistencia, así como por abusos de derecho, exceso o desviación de poder, que perjudiquen los derechos individuales de los accionistas o las atribuciones legales conferidas a un órgano de la sociedad" (17).

"La violación de las disposiciones imperativas, relativas a la convocatoria, está penalmente sancionada, mientras que cualquier asamblea regularmente convocada, puede ser anulada *(ley de 24 de julio de 1966, artículos 441 y siguientes; artículo 159). No obstante, la acción de nulidad no es admisible si todos los accionistas estaban presentes o representados (artículo 159)"* (18). (El subrayado es mío).

La nulidad es de orden público, de manera que cualquier interesado puede iniciar la acción. Mas a diferencia de la acción de nulidad de la sociedad, la acción de nulidad de las deliberaciones de la asamblea se extingue por la reparación regular del vicio que dio lugar a aquella (artículos 362 y 363).

3. En Alemania, las deliberaciones de la asamblea general no aprobadas en votación separada o en asamblea especial por las categorías afectadas en los casos en que la relación entre las cate-

---

(14) Así, GALGANO, Francesco, *"Le Società per Azioni. Le Altre Società di Capitali. Le Cooperative"*, Zanichelli, Bologna, 1974, pág. 117.

(15) Op. cit., pág. 111.

(16) Así en MIGNOLI, Ariberto-NOBILI, Raffaele, op. cit., pág. 389, nota 12.

(17) GUYENOT, Jean, *"Curso de Derecho Comercial"*, I, E.J.E.A., Buenos Aires, 1975, pág. 626.

(18) GUYENOT, Jean, op. cit., pág. 624.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA
II CIRCUITO
JUDICIAL
SAN JOSE
DIRECCION EJECUTIVA

gorías de acciones debe ser modificada en perjuicio de alguna de ellas (artículo 146, párrafo 2 AktGG); en aumentos de capital (artículos 149, párrafo 2, 160, párrafo 1, y 169 párrafo 2); en emisión de obligaciones convertibles (artículo 174, párrafo 1); en disminuciones de capital (artículos 175, párrafo 2 y 182, párrafo 2); y cuando la asamblea general limite o excluya el privilegio de las acciones o decida la emisión de acciones privilegiadas de rango anterior o equivalente al de las acciones privilegiadas sin derecho a voto ya existentes; son por ley ineficaces.

Por su parte, las deliberaciones de la asamblea pueden además ser nulas o anulables.

Según el artículo 195, las deliberaciones son nulas sólo en los casos siguientes:

a. **cuando la asamblea no haya sido convocada en la forma indicada en los párrafos 1 y 2 del artículo 105** (salvo que todos los socios estuvieren presentes o representados conforme a la ley);
b. cuando de la deliberación no haya sido levantada el acta siguiendo los principios enunciados por el artículo 111, párrafos 1, 2 y 4;
c. cuando la deliberación sea incompatible con la esencia de la sociedad anónima, o su contenido contraste con normas dictadas exclusivamente o prevalecientemente para tutelar a los acreedores sociales o en el interés público;
ch. cuando el contenido de la deliberación sea contrario a las buenas costumbres;
d. cuando la deliberación haya sido declarada nula y cancelada según el artículo 144, párrafo 2, de la ley sobre la jurisdicción voluntaria, con sentencia firme;
e. cuando el balance del ejercicio anual sea aprobado por el "Aufsichtsrat", sin el control preventivo de los "prüfer";
f. cuando la deliberación sea contraria a otra de aumento condicionado del capital social (artículo 135, párrafo 1); y
g. cuando la deliberación de disminución del capital se encuentre en las hipótesis previstas en los artículos 181, párrafo 2, 188, párrafo 3 y 189, párrafo 2.

La nulidad del extremo b) anterior se subsana con la inscripción en el Registro Mercantil; las de los extremos a), c) y ch) con la inscripción y con el transcurso de 3 años.

Son anulables las deliberaciones contrarias a la ley y al pacto constitutivo (artículo 197, párrafo 1), por violaciones respecto a las cuales no haya sido evidentemente establecida una sanción distinta. Son además anulables: la deliberación en que el accionista haya buscado intencionalmente, con el ejercicio del derecho al voto, conseguir para sí o para un tercero, ventajas particulares extrañas a la sociedad y en perjuicio de la misma sociedad y de los socios y siempre que la deliberación resulte idónea para lograr tal fin (artículo 197, párrafo 2) y aquella en tema de aprobación del ejercicio anual, prevista en el artículo 197, párrafo 3.

La anulabilidad puede ser solicitada por los socios presentes disidentes; por los ausentes, cuando les haya sido ilegítimamente negada la intervención, o **cuando la asamblea no haya sido legalmente convocada** o el orden del día no haya sido notificado según la ley; por todo socio (artículo 197, párrafo 2); por el "Vorstand"; por un miembro del "Vorstand" o del "Aufsichtsrat", cuando la ejecución de la deliberación les acarreé responsabilidad personal (artículo 198, párrafo 1) y por un número de socios que alcance el 20 por ciento del capital social, en los casos señalados en el artículo 198, párrafo 2.

4. Siguiendo el ejemplo de otras leyes extranjeras, la L.S.A. española sale en defensa de las minorías ofreciéndoles un sistema de impugnación de acuerdos mayoritarios, colmando así una laguna muy sentida en el Código de Comercio y extendiendo sus normas al ámbito procesal para dar eficacia práctica a las acciones judiciales de impugnación que, antes de su promulgación, debían seguir los trámites del juicio declarativo ordinario, —tal y como desgraciadamente sucede hoy en nuestro país—, juicio que, al cabo de muchos y largos años, ponía fin al proceso con una sentencia cuyo valor práctico era, la gran mayoría de las veces, igual a nada.

El párrafo 1 del artículo 67 de la L.S.A. establece que podrán ser impugnados, según las normas y dentro de los plazos establecidos en el artículo siguiente, los acuerdos sociales que sean contrarios a la ley, a los estatutos o que lesionen, en beneficio de uno o varios accionistas, los intereses de la sociedad. Parte la ley de la distinción entre acuerdos sociales nulos (contrarios a la ley) y anulables (los demás), distinción que resulta nítida de una comparación entre el artículo 67 y el 68. Los primeros pueden ser atacados por el procedimiento de impugnación regulado en el artículo 70 o en la vía declarativa ordinaria; los segundos, sólo lo pueden ser por el trámite sumario de impugnación del artículo 70. Sin embargo, la consecuencia más importante de la distinción estriba en que, mientras los acuerdos anulables quedan sanados si no se impugnan en el breve plazo de caducidad establecido por la ley, los nulos no pueden subsanarse por el trascurso del tiempo, ni pueden ser ratificados ni convalidados por otro acuerdo posterior.

"A modo de ejemplo —nos dice Garriguez—

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

podemos citar como acuerdos nulos los siguientes:

> **1. Los que impliquen violación a una norma legal sobre convocatoria,** *constitución y celebración de la junta. Así, serán radicalmente nulas las deliberaciones que sólo tengan la apariencia de una junta general, que por esta razón deben ser consideradas inexistentes* **(asamblea reunida sin convocatoria, a menos que tenga el carácter de junta universal, según el artículo 55; o convocada por quien no tiene facultades para ello, o en forma distinta de la prevista en la ley** *–artículos 49, 53 y 54–; o por un grupo faccioso de accionistas;* **o fuera de la localidad donde la sociedad tenga su domicilio** *–artículo 63–; o constituida indebidamente sin el quórum exigido por la ley –artículo 51–; o en la que no se haya formado la lista de asistentes –artículo 64–; etc.). . .* " (19). (El subrayado es mío).

Sendos fallos del Tribunal Superior Civil español recalcan la importancia de la convocatoria regular en relación a la validez de la deliberación:

> *"La única manera de desvirtuar la alegación de haberse infringido lo dispuesto en el artículo 53 L.S.A., por falta de publicación del anuncio de la junta en uno de los diarios de mayor circulación de la provincia, no puede consistir sino en probar que esa publicidad ha sido cumplimentada"* (20).
>
> *"Una Junta general no se ha celebrado válidamente, siendo nulos, por tanto, los acuerdos adoptados en ella, cuando no se comunicó la convocatoria individualmente a los accionistas, incumpliéndose así lo dispuesto al respecto en los estatutos sociales"* (21).

5. En Inglaterra, contra las deliberaciones viciadas de la asamblea no existen verdaderas y propias acciones de impugnación, pero pueden lograrse resultados análogos con las llamadas "derivative actions" y "personal actions". Con la "derivative action" el socio actúa contra terceros (comprendiendo entre ellos a los administradores y a los socios que administran la sociedad) para hacer valer derechos de la sociedad cuando ésta no los ejerza; estas acciones están dirigidas a eliminar un "fraud on the minority".

Las "personal actions" se le conceden al socio contra la sociedad para tutelar un derecho suyo que resultó violado, como en el caso en que se pretenda obtener un pronunciamiento que prohíba a la sociedad actuar "ultra vires", o violar los derechos de las distintas categorías de acciones, o privar al accionista de su derecho al voto, o de otros derechos, o ejecutar deliberaciones especiales o extraordinarias inválidas, o se pretenda modificar la estructura interna de la sociedad en circunstancias que constituyan un "fraud on the minority"; etc.

6. En los Estados Unidos de América, la mayoría de las leyes estatales sobre la S.A., en lugar de un derecho a impugnar las deliberaciones de la asamblea, le confieren al socio un "direct right of action" y un "derivative right of action", a semejanza (y con base en presupuestos análogos) de cuanto sucede en la Gran Bretaña.

Estas acciones (que se confieren también para reprimir o impedir actos ilícitos de los administradores) pueden ejercitarse para evitar el cumplimiento de actos tendientes a la ejecución de deliberaciones inválidas o para obtener el resarcimiento de los daños y perjuicios que se hubieren originado de la ejecución de las mismas.

B) En el Código de Comercio de Costa Rica, se consideran nulos, esto es, viciados de nulidad absoluta, aquellos acuerdos de la asamblea en los que la sociedad no tuviere capacidad legal para adoptarlos; o que se tomare con infracción a lo dispuesto en el Capítulo Tercero, Título Primero del Libro Primero del Código, o que fueren incompatibles con la naturaleza de la sociedad anónima o violaren disposiciones dictadas para la protección de los acreedores de la sociedad o en atención al interés público (artículo 176).

Esta norma está claramente inspirada en el artículo 193 del. Código de Comercio de Honduras: sus incisos a) y c) corresponden fielmente a los numerales I y V de la citada norma hondureña. En cuanto al inciso b) de nuestro artículo, con él se pretendió fusionar, en uno solo, los incisos II, III y IV del repetido artículo de Honduras, cuyo texto pasamos a trascribir:

> *"II.– Cuando se tomaren con infracción de lo dispuesto en los artículos 177, 178 y 179, salvo que al momento de la votación estuviere representada la totalidad de las acciones y ningún accionista se opusiere a la adopción del acuerdo.*
> *III.– Cuando falte la reunión de los socios.*
> *IV.– Cuando tengan un objeto ilícito, imposible o fuere contrario a las buenas costumbres".*

Pero el aludido intento de fusión operado por nuestro legislador, de cuyas buenas intenciones no

---

(19) Op. cit., pág. 511.

(20) Sentencia del 20 de enero de 1971, cit. por GARRIGUEZ, Joaquín, op. cit., pág. 199.

(21) Sentencia del 24 de febrero de 1975, cit. por GARRIGUEZ, Joaquín, op. cit., pág. 500.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

dudamos, no dio en la práctica, ni mucho menos en teoría, el mismo resultado de la norma hondureña, como quedará claro más adelante.

La acción de nulidad a que da derecho el artículo 176 se rige por las disposiciones del derecho común, sea por los artículos 837 y 843 a 847 del Código Civil (que regulan la nulidad absoluta) y prescribe en un año, contado a partir del día en que se tomó el acuerdo o de su inscripción en el Registro Mercantil, si fuere necesaria (artículo 177 y artículo 194 del Código Mercantil hondureño).

En resumen, las causales enumeradas en el artículo 176 de nuestro Cuerpo de Leyes mercantil son de nulidad absoluta, pudiendo alegarse por todo el que tenga interés en ellas, y declararse aun de oficio; no pueden subsanarse por la confirmación o ratificación de la misma sociedad y prescriben en un año (combinado de los artículos 176 y 177 del Código de Comercio y 837 del Código Civil).

Por su parte, el artículo 178 reconoce como causas de nulidad, aquellas no comprendidas en el artículo 176. Frente a semejante disposición, dos conclusiones se imponen: a. que se trata de causas de nulidad absoluta porque, al hablar el legislador de nulidad a secas, y no de anulabilidad, ha querido sancionar el vicio o defecto con la forma más severa de invalidez que, para el ordenamiento jurídico costarricense es, precisamente la nulidad absoluta (artículo 835, Código Civil) y porque la nulidad absoluta es la regla general y la relativa, la excepción; y b. que las causas de nulidad no comprendidas en el artículo 176 son, únicamente, la violación de cláusulas de la escritura social, siempre que no sean reproducción de una norma legal del Capítulo III, Título I del Libro I del Código, de carácter imperativo (22).

La norma que ahora comentamos es copia fiel del artículo 195 del Código de Comercio de Honduras (salvo en cuanto al último párrafo, que nuestro legislador expresamente omitió). Pues bien, ahora resulta claro el error que cometió nuestro legislador al fusionar, o mejor aún, al creer que había fusionado, en un solo inciso —el b), del artículo 176— los incisos II, III y IV del número 193 del Código hondureño, porque, en la forma en que está estructurado el articulado de ese hermano país centroamericano, la acción de nulidad de su artículo 195 (178 en el nuestro) cobija, comprende, no sólo las violaciones al pacto constitutivo (de cláusulas que no sean la reproducción o repetición de una disposición legal), sino también aquellas violaciones al Código de Comercio mismo, que no sean los artículos 177, 178 y 179, siempre que no se dé la circunstancia que el mismo inciso II prevé.

Las casi inoperantes causas de nulidad señaladas por nuestro artículo 178, para resultar procedentes, deben ser solicitadas, exclusivamente, por uno o varios socios ausentes o disidentes (y en esto la nulidad absoluta que contiene este artículo es especial en la medida que deroga la norma general que permite a cualquier interesado demandar la nulidad y al Juez de oficio declararla —artículo 837—), quienes deberán indicar en la demanda, la cláusula de la escritura social o precepto legal infringido y en qué consiste la violación. La acción caduca un mes después de la fecha de clausura de la asamblea.

Inexplicablemente, nuestro legislador omitió trascribir los artículos 196 a 200 del Código de Comercio de Honduras que, dicho sea de paso, hacen muchísima falta.

Todos estos motivos nos llevaron a escribir oportunamente *"que el régimen de invalidez de acuerdos que nuestro Código de Comercio establece es del todo inoperante y tortuoso, debiendo en todo caso recurrirse al engorroso, y poco efectivo para el caso, juicio ordinario"* (23).

Esto no significa, ni por pienso siquiera, un entusiasta apoyo de nuestra parte al sistema de invalidez de acuerdos de asamblea de accionistas del Código de Comercio de Honduras, este también harto criticable: se trata tan sólo de una severa crítica que persigue recalcar, una vez más, el hecho de que, la legislación mercantil hondureña, también en esta materia nos supera.

C) La labor jurisprudencial de nuestros tribunales, salvo que existan algunas sentencias que pudimos haber omitido en nuestra investigación y que, por ende, ignoramos, no es fecunda en esta materia a partir de la promulgación del Código de Comercio vigente. Amén del fallo ya citado líneas atrás (ver infra, I, D), hemos encontrado una sentencia de suyo interesante de la Sala Segunda Civil, que se produce en los siguientes términos:

> *"No es procedente la solicitud del actor pretendiendo que se anule la convocatoria a la asamblea de accionistas de la sociedad demandada, la asamblea realizada y todos los acuerdos en ella tomados, ya que todos estos actos fueron ratificados por los accionistas reunidos en calidad de asambleístas, siendo la Asamblea General la máxima autoridad"* (24).

---

(22) En este sentido, ver GARRIGUEZ, Joaquín, op. cit., pág. 511.

(23) CERTAD, M., Gastón, op. cit., pág. 262.

(24) Sentencia No. 10 de las 14:30 hrs. del 12 de enero de 1977. Ord. R.U.J. vs. C.T.C.S.A.; en Revista Judicial No. 9, setiembre 1978, pág. 196, No. 870.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

Realmente no entendemos cuál sea el fundamento legal de semejante principio sentado por la Sala Segunda de lo Civil.

A pesar de que para nuestro Código de Comercio la sociedad mercantil es un contrato, creemos difícil por las peculiaridades del mismo, aplicarle la normativa general del Código Civil en materia de invalidez. Ello no obstante, al no contener nuestra recopilación mercantil un tratamiento especial para la invalidez social, nos obliga a recurrir, con fundamento en el artículo 2, a dicha normativa general. Y desprendiéndose del artículo 176 que las causas de invalidez allí previstas son de nulidad absoluta (porque el legislador los califica de nulos y no de anulables y porque la nulidad absoluta en la regla general y la relativa la excepción, lo que en caso de duda nos obliga a acoger la primera), ellos se rigen por el artículo 837 del Código Civil, según el cual esta forma de invalidez puede ser declarada de oficio por el Juez; puede ser pedida por cualquier sujeto interesado y no puede ser subsanada por la confirmación o ratificación de las partes (25).

Ahora bien, si como hemos dicho líneas atrás (26), la deliberación es un acto unilateral plurisubjetivo y, como es patente, la nulidad absoluta no puede ser subsanada por la confirmación o la ratificación de las partes (doctrina del artículo 837 del Código Civil), en mala hora puede admitirse el principio sentado por la Sala en el fallo de comentario, pues no otra cosa sería, precisamente, que subsanar el vicio de nulidad absoluta por una confirmación o ratificación del acto nulo, la deliberación, por la única parte que en él intervino, la sociedad. Esto, que constituye una derogatoria a la disciplina general de la invalidez, no puede hacerse por vía jurisprudencial sino, exclusivamente, por disposición de ley. No pretendemos hacer creer que nos disgusta la conclusión de nuestros Magistrados: ella es principio que rige y señorea en casi la totalidad de códigos mercantiles y leyes societarias del mundo occidental; tan sólo queremos llamar la atención sobre el hecho de que, en nuestro humilde criterio, a dicha solución no puede llegarse en nuestro país por las razones ahora apuntadas.

BIBLIOGRAFIA

BARCELLONA, Pietro. *"Gli Istituti Fondamentali del Diritto Privato"*, Jovene Editore, Napoli, 1971.

CERTAD M., Gastón. *"Nulidad e Impugnación de Acuerdos de Asamblea"*, ponencia, en Revista de Ciencias Jurídicas número 28, San José, enero-abril 1976, pág. 260.

COTTINO, Gastone. *"La Società per Azioni"*, Unione Tipografico-Editrice Torinese, Torino, 1972.

GALGANO, Francesco. *"Le Società per Azioni. Le Altre Società di Capitali. Le Cooperative"*, Zanichelli, Bologna, 1974.

GARRIGUEZ, Joaquín. *"Curso de Derecho Mercantil"* Editorial Porrúa S.A., México, 1977.

GUYENOT, Jean. *"Curso de Derecho Comercial"*, I, E.J.E.A., Buenos Aires, 1975.

MIGNOLI, Ariberto-NOBILI, Raffaele. *"Assemblea di Società"*, en Enciclopedia del Diritto, III, Giuffrè Editore, Milano, 1958, pág. 380.

(25) No se aplica a la especie la prescripción decenal que prevé el artículo 837 del Código Civil, al haber sido reducido el periodo por norma especial a un año (artículo 177, Código de Comercio).

(26) Ver infra, I, B).

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL
"FERNANDO COTO ALBÁN"

LA PRUEBA INDICIARIA

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

I. GENERALIDADES

1.— La prueba indiciaria es un medio probatorio que permite al juez, a través de una argumentación y apoyándose en su experiencia, llegar, por deducción, de un hecho conocido (circunstancia indiciante) a un hecho desconocido, de importancia directa para el tema probatorio.

Esta prueba, no regulada en el actual Código Procesal Penal expresamente (1), adquirió enorme importancia a partir del siglo XIX, cuando se extendió al proceso penal los resultados y los métodos de las ciencias naturales (2). La necesidad de recurrir a la prueba indiciaria existe en cualquier sistema jurídico penal porque la mayoría de los delitos escapan a la prueba directa. Ya escribieron los prácticos: "delicta non probantur per instrumenta" (3). El elemento subjetivo del delito, y especialmente el dolo, solamente puede ser probado mediante datos externos que permitan establecer los hechos, situaciones y actitudes ocurridos en la psiquis del agente en el momento de la acción punible. La confesión del imputado es la excepción; cuando ella existe es un simple indicio, que el juez debe valorar críticamente, en el conjunto de las otras resultancias probatorias.

2.— Como lo han demostrado investigaciones empíricas sobre la sentencia errónea, gran parte de los errores judiciales ocurren en procesos indiciarios. Esto es fácilmente explicable: primero, porque la circunstancia indiciante, premisa menor del silogismo probatorio indiciario, debe ser probada por cualquiera de los medios probatorios legalmente establecidos; la prueba indiciaria soporta, por tanto, cierta cantidad de error y falsedad, proveniente de los otros medios probatorios (4), segundo, porque la prueba pericial requiere de la experiencia judicial que puede ser, en la práctica, insuficiente. En la formación de la máxima de experiencia entra la personalidad total del juez (5), con sus defectos y sus virtudes, sus simpatías y sus antipatías, su ideología y su "Weltanschauung"; tercero, porque la prueba indiciaria necesita de una argumentación probatoria, que puede ser errada. La lógica nos enseña que el sofisma es frecuente.

3.— Mientras la prueba indiciaria o indirecta es prueba crítica y presuntiva, con función indicativa del hecho a probar, las pruebas directas son históricas y de naturaleza representativa (6). Diferencia de jerarquía no hay entre una y otras, dado que nuestro sistema se basa en el libre convencimiento judicial, que permite al juez obtener de cualquier

---

(1) A diferencia de lo que ocurría en el Código de Procedimientos Penales de 1910 (arts. 522 y sigte.), el actual Código de Procedimientos Penales no regula expresamente la prueba indiciaria. Ello se explica porque el Código de Procedimiento Penal italiano de 1930, que sirvió de base indirectamente a nuestra actual legislación, sólo regula aquellos medios probatorios que requieren un procedimiento especial (así, MANZINI, Vol. II., pág 529; BELLAVISTA, pág. 249).

(2) SCHULTZ, Schw. Z. für Straf., 1958 (Bd. 73), pág. 213.

(3) BELLAVISTA, pág. 248; VELOTTI, pág. 201.

(4) Entre otros, KUSCH, págs. 3 y 4; RITTLER, pág. 184; DÖHRING, pág. 335.

(5) RITTLER, pág. 183.

(6) VELOTTI, pág. 201.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

elemento probatorio las bases para su propio convencimiento (7). La prueba directa no es, por tanto, necesaria para condenar ni para absolver. Cuando la única prueba existente es la indiciaria, se produce entre ésta y la directa una verdadera intercambiabilidad (8).

Puede ocurrir que en un mismo proceso haya prueba directa e indirecta. Los indicios pueden, entonces, o confirmar la fuerza probatoria de un medio de prueba determinado o estar en contradicción con una prueba o con el resto de las pruebas. En este último caso los indicios se confunden con los medios que utiliza el juez para valorar críticamente la prueba directa y para formar su propio convencimiento. No puede depender el empleo de la prueba indirecta de que la directa no exista o sea insuficiente o insegura, como lo sostiene una corriente doctrinal (9). La prueba indirecta es, al contrario, indispensable, cuando apareciendo la prueba directa como suficiente o segura es necesario establecer su insuficiencia o su inseguridad (10).

El conocimiento judicial, como el científico, no tiene pretensión de validez absoluta sino probabilística. Tanto el conocimiento logrado a través de la prueba directa como el logrado por medio de la prueba indiciaria son, desde este punto de vista, probabilísticos. Lo tenido por cierto se mantiene como verdad legal mientras hechos o pruebas no valorados no demuestren que hubo falsedad probatoria o error judicial (11).

Cuando se afirma que la prueba indiciaria es inductiva o probabilística o plausible no se hace referencia a sus características definitorias frente a la prueba directa, sino al tipo de razonamiento en que se apoya. El razonamiento inductivo o probabilístico, —que supone una prognosis de probabilidad y que empieza cuando conocemos algunas de las condiciones de un fenómeno, insuficientes para construir proposiciones con certeza (12)—, se opone al razonamiento deductivo, en tanto que en éste la conclusión sigue de las premisas de modo necesario (13). Los conocimientos previos que fundamentan en la prueba indiciaria la prognosis de probabilidad son las máximas de experiencia.

II. ESTRUCTURA DE LA PRUEBA INDICIARIA

4.— Como cualquier silogismo, la prueba indiciaria consta de tres partes: de una circunstancia indiciante (premisa menor), de una máxima de experiencia (premisa mayor) y de una conclusión. En esta prueba sólo es posible el establecimiento del hecho concreto, objeto de la prueba, a través de una operación mental del juez, que une por medio de una máxima de experiencia un hecho conocido a un hecho desconocido.

A.— La circunstancia indiciante.

5.— Por circunstancia indiciante se entiende un hecho, por lo general jurídicamente indiferente, que, unido a otros hechos, conduce o puede con-

---

(7) RITTLER, pág. 175.

(8) En tal sentido, ALSBERG-NÜSSE, pág. 73. Así, si se logra establecer que el imputado estuvo en lugar distinto a aquél en que ocurrieron los hechos, se establece una prueba directa de su no autoría (contraprueba).

(9) Algunos sostienen que la prueba indirecta sólo es utilizable si falta en el proceso prueba directa o cuando habiéndola, ella es insuficiente o insegura (así, LEONE, Riv. It di Dir. Pen., 1956, pág. 395; BENNECKE-BELING, pág. 319; ROEDER, pág. 40, nota 2). Leone fundamenta su posición en los peligros de la prueba indiciaria, —lo cual no es ninguna razón jurídica para dar preminencia a la prueba directa—, mientras que los otros en el principio de inmediatez de la prueba, en tanto que la indiciaria es excepción a ese principio. Lo cual no es cierto, porque la inmediatez de la prueba no se opone a la valoración de la prueba indiciaria (así, ALSBERG-NÜSSE, págs. 73 ss.).

(10) En este último caso y, en tanto que las pruebas pueden aliniarse conforme a cierto orden, según su importancia (SCHNEIDER, pág. 114), primero deben valorarse las pruebas directas y luego los indicios, que juegan un papel subordinado.

(11) Ciertamente hay diferencias, desde el punto de vista del grado de probabilidad, entre prueba directa e indiciaria, a pesar de ser ambas probabilísticas. Conforme al cálculo lógico de probabilidades, la probabilidad de concurrencia de dos hechos independientes entre sí se expresa como el producto de dos probabilidades separadas, mientras que la probabilidad de dos hechos que se excluyen mutuamente es la suma de las probabilidades separadas (DE ALEJANDRO, pág. 319). Si el testigo A (representado por 5/6) y el testigo B (representado por 9/10) dicen lo mismo, la probabilidad del hecho será 5/6 x 9/10 = 3/4. No es posible, sin embargo, como se ha pretendido (POISSON, pág. 40), aplicar el cálculo de probabilidades, propio de la lógica y de la matemática, al problema probatorio. Los fundamentos de esas disciplinas son la predeterminación exacta de todos los eventos posibles y el conocimiento de todos los supuestos de hecho. En el derecho, por el contrario, el criterio de verdad está en función de dos variables: del alto grado de probabilidad del evento, —se parte del principio de que la probabilidad de que A derive del hecho B es incierta y del supuesto de que nunca podrán conocerse todas las causas de A—, y de la certeza subjetiva del juzgador (en tal sentido, GIANTURCO, pág. 144; FINCKE, G.A., 1973, pág. 268 ss.).

(12) F.V. KUTSCHERA, pág. 65; WEINBARG, pág. 167.

(13) DEAÑO, pág. 39. Es razonamiento deductivo el siguiente: si todos los "a" son "b" y todos los "b" son "c", entonces, todos los "a" son "c". En este caso, la conclusión se sigue necesariamente de la verdad de las premisas, en virtud de la sola forma de éstas.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

ducir a hechos jurídicamente relevantes, que interesa probar (14). Lo que concretiza qué indicios deben ser probados es el "thema probandum" del caso que debe resolverse.

Conforme al principio de oficialidad debe el juez establecer indicios de cargo y de descargo. Estos últimos deben ser investigados de oficio o por alegación del imputado (art. 185 inc. 2 CPP). Por tanto, el indicio es "argumentum demonstrativum delicti et autoris" y " argumentum demonstrativum innocentiae" (15).

En lo penal es admisible la prueba indiciaria para probar cualquier hecho (16) con las siguientes excepciones:

a-1) Por indicios no puede establecerse el estado civil de las personas (art. 198 CPP). El estado civil puede establecerse en el proceso penal, pero con las limitaciones probatorias establecidas por las leyes civiles (art. 8 CPP).

a-2) No se admite prueba indiciaria cuando el hecho se encuentre amparado por una presunción legal (17).

a-3) El principio de libertad probatoria no autoriza al juez a construir pruebas innominadas o indiciarias con desapego al rito probatorio. No tiene valor indiciante ni el rumor público ni la "pubblica fama", que sobre el hecho o sobre el imputado corran en el público (18). "Rumor público" son aquellas noticias, incontroladas e incontrolables, sin origen ni consistencia precisa, que se transforman de boca en boca (19).

6.— La circunstancia indiciante debe ser establecida por cualquiera de los medios de prueba legalmente establecidos. Para que ella pueda fundar una sentencia, debe derivar de un medio probatorio legalmente incorporado al debate (art. 400 inc. 3 CPP). De acuerdo al artículo 393 CPP solamente pueden ser objeto de valoración aquellas circunstancias indiciantes plenamente establecidas y probadas (20). El principio "in dubio pro reo" sólo entra en funcionamiento si, después de franqueado el estadio de valoración de la prueba, existen todavía dudas sobre las "cuestiones de hecho", en cuyo caso debe estarse "a lo más favorable al imputado".

Consecuencia del principio "in dubio pro reo" es que todas las circunstancias indiciantes no probadas, no enteramente probadas o respecto a las cuales hay duda, no pueden servir de base para el silogismo probatorio. Por otro lado, es también consecuencia del mencionado principio que las circunstancias indiciantes favorables al indiciado en las cuales hay duda sobre su existencia, pero que no pueden ser excluidas por imposibles, deben tenerse por probadas (21). Si el imputado no pudo probar un alibi o se demostró que éste era falso, ello no puede ser tenido como indicio en su contra (22). Así, si el imputado alegó haber estado en lugar distinto al que ocurrieron los hechos y no pudo probar su dicho o se demostró que éste era falso, no puede concluirse que él estuvo en el lugar de los hechos.

En tanto que el imputado tiene derecho a exigir que se proceda en su contra conforme a los principios establecidos por el derecho constitucional y procesal, el juez no puede establecer circunstancias indiciantes, que deriven de pruebas afectas por prohibiciones probatorias ("Beweisverbote"). Estas derivan ora del derecho constitucional, —prohibición de utilizar, para efectos probatorios, confesiones arrancadas con violencia física o moral, prohibición de utilizar en juicio correspondencia y papeles privados sustraídos—,

---

(14) RITTLER, pág. 202. Del mismo modo define nuestra Casación los indicios: Cas. 16:15 hrs. de 25 de nov. de 1954; Cas. 16:40 hrs. de 11 enero 1966.

(15) BELLAVISTA, pág. 247.

(16) En tal sentido, GIANTURCO, pág. 153. En materia civil sólo se admite la prueba indiciaria cuando sea admisible la prueba testimonial. Compárece arts. 522 y 523 CPP de 1910.

(17) Las presunciones legales en materia penal son escazas, porque en ella vale el principio de la necesidad de la prueba. "In criminibus non debet esse praesumptiones, sed clarae probationes". Distinto es el problema de los hechos notorios. Respecto a éstos vale el principio "non indigent probatione facta notoria". Por hechos notorios se entiende aquellos que, apareciendo en forma particular y circunstanciada, por pertenecer a la cultura media del grupo son conocidos por los participantes de un determinado círculo social (así, CALAMANDREI, Vol. II, pág. 307; LEONE, Riv. It. di Dir. Pen., 1956, pág. 393). La alegación de notoriedad es admisible procesalmente, en tanto que el legislador no la prohíba expresamente, como ocurre en el desacato (art. 307 Cód.Penal).

(18) Tenían valor indiciante tanto el rumor como la fama pública en derecho medieval.

(19) CELOTTI, Arch. Pen., 1973, II, págs. 116 y 120; GIANTURCO, pág. 137.

(20) En tal sentido, LÖWE-ROSENBERG, Vorb. Paragr. 261, Anm. 6 b; MÜLLER-SAX (KMR), Vorb. Paragr. 48, Anm. e 2); GRUNWALD, pág. 64, nota 35; VOLK, JuS, 1975, pág. 26.

(21) Así, PETERS, pág. 247; FOTH, NJW, 1974, pág. 1572.

(22) VOLK, JuS, 1975, pág. 27. El principio "in dubio pro reo" es una simple regla probatoria que establece que en caso de duda debe estarse a lo más favorable al reo. No regula, por tanto, la carga de la prueba.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

ora del derecho penal de fondo (por ejemplo, prohibición de utilizar manifestaciones verbales indebidamente captadas, art. 198 Cód. Penal).

7.— Para que puedan servir de base a una condenatoria, los indicios deben ser varios, graves, precisos y concordantes.

La variedad o multiplicidad de los indicios es un requisito de la prueba indiciaria que deriva del hecho de que ésta es una prueba cumulativa probable (23). La fuerza de los indicios sólo ocurre cuando hay varios indicios autónomos, puestos sobre el mismo plano horizontal ("singula non possunt quae simul unita jurant").

El requisito de la variedad de indicios independientes no implica que cada uno de ellos debe tomar su fuente de un distinto medio probatorio. Significa que cada indicio, aunque deducido de otro ("indicia indicii") (24), debe indicar un hecho independiente con relación al tema probatorio. En contra de una corriente doctrinal (25) que, por aplicación de la regla "praesumptum de praesumptio non admittitur", no admite que unos indicios puedan deducirse de otros, pensamos que ello es posible. El artículo 202 CPP consagra un caso de indicios sucesivos. Este artículo dice: *"Si el hecho no dejó rastros o no produjo efectos materiales, o si éstos desaparecieron o fueron alterados, el juez describirá el estado existente, y en lo posible, verificará el anterior..."*. Por tanto, el juez debe describir el estado actual (primer indicio), establecer a partir de éste el estado anterior (indicio de segundo grado) y, lógicamente, argumentar a partir de los indicios anteriores sobre el delito y sobre el delincuente (indicio de tercer grado). El funcionamiento de indicios derivados de un indicio nos lo muestra este ejemplo, puesto por Beling (26): se establece que A tuvo el tres de febrero alrededor de las diez de la mañana una conversación telefónica con B, desde el consultorio del médico C. Si éste aparece muerto y se determina que lo mataron el 3 de febrero a las 10 de la mañana, aproximadamente, la conversación telefónica de A desde el consultorio de C (circunstancia indiciante probada) es un indicio de que A estuvo en el lugar de los hechos a la hora aproximada en que éstos ocurrieron (indicio de segundo grado) y su presencia en el lugar de los hechos puede servir de indicio de que A mató a C (indicio de tercer grado).

Dos errores lógicos son frecuentes con relación a la multiplicidad de indicios. El primero es tomar como múltiples indicios lo que es una multiplicidad de sospechas. Así, si alguien es acusado de un secuestro con fines políticos y se hace valer en su contra que se le ha visto con gente de ideología troskista (a), que se le ha visto con representantes de organizaciones troskistas (b) y que pertenece a una organización troskista (c), podría haber varias sospechas contra ese individuo, pero ningún indicio en su contra por el delito cometido, porque los tres pretendidos indicios se reducen a la simple afirmación de que esa persona es un troskista. El segundo tipo de error lógico es el inverso: de un mismo indicio se deducen varias sospechas, que se hacen valer como indicios independientes. Por ejemplo, el cuchillo ensangrentado, perteneciente a A, fue encontrado en el lugar del homicidio (27). En tal caso solamente hay un indicio contra A. Su presencia en el lugar de los hechos y la posesión del cuchillo en el momento en que éstos ocurrieron no están establecidas y ambas son presupuestos para que A haya podido clavar el cuchillo en el pecho de la víctima.

La gravedad de los indicios significa que la circunstancia indiciante debe haber sido establecida de manera cierta (28). Como toda certidumbre, la que se refiere a la circunstancia indiciante requiere un momento subjetivo apoyado en bases objetivas. El momento subjetivo explica que el juez busque hechos que, ordenados idealmente conforme a una hipótesis o teoría de cómo ocurrieron, puedan servir de indicios; el momento objetivo requiere que la circunstancia indiciante se pruebe conforme a un medio de prueba legalmente establecido.

La precisión de los indicios exige que éstos lleven únicamente a la conclusión del hecho a probar (29). Los indicios deben tener la cualidad de

---

(23) GIANTURCO, pág. 151.

(24) Entre otros, DÖHRING, pág. 338; BELING, pág. 279; GIANTURCO, pág. 144.

(25) Especialmente POISSON, pág. 45 y RITTLER, pág. 204. El primero rechaza los indicios de segundo y grados ulteriores por aplicación a la prueba indiciaria del axioma del cálculo de probabilidades. Conforme a ese axioma el valor de una posibilidad compuesta se obtiene multiplicando su valor por los denominadores de las fracciones que representan las posibilidades simples. Cuanto más alejado esté el indicio de la fuente de la circunstancia indiciante, —dice Poisson—, tanto menor será su fuerza probatoria.
Nos hemos referido a la imposibilidad de aplicar el axioma del cálculo de probabilidades al derecho.

(26) BELING, pág. 279.

(27) Ejemplo puesto por RITTLER, págs. 205 ss.

(28) GIANTURCO, pág. 148.

(29) Entre otros, PETERS, pág. 253; DÖHRING, págs. 333 ss.; KUSCH, pág. 5; MÜLLER-SAX (KMR) Vorb. Paragr. 48, Anm. e 2); ALSBERG-NÜSSE, pág. 73; GIANTURCO, pág. 149; SCHNEIDER, pág. 124.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

univocidad; no pueden servir de base a una condenatoria los que lleven a varias conclusiones válidas (alternatividad). Cuando el juez no valora indicios probados en autos, la conclusión también es errada, por defecto.

Los indicios deben ser concordantes porque los indicios contrarios se eluden y se destruyen mutuamente (30). Así, la prueba segura de que A, propietario del cuchillo con que se ultimó a la víctima, estuvo en lugar distinto a aquel en que ocurrieron los hechos y en el momento en que éstos ocurrían, hace imposible su condenatoria como autor principal del homicidio cometido (31).

8.— La circunstancia indiciante o indicio de la prueba indiciaria debe distinguirse de la "sospecha" (32). En la "sospecha" hay un factor objetivo, —"motivos", que deben tener alguna base—, y un factor subjetivo, que es el predominante. El indicio de la prueba indiciaria (33) tiene también un factor subjetivo y un factor objetivo, que es el predominante.

9.— La corriente doctrinal dominante identifica indicios y presunciones (34). Las presunciones se distinguen en simples (o indicios) ("praesumptiones hominis") y en legales ("praesumptiones iuris"). Estas se dividen, a su vez, en relativas ("praesumptiones iuris tantum") y en absolutas ("praesumptiones iuris et de iure"), según que admitan o no prueba en contrario del hecho presupuesto (35).

Presunciones legales y juidiciales se distinguen por su origen. Las primeras son establecidas por el legislador con base en un criterio estadístico, —se parte de la idea de que en más del 50 por ciento de los casos de la vida real el hecho presupuesto ocurre como el legislador lo supone—, y desembocan, desde el punto de vista probatorio, en pruebas legales, que dan lugar a una verdad formal por oposición a la verdad material (36). Las segundas son hechos concretos, que pudieron ser de otra manera, establecidos por el juzgador caso por caso.

Característica de toda presunción legal es la circunstancia que una vez establecidos sus supuestos, el juez está obligado a sacar determinadas consecuencias (y no otras). Si el juez tiene libertad para establecer los presupuestos de los cuales han de derivarse las consecuencias jurídicas, se trata de una presunción judicial o indicio (37).

10.— En un sistema como el nuestro, que se rige por el principio de libre valoración de la prueba, el juez es libre, con las limitaciones apuntadas, de establecer las circunstancias indiciantes que han de servir para su argumentación probatoria y de apreciar, a efectos de la conclusión a que ha de llegar, la fuerza probatoria de cada una de ellas (38). Por

---

(30) GIANTURCO, pág. 151.

(31) ALSBERG-NÜSSE, pág. 73.

(32) El legislador usa el término "sospecha" en los artículos 204, 205, 234 y 274 del Cód. Proc. Pen. En el artículo 233 del mismo ordenamiento, el legislador usa la expresión "temor fundado", equivalente a sospecha.

(33) En algunos artículos el legislador usa el término "indicio" (arts. 212 inc. 2; 271; 298 incisos 1 y 2 del Cód. de Proc. Pen.). Estos "indicios" lo son en sentido amplio y poco tienen que ver con la circunstancia indiciaria ("indicio" en sentido estricto) de la prueba indiciaria. En especial son significativas las siguientes diferencias: a-1) Sospechas e "indicios" de los artículos 212 y 298 CPP indican una situación procesal con presupuestos objetivos y subjetivos, necesarios para la realización de determinados actos procesales. La circunstancia indiciante es parte del razonamiento probatorio que el juez hace en sentencia. Puede ocurrir que la original sospecha, que sirvió de base para decretar la prisión preventiva, por ejemplo, sirva posteriormente como circunstancia indiciante en el razonamiento probatorio, si llena los requisitos necesarios (así, ALOISI, Riv. Pen., 1946, pág. 627). a-2) Como parte de las "cuestiones de hecho" (art. 393 CPP) vale para la circunstancia indiciante el principio del "in dubio pro reo", lo que no acontece con las sospechas ni con los indicios es sentido amplio. a-3) Mientras que las sospechas e indicios en sentido amplio pueden resultar de circunstancias no enteramente probadas, la circunstancia indiciante de la prueba indiciaria debe haber sido seguramente establecida. Así, por ejemplo, ni la acusación, ni la denuncia ni la querella tienen carácter indiciario apto para fundamentar una condenatoria (MANZINI, Vol. II, pág. 525). Pero cualquiera de ellas puede crear "sospechas" y justificar que se tomen como base para realizar algunos de los actos procesales en los que estas basten.

(34) En tal sentido, FOSCHINI, Vol. I, págs. 366 ss.; VELOTTI, pág. 204; GIANTURCO, págs. 20 ss. Otra corriente doctrinal (MANZINI, Vol. II, pág. 524; BELLAVISTA, pág. 249) distingue entre indicio y presunción. El primero agregaría, —dicen—, al dato genérico y probable de la segunda, el dato específico y cierto, que sirve de premisa menor del silogismo, fundamento de la prueba indiciaria. En nuestra opinión, esta distinción carece de importancia.

(35) FOSCHINI, Vol. I, pág. 369.

(36) FOSCHINI, Vol. I, pág. 369.

(37) Así, por ejemplo, el artículo 322 del Código Penal castiga como encubridor a quien, sin promesa anterior al delito, recibiere cosas o bienes "que de acuerdo con las circunstancias debía presumir provenientes de un delito". Aquí no se crea una presunción de dolo, porque el legislador deja al juez la libertad de establecer cuáles son las circunstancias de las cuales el agente debió presumir (deducir) que la cosa era mal habida (en tal sentido, con normas semejantes a nuestro artículo 322 Cód. Pen., en el derecho alemán, HENKEL, pág. 591; BINDING, Vol. I, págs. 392 ss.; BOCKELMANN, NJW, 1954, págs. 1745 ss.; EB. SCHMIDT, Vorb. Paragr. 244 ff., No. 15, 660).

(38) En tal sentido, HENKEL, pág. 579; ALSBERG-NÜSSE, pág. 74.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

ello tienen en nuestro sistema poca importancia las clasificaciones de indicios, en las que fueron maestros los prácticos (39).

B.— Las máximas de experiencia.

11.— Según la clásica definición de Stein (40), máximas de experiencia ("Erfahrungssätze") son definiciones o juicios hipotéticos de contenido general, independientes del caso concreto que se juzga y de sus circunstancias. Estos juicios hipotéticos, adquiridos por el juzgador mediante la experiencia (observación de casos concretos), valen para nuevos casos por su carácter de generalidad.

La prueba indiciaria funciona a base de máximas de experiencia. Ella requiere la conexión entre lógica y experiencia para asegurar el fin del proceso penal, que es la verdad material, realizable por medio de un método y de un sujeto cognoscente. Las máximas de experiencia presentan la doble característica de ser vivencias personales del juez y vivencias sociales (41); contienen, por tanto, la dialéctica de lo general y de lo particular, en tanto que son reglas generales y abstractas de las cuales es portador un sujeto concreto.

12.— En las generalizaciones que constituyen la ciencia y el conocimiento humano hay que distinguir entre las esenciales y las accidentales (42). Ambas pueden ser materia de las máximas de experiencia. Las generalizaciones esenciales, propias de la lógica y de la matemática, dependen de ciertas propiedades formales de los objetos. Los postulados de esas disciplinas forman lo "a priori" y pueden captarse por una sola experiencia. Y aunque esas propiedades formales se exhiban en la experiencia, son independientes de ésta, que no puede crearlas, destruirlas o refutarlas. Las generalizaciones accidentales, —con las cuales la doctrina tradicional ha identificado las máximas de experiencia—, son las que los lógicos (43) han denominado "proposiciones a posteriori". Ellas se fundamentan en una percepción singular y expresan una relación real existente, miran a objetos contingentes, que pudieran ser de otra manera, pero poseen cierta necesidad subjetiva, porque la experiencia suficiente las garantiza ante el sujeto que las formula. La generalidad accidental está fundamentalmente limitada por los objetos, es verdadera o falsa según que armonice con ellos y es obtenida por inducción. Y, especialmente en el caso de los principios científicos, esa generalización vale mientras no se le refute con una explicación más completa del fenómeno que describe.

13.— El criterio de validez de las máximas de experiencia que se fundan en generalidades esenciales está dado por su concordancia con el principio lógico o matemático que pretende representar.

Cuando la máxima de experiencia se funde en generalidades accidentales también se plantea el problema de su validez. En tal caso, los criterios de validez varían según el ramo del conocimiento humano al que haga referencia. En nuestra opinión deben hacerse las siguientes subdistinciones:

a-1) En tanto que la máxima de experiencia pretenda representar un principio científico, técnico o artístico es válida en tanto que ella se base en los principios de la ciencia, de la técnica o del arte. El juez podrá formarla válidamente si él posee los necesarios conocimientos especializados; de lo contrario, deberá auxiliarse de un perito.

a-2) Cuando la máxima de experiencia pretenda representar comportamientos individuales tomados en su forma normal de ocurrir o hechos de la vida social o comportamientos socialmente aceptados o socialmente rechazados, —por ejemplo, buenas costumbres, hombre diligente, etc.—, la validez de la máxima de experiencia es más cuestionable, porque no puede evitarse que la ideología del juez, determinada por su posición dentro del sistema de clases sociales, juegue un papel importante en la definición de esos conceptos. Tres son los límites más importantes, todos de carácter normativo, que el juez encuentra para formar las máximas de experiencia: primero, las pruebas y hechos deben in-

---

(39) Así, hablaron de indicios contingentes y necesarios, próximos y remotos, antecedentes, concomitantes y subsiguientes, graves, leves y levísimos, provenientes del autor, del delito, de las huellas del delito, positivos y negativos. Para efectos de orientar la investigación judicial, recuérdese el exámetro técnico de Quintiliano: "quis, quid, ubi, quibus auxiliis, cur, quomodo, quando". Los glosadores y postglosadores hicieron muchas otras clasificaciones de indicios. Sobre ese problema, véase DE MAURO, pág. 282; MANZINI, Vol. II, pág. 523; GIANTURCO, págs. 81 ss.; BELLAVISTA, págs. 260 ss.

(40) STEIN, págs. 74 ss.

(41) DÖHRING, pág. 40.

(42) Así, el término "todos" en "todos los triángulos son figuras cerradas limitadas por tres líneas rectas" y "todos los triángulos tienen un área inferior a tres millas" no tienen la misma generalidad. La diferencia está en el carácter esencial de la primera y en el carácter accidental de la segunda (WEINBERG, pág. 105).

(43) DE ALEJANDRO, pág. 248.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

terpretarse conforme al sentido común; es decir, *". . .según el orden natural y ordinario de las cosas"* (44). El juez con sentido común es una exigencia normativa del sistema; es, por tanto, un arquetipo ideal (45); segundo, el juez, como cualquier otro ciudadano u órgano del Estado, está ligado por la Constitución Política, que configura un Estado social de derecho, pluralista y fundado en la persona humana y sus derechos (46); tercero, existe una organización jerárquica de la experiencia, en tanto que jueces y tribunales se organizan jerárquicamente y el sistema supone que los de mayor jerarquía tienen mayor y más basta experiencia, —que imponen jurídicamente—, que los de menor jerarquía.

C.— Relación lógica entre circunstancia indiciante y máxima de experiencia.

14.— En la mayoría de los casos la prueba indiciaria es probabilística por contener un elemento sacado por generalización de la experiencia, que es la máxima de experiencia. La probabilidad de la premisa afecta a la conclusión, pero no impide que entre ésta y las premisas haya una relación lógica deductiva, cuya corrección formal determina la validez del razonamiento probatorio. En efecto, en la prueba indiciaria se da la situación de un sujeto cognoscente (juez), que realiza el proceso, que ocurre en el tiempo, de pensar y de conocer. Pero entre hechos, proposiciones que se refieren a ellos y razonamientos que enlazan las proposiciones hay también relaciones lógicas que, estando por encima de la individualidad del juez y siendo la forma de su pensar y conocer, no forman, de ningún modo, una serie temporal.

15.— El aspecto lógico de la prueba indiciaria fue durante mucho tiempo dejado de lado. Especialmente influyó en ese fenómeno la circunstancia de que en el siglo XIX se confundiera lo que es necesario con lo que es generalmente aceptado y la necesidad lógica con lo que produce certeza psicológica. Por una subordinación de la lógica a la retórica (arte de la disputa), se estimó como prueba suficiente aquella adecuada para producir certeza o convicción. Este hecho y el principio del libre convencimiento judicial, —que es libertad del juez respecto a las reglas de prueba, si el legislador no determina lo contrario, pero que no significa arbitrariedad judicial—, fueron las principales causas que llevaron a afirmar la irracionalidad de la prueba indiciaria.

Nosotros partimos de la distinción kantiana entre objetividad científica y convencimiento subjetivo. En Kant la palabra "objetivo" designa el conocimiento científico que, para ser independiente de la arbitrariedad del individuo, debe ser fundado. Característico de lo "objetivamente fundado" es que puede ser verificado por cualquier ser racional. Lo "subjetivo" designa, por el contrario, la vivencia del convencimiento, que tiene distintos grados y que es materia de la psicología, pero no de la lógica.

Nuestro sistema jurídico parte de la distinción entre lo fundado, requisito de validez de la sentencia, y lo arbitrario. Al establecer la Constitución (art. 39) que toda condena debe fundarse en una "necesaria demostración" de "culpabilidad", distingue entre sentencias jurídicamente válidas y sentencias arbitrarias. En la prueba indiciaria demostración (necesaria) significa un proceso demostrativo por el cual se establece (objetivamente) que una conclusión, —culpabilidad en sentido amplio—, se sigue necesariamente de determinadas premisas.

16.— En el razonamiento judicial de la prueba indiciaria la máxima de experiencia es la premisa mayor y la circunstancia indiciante es la premisa menor. Ocurre a menudo que la máxima de experiencia es una generalización implícita o inconsciente y, por ello mismo, no formulada. Esto no hace inválido el razonamiento judicial. Lo importante es que el juez alcance el fin del proceso, que es la verdad material. Cuando sale del ámbito de la lógica pura, la lógica es un vehículo para alcanzar verdades materiales (47). Por tanto, ella no es un fin en sí misma: no está en el punto de partida ni en el punto de llegada, sino en el camino: en la

---

(44) Así definió nuestra Casación en una vieja sentencia el sentido común. Cas. 2 p.m. de 11 de junio de 1895 (Col. pág. 167).

(45) El sistema procesal exige que este juez con sentido común esté presente en toda sentencia, en tanto que exige como requisito de validez de ella una apreciación (o valoración) de la prueba conforme a las reglas de la sana crítica (arts. 393, 404 inc. 4 CPP). Tratar de definir, como lo hace la doctrina dominante, cuáles son las reglas de la sana crítica es tan absurdo, entonces, como definir en abstracto cuáles son las reglas de comportamiento que rigen la actuación del buen padre de familia!
Creemos que no es una definición circular, —como lo son las de la mayoría de la doctrina—, la siguiente: Una valoración conforme a las reglas de la sana crítica es aquella que hace un juez con sentido común, que es el que valora los hechos y las pruebas conforme al orden natural y ordinario de las cosas.

(46) Así, no podría un juez condenar a un comunista, acusado de hurto, partiendo de una máxima de experiencia cuyo contenido fuera que por no creer los comunistas en la propiedad privada, tampoco la respetan.

(47) DEAÑO, pág. 128.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

regulación de los procesos de deducción entre enunciados que no le pertenecen.

17.— En la práctica judicial la mayoría de las veces la estructura de la prueba indiciaria puede reducirse a cualquiera de las proposiciones de la lógica clásica.

Por ejemplo:

Todo el que sale de noche de casa ajena y con un saco a la espalda ha cometido, por lo general, un hurto (A) (máxima de experiencia).

Juan fue visto salir el día 22 de diciembre de la casa ajena en donde ocurrió un hurto a las 2 de la mañana con un saco a la espalda por los testigos A, B y C (I) (circunstancia indiciante).
Juan es autor del hurto ocurrido el 22 de diciembre en la casa X (I) (conclusión). (Figura DA-RI-I)

Ninguna persona con más de x cantidad de alcohol en la sangre puede controlar su automóvil cuando conduce (E) (máxima de experiencia derivada de un principio científico).

Juan conducía su vehículo con una cantidad de alcohol en la sangre superior a la cantidad x en el momento de los hechos (I) (circunstancia indiciante derivada de la alcoholemia).

Juan no podía controlar su vehículo en el momento en que los hechos ocurrieron (O) (conclusión buscada por el juez). (Figura FE-RI-O).

Otras veces el razonamiento indiciario asume la forma del llamado razonamiento disyuntivo. Este tipo de razonamiento, que ocurre en la indagación científica real, parte de un número de explicaciones escasamente posibles: la causa de A puede ser C o D o E o cualquier otra causa. Si una de estas hipótesis es verdadera, se derivarán determinadas consecuencias y la falta de una sola de ellas excluirá la hipótesis y disminuirá, así, el número de alternativas (48).

Este tipo de razonamiento es, por lo general, característico de la prueba del dolo. La alternativa se da entre conducta dolosa y no dolosa. Probado que no existe una conducta no dolosa, porque hay hechos incompatibles con ella, se tiene por establecida la conducta dolosa. El esquema lógico es el siguiente:

Las conductas x, y o z son incompatibles con la ausencia de dolo (máxima de experiencia).

Juan tuvo antes, en el momento de los hechos o después de éstos la conducta x y la conducta z (prueba testimonial de A y B) (circunstancia indiciante).

Por tanto, Juan actuó dolosamente.

18.— Hoy día sabemos que la lógica tradicional (aristotélica) es gravemente incompleta en muchos aspectos (49) y que hay raciocinios materialmente verdaderos que, cayendo dentro de los esquemas reales de la razón humana, quedan fuera de los esquemas formales del silogismo aristotélico (50). En tales casos hay demostración necesaria de la culpabilidad en la medida en que un razonamiento judicial, que no se adapta a los esquemas formales de la lógica aristotélica, sea materialmente cierto. Así como en la ciencia el principio general es que antes que a la forma hay que atender a la materia, que es la que impone la consecuencia, así también en el Derecho debe atenderse primero que a la envoltura formal, a la verdad material.

III. EL CONTRALOR EN CASACION DE LA PRUEBA INDICIARIA

19.— La jurisprudencia anterior al actual Código Procesal había admitido, de manera amplia, el control del Tribunal de Casación sobre la fijación de los hechos y apreciación de las pruebas que hubieran hecho los jueces o tribunales de instancia. Los jueces son soberanos en la apreciación de la prueba

(48) COHEN, pág. 36.

(49) La lógica aristotélica no puede dar explicación a muchos principios deductivos empleados en razonamientos matemáticos simples. Así, no explica los principios deductivos empleados en el siguiente razonamiento: "5 es mayor que 3; por consiguiente, el cuadrado de 5 es mayor que el cuadrado de 3". (En tal sentido, NAGEL-NEUMANN, pág. 58, nota 6).

(50) Concretamente los lógicos modernos admiten que hay silogismos verdaderos independientes de la forma lógica. Esto pasa con los silogismos espacio-temporales, los fundados en dependencias reales, los inductivos materiales, etc. Así, por ejemplo, el siguiente razonamiento, que es cierto material e intuitivamente, no cabe en los moldes de la lógica aristotélica: "A es anterior a B y B es anterior a C; luego, A es anterior a C". Lo mismo ocurre en este otro: "A≠B; B=C; luego, A=C". (En tal sentido, DE ALEJANDRO, pág. 248).

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

y en la fijación de los hechos, pues ambas atribuciones le son otorgadas por la ley, siempre que al hacerlo respeten las reglas de la sana crítica. Para que el Tribunal de Casación pudiera sustituir su propio criterio al de los Tribunales de instancia, era necesario que el recurrente demostrara error evidente de hecho o de derecho en la apreciación de la prueba por medio de actos o documentos auténticos constantes en el proceso (51).

En el Código Procesal Penal de 1910 el concepto de violación de las reglas de la sana crítica era absorbido por el error de hecho o de derecho en la apreciación de la prueba, causal específica de casación. Dentro de esta tesitura, la jurisprudencia vio error de hecho en la prueba indiciaria cuando se tenían por existentes indicios que no existían, cuando ellos eran el resultado de una ilógica conclusión, obtenida del conjunto de la prueba y cuando los jueces habían apreciado con error de hecho o de derecho las fuentes de las que los hicieron surgir (52). El error de derecho se presentaba *"...cuando los jueces de las premisas que tengan a la vista, resultantes de la prueba, lleguen, por un razonamiento ilógico, a conclusiones evidentemente falsas"* (53).

De acuerdo al artículo 400 inciso 4 del actual Código Procesal Penal la sentencia es nula si no es fundamentada o si lo es contradictoriamente o si en ella se inobservaron, al apreciar medios o elementos probatorios de valor decisivo, las reglas de la sana crítica. La nulidad de la sentencia abre el recurso de casación por la forma (art. 471 inc. 2 CPP).

¿Rige aún la jurisprudencia citada o fue derogada por el actual artículo 400 inc. 4 del Código de Procedimientos Penales?

El error de hecho y de derecho son hipótesis de violación de la ley de fondo (art. 471 inc. 1 CPP), porque la equivocación del juzgador tiene por efecto que la ley de fondo se aplique a una situación de hecho distinta a aquella para la cual la previó el legislador. Para que pueda ser declarado y para que el Tribunal de Casación aplique la ley procedente en derecho, se requiere que el error conste en el proceso en actos o documentos auténticos (pues la Casación no es tribunal de tercera instancia) y que la violación de la ley de fondo haya tenido influencia directa sobre el dispositivo de la sentencia. Las hipótesis prescritas en el artículo 400 inc. 4 CPP son errores "in procedendo", que permiten el recurso de casación por la forma (art. 471 inc. 2 CPP), porque el legislador actual consideró como requisito de validez formal de la sentencia su correcta fundamentación (en cuanto a los hechos) y su corrección en la apreciación de medios y elementos probatorios de valor decisivo (arts. 106, 393, 400 inc. 4). Hemos de concluir, por tanto, que ambas cosas operan en campos distintos.

Error de hecho, error de derecho, falta o contradicción en la fundamentación de la sentencia y violación de reglas de la sana crítica tienen en común ser equivocaciones del juzgador. Se distinguen por el objeto sobre el que recae el error, por sus consecuencias y por el modo en que cada uno de ellos debe ser probado en Casación.

El error de derecho es la equivocación respecto al valor legal que tiene una prueba (hecho); el error de hecho es una equivocación sobre el contenido de una prueba, que como debe constar en actas, la doctrina llama ilicitud de las actas ("Aktenwidrigkeit"). La falta de fundamentación de la sentencia o la fundamentación contradictoria de ella pueden referirse tanto a los hechos, —se tiene por probado el hecho A y el hecho no-A)—, como al derecho, —se tiene como autor y cómplice a un mismo individuo por idéntico hecho—, y es motivo suficiente para que, alegado, la Casación anule (case), por violación de los artículos 106 y 400 inc. 4 CPP (sancionada con pena procesal de nulidad), la sentencia. Ambos vicios en la fundamentación de la sentencia pueden traer también, por consecuencia, una violación de la ley penal de fondo, que es declarable cuando el recurrente plantea la violación como recurso de casación por el fondo y a condición de que demuestre, de manera fehaciente, tal violación y su influencia en el dispositivo de la sentencia.

La violación de las reglas de la sana crítica es equivocación respecto de las reglas del sentido común, que exigen una valoración de las pruebas conforme al orden natural y ordinario de las cosas. De lo contrario la sentencia es nula y esa nulidad permite el recurso de casación por la forma. La incorrecta valoración de la prueba, puede abarcar tanto su valor legal como su alcance con relación a

---

(51) Este razonamiento está presente en todas las sentencias de casación que se ocupan del problema. A este respecto es típica, —es decir, representativa de todas—, la sentencia de casación de 2:36 p.m. de 25 de abril de 1912, la cual en su considerando 2 dice: "Que la apreciación de las pruebas ha sido hecha por los jueces de instancia conforme a las reglas de la sana crítica... y no se ha demostrado que haya habido error alguno en dicha apreciación, único caso en que este Tribunal puede sustituir su propio criterio al de los expresados jueces, según lo prescrito por el inciso 4 del artículo del Código citado...".

(52) En tal sentido, entre otras, Cas. 16:15 hrs. de 25 de nov. de 1954; Cas. 15:30 hrs. de 31 de agosto de 1956; Cas. 15:00 hrs. de 7 de junio de 1957; Cas. 16:40 hrs. de 11 de enero de 1966.

(53) Cas. 16:40 hrs. de 11 de enero de 1966.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

los hechos (arts. 393 y 400 inc. 4 CPP). Coincide, por tanto, con el error de hecho y de derecho en la apreciación de la prueba en este aspecto y en el hecho de que, en tanto que no se puede probar con nuevas pruebas en Casación la violación de las reglas de la sana crítica, ese error debe ser evidente en autos. Generalmente una violación de las reglas de la sana crítica conlleva una violación de una ley de fondo. Pero esto no lo exige el legislador al hacer de esa equivocación un motivo de casación por la forma. Nada impide, por tanto, que en aquellos casos en los que, habiendo una violación de las reglas del sentido común, haya también una violación de una ley de fondo, el recurrente planteé recurso de casación por el fondo, comprometiéndose a demostrar el error (constante en autos) y la influencia de la violación de la ley material en el dispositivo de la sentencia. De todo lo anterior podemos concluir lo siguiente: la jurisprudencia sobre el error de hecho y de derecho en la prueba indiciaria tiene vigencia aún bajo el Código de 1975. Lo importante es que el recurrente, que debe haber planteado el recurso de casación por el fondo (si hay falta de fundamentación o violación de las reglas de la sana crítica y plantea el recurso de casación por la forma y por el fondo, aquél es prioritario), logre demostrar la violación de una ley de fondo a consecuencia del error y la influencia de la equivocación sobre el dispositivo de la sentencia.

IV. CONCLUSIONES

1.— En la prueba indiciaria se plantea un problema fundamental, dejado de lado hasta hace poco por la doctrina: el problema de los requisitos que debe tener el pensamiento judicial para ser válido y para que pueda ser objetivo de verificación, en cuanto a su veracidad o falsedad, por cualquier ser racional. El Derecho, ciencia de la fundamentación, distingue por ello mismo entre lo jurídico y lo arbitrario. La prueba indiciaria, que necesita una argumentación probatoria del juzgador, requiere también que se observen las formas del pensamiento lógico, las que, garantizando la corrección de la conclusión, distinguen entre la afirmación arbitraria de la culpabilidad y aquella que se basa en una demostración necesaria de ella. Es claro que las reglas de la lógica deductiva solamente garantizan la corrección formal del razonamiento. Su corrección material y su adecuación a la verdad real dependen, además, y sobretodo, de que las premisas concuerden con la realidad.

2.— Con el presente estudio hemos querido dar nuestra contribución a la problemática de la prueba indiciaria, especialmente en el campo de la estructura lógica del razonamiento judicial de esa prueba. ¡Ojalá que este estudio sirva en nuestro medio como estímulo para que otros estudios lo superen y lo refuten!

V. BIBLIOGRAFIA

ALSBERG-NÜSSE, *"Der Beweisantrag im Strafprozess"*, 3a. Aufl., Köln, Berlin, Bonn, München, 1967;

BELING, *"Deutsches Reichstrafprozessrecht"*. Berlin und Leipzig, 1928;

BELLAVISTA, *"Lezioni di diritto processuale penale"*, 5a. ed., Milano, 1973;

BENNECKE-BELING, *"Lehrbuch des deutschen Reichsstrafprozessrechts"*, Breslau, 1900;

BINDIG, *"Grundiss des deutschen Strafprozessrechts"*, Leipzig, 1900;

BOCKELMANN, *"Der Nachweis des Hehlervorsatzes"*, NJW, 1954;

CALAMANDREI, *"Per la definizione del fatto notorio"*, en "Studi sul processo civile", Padova, 1930, Vol. II;

CELOTTI, *"Sistema probatorio e libertà di convencimento del giudice"*, en Arch. Pen., 1973, II;

COBEN, *"Introducción a la lógica"*, Fondo de Cultura Económica, México, 1957;

DE ALEJANDRO, *"La lógica y el hombre"*, Madrid, 1970;

DEAÑO, *"Introducción a la lógica formal"*, 2a. ed. Madrid, 1975;

DE MAURO, *"Manuale di diritto processuale penale"*, Roma, 1959;

DÖHRING, *"Die Erforschung des Sachverhalts im Prozess"*, Berlín, 1964;

FINCKE, *"Die Gewissheit als hochgradige Wahrscheinlichkeit"*, GA, 1973;

F.N. FUTSCHERA, *"Wissenschaftstheorie"*, München, 1972;

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

FOSCHINI, *"Sistema del diritto processuale penale"*, Milano, 1956, Vol. I.;
FOTH, Anm. BGH Urt. v. 13.3. 1974- 2 StR 552/73 (Lg Bad Kreuznach), en NJW, 1974;
GIANTURCO, *"La prova indiziaria"*, Milano, 1958;
GRÜNDWALD, *"Die Wahrunterstellung im Strafverfahren"*, en Festschrift für Richard M. Honig zum 80. Geburtstag, Göttingen, 1970;
HENKEL, *"Die 'praesumtio doli' im Strafrecht"*, en Festschrift für Eb. Schmidt zum 70. Geburtag, Göttingen, 1961;
KUSCH, *"Der Indizienbeweis des Vorsatzes im gemeinen deutschen Strafverfahrensrecht"*, Diss., Univ. Hamburg., 1963;
LEONE, *"Spunti sul problema della prova nel processo penale"*, en Riv. It. di Dir. Pen., 1956;
LÖWE-ROSENBERG, *"Die Strafprozessordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz"*, 22. Aufl., Berlin-New York, 1971/1973;
MANZINI, *"Trattato di Diritto Processuale Penale Italiano"*, Torino, 1970, Vol. II;
MÜLLER-SAX (KMR) *"Kommentar zur Strafprozessordnung und zum GVG und OWiG"*, 6. Aufl., Damstadt, 1966;
NAGEL-NEUMANN, *El teorema de Gödel"*, Madrid, 1970 (Trad. del inglés por A. Martín);
RITTLER, *"Der Indizienbeweis und sein Wert"*. en Schweizerische Zeitschrift fürt Strafrecht, 1929 (Bd. 43.);
ROEDER, *"System des österreichischen Strafverfahrensrechtes", Innsbruck, 1951;*
ROEDER, *"Lehrbuch des österreichischen Strafverfahrensrechtes"*, Wien. 1976;
EB. SCHMIDT, *"Lehrkommentar zur Strafprozessordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz"*, Aufl., 1967;
PETERS, *"Strafprozessrecht"*, Karlsruhe, 1966;
POISSON, *"Recherches sur la probabilité des jugements en matière criminelle et en matière civile, précédées des regles générales du calcul des probabilités"*, Paris, 1837;
SCHNEIDER, *"Beweis und Beweiswindigung"*, München, 1971, 2. Aufl.
SCHULTZ, *"Falsche Auschuldingung Urrefühung der Rechtspflege und falsches Zugnis"*, en Schw. Z. für Straf., 1958, (Bd. 73), p. 213 ss.
VELOTTI, *"Manuale di procedura penale"*, Roma, 1965;
VOLK, *"In dubio pro reo und Alibibeweis-BGHSt. 25, 285"*, en JuS, 1975;
WEINBERG, *"Examen del Positivismo lógico"*, Madrid, 1959, (Trad. de José Luis Fernández de Castillejo).

****

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL
"FERNANDO COTO ALBÁN"

NUEVAS FORMAS DE ORGANIZACION DE LA EMPRESA

Lic. Fernando Cruz Castro.

Debo agradecer la colaboración que me ha brindado para la presente investigación, el "Círculo de Amigos de Emmanuel Mounier".

INTRODUCCION

El presente trabajo tiene un nivel "exploratorio", en cuanto a lo que constituye la autogestión. Dentro del tema de "Nuevas formas de organización de la empresa", no hay duda que el modelo de "autogestión" plantea ideas y propósitos bastante interesantes.

Por la limitación que ha existido en cuanto a las experiencias que se han desarrollado en el mundo, he concentrado la atención en la experiencia yugoslava, que es tal vez la más significativa, por ser la de mayor trayectoria.

He considerado importante establecer algunos conceptos sobre el "trabajo" y la propiedad, ya que según sea la conceptualización que se haga sobre tales aspectos, puede comprenderse con mayor amplitud el significado que tiene el plantear la participación directa de los trabajadores en la gestión de la empresa.

Tal como lo expreso a lo largo de mi exposición, es necesario que el concepto de autogestión, no sólo se aplique al aspecto económico, sino que debe abarcar las otras instancias de la realidad social. Por el nivel exploratorio que tiene el trabajo, considero que no es recomendable llegar a ninguna conclusión definitiva. Se trata de un primer planteo del problema, tratando de abarcar los aspectos fundamentales.

Puede ser que para Costa Rica, la "empresa de autogestión" obrera pueda llegar a constituir una vía para acercarnos más a una sociedad de "democracia real", superándose la "democracia formal".

1. EL TRABAJO. SU SIGNIFICADO.

Una de las poderosas razones por las que se deben buscar nuevas formas de organización económica, se refiere al hecho de que el trabajo es tal vez la forma genuina en que se realiza el hombre, alcanzando condición de persona. Por esa razón es necesario una búsqueda incansable de nuevas formas de organización económica, que permitan darle mayor significado a una actividad tan noble y humana como es el trabajo. Sobre este aspecto, J. Lacroix manifiesta que: *". . .el trabajo es alienación y, al mismo tiempo, remedio de esta alienación. El hombre progresa porque vive en la inadaptación y precisamente para hacer retroceder esa inadaptación. El trabajo, por tanto, es una dialéctica de la adaptación y la superación. . . La naturaleza arroja al hombre al trabajo y al esfuerzo para que, gracias a ellos, se libere. . . El hombre no es propiamente una naturaleza, ni siquiera ontológica, sino una historia que se hace mediante el trabajo a partir de una determinada naturaleza. . ."* (1). El párrafo transcrito refleja el profundo significado que tiene el trabajo en la vida del hombre, y por tal razón los medios a través de los que realiza tal actividad deben buscar en forma constante la realización plena de la persona.

El trabajo no pertenece ni al mundo de la necesidad pura ni al de la libertad pura, sino al de la liberación. Surge de una necesidad sufrida y camina hacia una libertad que sólo puede presentir y preparar. Puntualizando este concepto, J. Lacroix cita a Vialatoux diciendo que: *". . . La liberación del espíritu por la mediación de sus obras; éste es el fin del trabajo. . ."* (2). Partiendo de la comprensión de que el trabajo es un medio liberador, es posible captar la necesidad que tiene

(1) J. Lacroix y otros. *"Los trabajadores en la sociedad contemporánea"*. Ed. Nova Tierra. Barcelona, 1966, p. 83.

(2) *Ibíd.*, p. 97.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

el hombre por buscar formas de organización del trabajo que le permitan hacerlo un instrumento cada vez más eficaz de liberación. El Concilio Vaticano II ha reconocido la superioridad del trabajo sobre los restantes elementos de la vida económica, rechazando las condiciones laborales degradantes que reducen al operario al rango de mero instrumento de lucro, sin respeto a la libertad y a la responsabilidad de la persona humana (3). Dentro de la perspectiva que hemos ubicado el trabajo, el planteamiento y fines que se propone la economía de autogestión se acercaría más al objetivo de que el trabajo sea un instrumento que propicie una liberación efectiva del hombre, alcanzando su condición de persona.

2. PROPIEDAD PRIVADA. SOCIALIZACION (4).

Estamos llegando a una situación en la que, al menos en el reino de los principios y las teorías, nadie se atreve a defender el capitalismo. Puede que se le defienda en otra forma, pero pocos se atreven a defenderlo. El propio Paulo VI ha afirmado que el capitalismo *"ha de tener algún vicio profundo, una radical insuficiencia"*. En un discurso que pronunciara a la "UNION DE EMPRESARIOS Y DIRIGENTES CATOLICOS", publicado en el "L'Observatore Romano" del ocho de junio de 1964, dijo textualmente que: *". . .la unilateralidad de la posesión de los medios de producción, de la economía encaminada a un provecho privado prevalente, no trae la justicia, si continúa dividiendo a los hombres en clases irreductiblemente enemigas y caracteriza a la sociedad por el malestar profundo y lacerante que la atormenta, apenas contenido por la legalidad y la tregua momentánea de algunos acuerdos en la lucha sistemática e implacable, que debería llevarla a la opresión de una clase contra otra. . .".*

Tal como lo ha considerado el Papa, el capitalismo como sistema, tiene una deficiencia radical. No se trata de una denuncia sobre los abusos del sistema, sino que el Papa reconoce que hay en él algo esencial, algo que le define, y en que radica su fallo. Ese mal profundo que menciona el Papa, ya lo detectó Emmanuel Mounier en la década del treinta o cuarenta, cuando en sus planteamientos estableció que: *". . .Ese mal profundo, es la crisis del hombre del siglo XX, la crisis de la civilización occidental. El desorden es espiritual, ante todo. El individualismo es la raíz del mal. . ."* (5).

Dentro de ese individualismo y egoísmo se encuentra la justificación absoluta del derecho a la propiedad privada de los medios de producción. Se suele afirmar tajantemente: La propiedad privada es un derecho natural; la propiedad privada es defendida por la Iglesia; el socialismo es rechazado por ésta. Estos son los argumentos que siempre son esgrimidos por quienes quieren mantener a ultranza el orden vigente.

Pero es interesante analizar los textos pontificios, con el fin de que podamos formarnos una idea al menos aproximada de la doctrina católica, en cuanto al tema de la propiedad.

Lo primero que debe resaltarse es que la Iglesia se limita a establecer unos cuantos principios generales, a los cuales deberán atenerse las soluciones prácticas concretas. La Iglesia nunca ha pretendido ofrecer fórmulas prácticas.

Esos principios generales pueden establecerse de la siguiente forma:

1.— La Iglesia mantiene y defiende como derecho natural del hombre, el derecho a la propiedad privada de bienes, incluso los de producción.

2.— En virtud del carácter de derecho natural que tiene "la propiedad", la Iglesia siempre ha mantenido que la aplicación de la propiedad privada debe ser para todos los hombres.

3.— La Iglesia también defiende un principio fundamental, al que debe atenerse la institucionalización de la propiedad: EL BIEN COMUN, o sea, debe subordinarse a su función social.

Dentro del planteamiento de la Iglesia, según P. Jean Ives Calvez, el derecho natural a la propiedad privada se fundamenta y justifica en las siguientes razones:

a) La propiedad garantiza al hombre una esfera externa de personalización, de libertad, es decir, de natural expresión de la persona.

b) Permite hacerle frente al futuro, a las posibilidades que puedan ofrecérsele, o sea, es un medio de garantizarle cierta seguridad social frente a los avatares del futuro.

c) Porque le proporciona una gestión verdaderamente responsable, personal y humana, de las cosas de este mundo.

d) Porque, tal como lo dice Juan XXIII, el carácter natural del derecho de propiedad es difícilmente objetable porque *"encuentra su origen prevalente y su perenne alimentación en la fecundidad del trabajo"*.

Es dentro del tercer requisito en donde la autogestión puede cumplir con plenitud tal finalidad. Considero que dentro del tipo de propiedad que existe en nuestro sistema, con una creciente tendencia a la concentración, no se alcanza el objetivo de que la gestión sea verdaderamente responsable, personal y humana.

---

(3) José Aumente. *"Confrontación, diálogo y compromiso"*. Ed. Nova Tierra. Barcelona, España, 1966, p. 95.

(4) Las ideas fundamentales de esta parte son tomadas del libro de José Aumente, *"Confrontación, Diálogo y compromiso"*, citado en la nota anterior, pp. 105-25.

(5) Candide Moix. *"El pensamiento de Emmanuel Mounier"*. Ed. Estela S.A. Barcelona, España, 1969, p. 59.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

Por otra parte, la autogestión establece una participación mucho más amplia que la que brinda el régimen de propiedad vigente. Esa participación amplia dentro del régimen de propiedad ha sido reafirmado por el CONCILIO VATICANO II cuando dice que: *"...Dios ha destinado la tierra y cuanto ella contiene para uso de todo género humano... Sean las que sean las formas de la propiedad, adaptadas a las instituciones legítimas de los pueblos según circunstancias diversas y variables, JAMAS SE DEBE PERDER DE VISTA ESTE DESTINO UNIVERSAL DE LOS BIENES"* ("Constitución - La Iglesia en el mundo actual". Part. II, Capt. II, párr. 69). El párrafo transcrito respalda y justifica plenamente el sistema de autogestión.

Dentro del planteamiento de la autogestión, Juan XXIII ha señalado que debe servir para que los obreros puedan hacer oír su voz, entregando su aporte para el eficiente funcionamiento y desarrollo de la empresa. Juan XXIII considera que al obrero no debe reducírsele a un simple ejecutor, sino que debe buscarse la responsabilidad activa de quienes participan en el proceso productivo. Textualmente dice que *"...Hay que hacer notar que el ejercicio de la responsabilidad por parte de los obreros en los organismos productivos, junto con responder a las legítimas exigencias propias de la naturaleza humana, también está en armonía con el desarrollo histórico en el campo económico-social-político..."*.

3. LA PARTICIPACION.

El fundamento sobre el que gravita el planteamiento de la autogestión, está en íntima conexión con lo que constituye LA PARTICIPACION. Hasta el momento las relaciones sociales se han fundamentado sobre un concepto absoluto de verticalidad, pero al plantearse "la participación", se busca que esas relaciones verticales adquieran un carácter horizontal. Se busca pasar de una sociedad de absolutismos (relativos) hacia una de participación.

El paso de una sociedad vertical hacia una sociedad de participación no puede realizarse sin costo alguno, es necesario que todos estemos dispuestos a soportar grandes sacrificios. La búsqueda de participación debe ser integral, debe abarcar todos los ámbitos de la vida social, así como los aspectos materiales y espirituales del hombre.

Jesús Ginés, al referirse al proceso revolucionario de la humanidad, reconoce una triple ascensión dentro del proceso. Tales etapas se refieren al TENER, PODER, y el SER (6). Dentro de ese proceso se va alcanzando lo que podría llamarse PARTICIPACION INTEGRAL.

La búsqueda de participación en el proceso económico, a través de la autogestión, cumple especialmente con la primera etapa, referente al TENER, aunque sin dejar de abarcar un poco las otras etapas. El proceso culmina con la revolución del ser, ya que más allá de la posesión material de las cosas o del dominio real sobre el universo que confiere el poder, lo que el hombre realmente busca es la afirmación de lo que la propia persona inserta en la comunidad humana. Todo este proceso supone la participación en todos los aspectos de la vida social, razón por la que la autogestión, en el campo económico, vendría a contribuir notablemente para el avance de un proceso revolucionario que constituirá condiciones más dignas en el desarrollo de la persona.

El planteamiento de la autogestión económica, hace posible la participación, la cual podríamos definirla como la posibilidad de tomar parte activa, de ser con los demás, dentro de un proceso creativo.

4. MOUNIER Y LA AUTOGESTION.

Si se analizan los escritos de los autores anarquistas, admitiendo siempre las limitaciones prácticas que puedan tener tales planteamientos, se puede apreciar que tenían cierto tipo de organización económica que toma en cuenta la autogestión (7).

Dentro de la corriente personalista, en cierta forma Emmanuel Mounier plantea un sistema de autogestión, ya que considera que *"...una economía de inspiración centralista es una economía de tendencia unitaria. No admite una pluralidad de sectores, como hemos dicho, más que como necesidad de transición. Una economía de inspiración personalista es una economía pluralista, que realiza entre la colectivización y las exigencias de la persona tantas fórmulas como sugieren las condiciones diferentes de la producción. Este pluralismo no debe ser concebido como un eclecticismo..."* (8). Al hablar Mounier de economía pluralista, ya deja claramente establecida la posibilidad de una organización económica que gravite alrededor del concepto de autogestión.

Para el establecimiento de una economía de inspiración personalista, distingue dos sectores: *"...1.— Un sector planificado, esencialmente destinado a la producción del mínimo vital, relativamente indiferenciado e invariable, reconocido por la sociedad personalista como derecho absoluto de la persona. Se le ha calificado de servicio público*

---

(6) Jesús Ginés. *"Participación integral"*. Ed. del Pacífico S.A., Santiago, Chile, 1974, p. 26.

(7) Sobre los aspectos citados de los anarquistas, sobre los que Emmanuel Mounier prestó especial atención, pueden consultarse las siguientes obras: *"Anarquismo ayer y hoy"*. Luis Mercier Vega. Ed. Monte Avila. Venezuela, 1970. *"Teoría política del anarquismo"*. April Carter. Ed. Monte Avila. Venezuela, 1975. *"Propiedad y federación"*. P.J. Proudhon. Ed. Narcea S.A. Madrid, España, comentado por Carlos Díaz.

(8) E. Mounier. *"Manifiesto al servicio del personalismo"*. Ed. Taurus. Tercera edición, 1972, España, p. 164.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

de las necesidades vitales... 2.— Un sector libre donde actúan, sin amenazar en modo alguno el mínimo vital de cualquiera, la libre creación y la libre emulación. Este sector no queda desde luego abandonado a la anarquía, sino organizado según una fórmula de cooperación o de corporativismo postcapitalista. Su libertad organizada es el principal elemento de resistencia de la colectividad del trabajo contra la opresión política..." (9). La cita transcrita revela fácilmente que Mounier establece los supuestos y condiciones suficientes para plantear la fórmula de la "AUTOGESTION". El planteamiento de Emmanuel Mounier busca la creación de una sociedad cuyas estructuras propicien la construcción de la persona, dejando atrás la condición de simple individuo, y por esa razón considero que el filósofo francés llega a considerar que la autogestión podría contribuir a la realización de tal ideal.

Dentro de la corriente personalista se considera que la autogestión, dentro del campo económico, podría constituir una forma de propiciar condiciones más adecuadas para que los seres humanos alcancen la condición de "persona".

5. PRINCIPIOS FUNDAMENTALES PARA LA ORGANIZACION DE UNA ECONOMIA DE AUTOGESTION (10).

El marco dentro del que debe situarse la autogestión, como forma de organización de las relaciones de producción, es la lucha por la instauración de un ideal mucho más amplio y profundo: una sociedad libre e igualitaria.

Por igualdad debe entenderse como igualdad para relacionarse con los demás miembros de la sociedad, se refiere a igualdad de oportunidades, buscando siempre desterrar toda relación de dominación. Esta igualdad es compatible con la libertad, siendo por lo general una igualdad de desiguales, en lo que homogeneidad se refiere.

Se puede decir que una sociedad libre e igualitaria se constituye por un sistema económico y social con los siguientes objetivos: 1.— Permitir a cada hombre en lo real y no sólo en lo formal construir su propio destino libremente sin más limitación que los derechos y justos intereses de los demás miembros de la comunidad. 2.— Hacer de la comunidad el lugar de encuentro dinámico de esos hombres libres en términos de progreso material, de perfeccionamiento intelectual y espiritual, y de vivencia solidaria y fraternal.

Cuando un sistema busca realizar los objetivos mencionados, se supone que deben existir ciertas condiciones básicas. Tales condiciones son:

1.— Se debe tender a eliminar todos aquellos mecanismos que permitan que algunos hombres adquieran poder sobre otros, más allá del poder que estos últimos quieran voluntariamente delegarles.
2.— Toda forma de poder debe estar siempre sujeta a una instancia en que la comunidad revise su legitimidad y eficacia social, pudiendo suprimirla o mantenerla.
3.— El peso de cada miembro de la comunidad en las decisiones sociales debe ser igual, y la única forma de tomar dichas decisiones debe ser el acuerdo mayoritario de los miembros de la comunidad o la delegación de dicho poder de tomar decisiones (por ejemplo, en personas técnicamente calificadas) por la misma vía.
4.— Es necesario crear condiciones para que la comunidad comprenda efectivamente lo que resuelve. Este requisito implica la necesidad de que se preste un servicio de información clara para todos, ya que así los que deciden sabrían determinar los aspectos sobre los que están decidiendo.

A. Algunas características de una economía de autogestión.

Cuando se plantea la autogestión, aunque para su implantación podrían seguirse una serie de etapas, en última instancia lo que se busca es un tipo de economía que podría ser calificada como "una economía de trabajadores".

1.— La economía de autogestión debe tender a través de todos sus mecanismos operativos a generar y ejecutar decisiones que se traduzcan en el mayor bienestar posible de las mayorías. Dentro de esta definición de bienestar debe existir un equilibrio entre los intereses individuales y sociales, entre necesidades de corto plazo (consumo actual) y necesidades a largo plazo (generar ahorro).

Para determinar los aspectos mencionados debe tomarse en cuenta no sólo el criterio de los técnicos o especialistas, sino que debe confrontarse tales criterios, en un plano de igualdad, con los intereses y percepciones de la realidad que tengan los distintos grupos o individuos. De esta forma se llegaría a definir en forma más democrática lo que constituye el bienestar.

2.— La segunda característica se refiere a que los mecanismos de decisión en todos los niveles de la vida económica, deben reflejar la participación del pueblo. Representándose a éste por la comunidad nacional, regional o local o por la comunidad trabajadora que se encuentre comprometida directamente en una actividad productiva. Dentro de esta perspectiva es indudable que deben establecerse mecanismos de elección, ya que no podría pensarse en un tipo de participación absolutamente directa. Sin embargo es necesario que a quienes

(9) *Ibíd.*, p. 164-65.

(10) Las ideas fundamentales de esta parte son tomadas del libro "*Autogestión y Desarrollo*" de Ramón Downey. Ed. Del Pacífico. Instituto de Estudios Políticos-Idep, Santiago, Chile, 1973.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

se les deposita confianza a través de la elección, puedan estar sometidos periódicamente al juicio de la comunidad, en lo que se refiere al resultado de su gestión.

3.— El tercer criterio fundamental se refiere a la tendencia permanente hacia la descentralización de las decisiones, ya que vendría a ser el único modo de asegurar y acrecentar la efectiva participación de la comunidad. Sabemos que a veces es necesario que cierto tipo de decisiones reflejen efectivamente el interés de la sociedad, razón por la que se aplica una centralización, pero no debemos olvidar que tal mecanismo también facilita la manipulación de la voluntad popular, dificultando también la comprensión de las decisiones que debe adoptar la comunidad (11).

Para que la participación sea efectiva, se exige un alto grado de descentralización. La descentralización puede plantear serias dificultades, sin embargo constituye uno de los canales más adecuados para la construcción de una economía de trabajadores.

A manera de síntesis, se puede decir que la mayoría de las experiencias de autogestión, reflejan las siguientes características:

a) Autogobierno de los trabajadores, mediante los órganos representativos nombrados por elección.
b) Apropiación por parte de los trabajadores de una parte del producto de su trabajo.
c) Derecho a fijarse la remuneración, cumpliendo en cualquier caso, un margen fijado por la ley.
d) Derecho a cierta autonomía en la forma de realizar la producción, aunque subordinado a la planificación general (12).

B. Instituciones de una economía de autogestión.

La autogestión en su etapa que podría calificarse como "plena", parte de un cambio en las relaciones de producción de la unidad económica base que es la empresa. Se vienen a cambiar los derechos que otorga la propiedad, variándose el rol de los trabajadores que pasan a tener el papel principal, como conductores y beneficiarios del proceso productivo.

El cambio hacia la autogestión no sólo ocurre dentro de la empresa, sino que abarca todo el sistema económico y sus instituciones. Tanto la legislación como el sistema económico deberá adecuarse a un cambio de las relaciones de producción.

Dentro del cambio mencionado, existirán instituciones propias del sistema de autogestión, así como otras que son comunes a cualquier sistema.

1) Instituciones propias del sistema de autogestión.

La primera institución básica para la operación de la economía autogestionada, es mecanismo que sirve de intermediario entre los agentes económicos que ahorran y las empresas que son las que invierten, separando claramente la propiedad de capitales de la gestión económica de éstos.

Este mecanismo es el que hace los aportes de capital a la empresa, permitiéndole operar, cobrando por ello una tasa de arriendo o interés, pero sin participar en la gestión de esa. A su vez recolecta los ahorros de la economía, lo que constituye su fuente de recursos. Si no existiera esta institución, los agentes ahorrantes (Estado o personas) tendrán que invertirlos directamente en una empresa determinada, propiciándose una relación que puede llevar a los aportantes de capital a ejercer un poder sobre la empresa que menoscabe su independencia, otorgándosele a la propiedad de capitales un poder que, por definición, la autogestión pretende extirpar. La institución mencionada no debe ser un solo organismo centralizado y burocrático, sino que debe ser un sistema con múltiples organismos, sectoriales y regionales, independientes (producto del principio de descentralización), los cuales vendrían a estar regulados por la autoridad monetaria y planificadora del Estado.

La segunda institución básica de la economía autogestionada, es la que deriva de la necesidad de crear una nueva función contralora del Estado, buscando asegurar la pureza de la democracia interna de las empresas. Uno de los peligros graves de la autogestión es que grupos dentro de la empresa puedan desvirtuar el proceso de gestión democrática, erigiéndose en oligarquía.

2) Instituciones comunes a cualquier sistema.

El resto de las instituciones económicas, no serían propias del sistema autogestionado, sino que básicamente existen en cualquier sistema. Entre estas instituciones estarían la PLANIFICACION ECONOMICA, la regulación monetaria y crediticia, la regulación comercial interna y externa; de tributación, fomento, etc. Todas las instituciones mencionadas se mantienen en sus características fundamentales, aunque con las variaciones que impone la autogestión.

C. Algunos problemas que plantea la autogestión.

Uno de los problemas más agudos reside en cómo lograr en el menor tiempo posible la readecuación del sistema institucional, a partir de la situación prevaleciente al momento en que se comienza a construir la economía autogestionada, tomando en cuenta también la correlación de fuerzas sociales presentes en el proceso. Los problemas que se plantean desde un punto de vista micro-económico y macro-económico son de muy variada naturaleza, ya que la variación que produce el sis-

(11) Sobre problemas de centralización económica, puede consultarse la obra de M. Dobb, "*El nuevo Socialismo*". Ed. Oikos-Tav. Barcelona, España.

(12) *Supra* nota 3, p. 124.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

tema de autogestión, viene a remover las estructuras fundamentales del sistema social. Sin embargo, toda discusión posible sobre el modelo institucional queda superada por la dinámica del proceso, ya que al iniciarse la transformación de la sociedad mediante el traspaso real del poder económico dentro de la empresa, en una porción vasta de la economía y en forma rápida, se creará una fuerza dinámica en la base, de tal magnitud, que ella misma irá condicionando el proceso.

Lo novedoso de un cambio hacia la autogestión es que el traspaso real del poder económico y político que tenía clases oligárquicas, no se deposita en la nueva clase burocrática (tal como sucede en algunos procesos revolucionarios), sino que se orienta hacia la base social. Sin embargo, se debe tener una visión realista del proceso, ya que el poder entregado a la clase trabajadora debe ser efectivamente utilizado para lograr cambios a favor de una mejor eficiencia en el sistema, y no para alcanzar privilegios discriminados que vengan a beneficiar a los trabajadores de las empresas más poderosas a costa del resto de los ciudadanos. Una de las formas de evitar el vicio mencionado, es a través de la utilización del mercado, al cual todos concurrirían en igualdad de condiciones, con reglas de juego claras, con mínima intervención del Estado, el cual sólo intervendría para solucionar casos "especiales", suprimiendo las franquicias que permiten privilegios a quienes tienen mayor poder. Cuando los precios no son fijados a través de algún mecanismo de mercado, sino que son fijados por decisiones arbitrarias de organismos del Estado, tal procedimiento con facilidad propicia la obtención de privilegios discriminatorios. Cuando los precios no reflejan la estructura productiva y las preferencias de los consumidores, sino las decisiones de la burocracia, por definición, alguien sale beneficiado y alguien perjudicado; beneficiándose por lo general aquellos con mayor poder de presión frente a los más débiles. Por otra parte, si a esas circunstancias se une el hecho de que se trate de una economía cerrada a la competencia del exterior, se permitiría la existencia de gran cantidad de monopolios, que representan ventajas para sus beneficiarios (13).

El peligro de la propiedad social, sobre todo en la forma de verdadera autogestión, no reside en el hecho de que afecte o menoscabe el desarrollo de la personalidad humana, como en que no coopere lo suficientemente en el otro fin primordial: el bien común. O en otras palabras, en que degenere en una anarquía de la producción nacional (14).

LA AUTOGESTION EN YUGOSLAVIA

Todo lo que se refiere a la autogestión todavía se encuentra en un terreno relativamente impreciso, ya que el campo experimental sobre el que se ha realizado tal experiencia, todavía resulta demasiado restringido y limitado como para que se puedan extraer de él indicaciones o generalizaciones con un grado suficiente de validez.

En el campo práctico, tal como lo establece Leonardo Tomasetta, sólo tenemos los intentos de la Comuna de París, de los Soviets en Rusia, en 1905 y 1917, de los consejos obreros en Austria, Alemania, Hungría en 1918 y en España en 1936, y más tarde aún en Hungría en 1956; pero todas han sido experiencias de brevísima duración, casi todas ahogadas por la represión violenta. *"El único experimento significativo por su duración y por ofrecer posibilidades de examinar en detalle todas sus consecuencias de orden económico, social y político es sin duda, el que todavía tiene lugar en Yugoslavia; pero se trata de un proyecto pensado y aplicado por los mismos dirigentes de aquel país, que se desarrolla sobre todo en el plano de algunas empresas y no pone en discusión la fuente misma del poder político. No se trata. . . de que esa experiencia no permita extraer experiencias valiosas. . ."* (15), sino que hay que tener gran cautela en el análisis y aplicación a otros contextos socio-políticos.

Para poder referirse a la autogestión, considera indispensable referirse a una de las experiencias más significativas en este campo, y tal vez la única, como es el caso de Yugoslavia.

Según Leonardo Tomasetta, la mayor contradicción del experimento yugoslavo, y que podría extenderse, desde un punto de vista teórico, a cualquier experiencia de autogestión, *". . .consiste precisamente en haber considerado posible una conciliación entre las exigencias de la autogestión, por lo común circunscritas al nivel de la empresa y la "racionalidad" de una planificación del desarrollo que confía en las leyes tradicionales del mercado, a las cuales tendrán necesariamente que*

---

(13) Sobre las ventajas de cierto tipo de mercado y competencia, es interesante estudiar los artículos de OTA SIK, en especial los que aparecen en el libro titulado: "*CHECOSLOVAQUIA: Un socialismo en evolución*". Ed. Fontanella, Barcelona, España, 1969, p. 27-40.

(14) *Supra* nota 3, p. 124.

(15) Leonardo Tomasetta. "*Participación y autogestión*". Ed. Amorrortu, Buenos Aires, Argentina, 1975, p. 197.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

ajustarse las relaciones mismas de producción. . ." (16). El criterio que manifiesta Tomasetta establece uno de los problemas más profundos de la autogestión obrera, ya que no es fácil planificar el desarrollo a través de la autogestión, utilizando el mecanismo de mercado en la fijación de precios.

A. Algunos aspectos importantes en el desarrollo histórico del sistema de autogestión.

Uno de los aspectos más importantes que debe tomarse en cuenta al analizarse el sistema de autogestión en Yugoslavia, es que de todos los países europeos ocupados por los invasores fascistas, fue el único que se liberó por sus propias fuerzas. Este primer paso trascendental, contribuirá en forma sustancial a mantener una posición crítica frente a la posición de la Unión Soviética. También trajo como consecuencia que el pueblo tuviera una moral increíblemente alta, condición que es indispensable para poder iniciar cualquier proyecto social que sea ambicioso.

Después de la guerra, Yugoslavia, era un país campesino. El campesinado participó activamente en la Guerra de Liberación Nacional. La orientación del Gobierno, al lograr la liberación del país, fue de orientación socialista. La devastación del país hizo más fácil el paso hacia un gobierno de corte socialista, ya que la nacionalización de muchos sectores de la economía no representaba una carga financiera excesiva.

Antes de llegar al sistema de autogestión, la economía yugoslava pasó por tres etapas:

1. **Economía de planificación centralizada.**
2. Período intermedio de descentralización.
3. Socialismo de autonomía.

Dentro de la primera etapa se inicia (a partir de la finalización de la Segunda Guerra Mundial) el conflicto y las diferencias entre el Gobierno Yugoslavo y la Unión Soviética. Por ejemplo, en "...1948 Stalin acusó a los dirigentes del Partido Yugoslavo de revisionismo y antisovietismo. Los yugoslavos rechazaron la acusación, y poco después los países del Cominform lanzaron un ataque político y económico en gran escala. . ." (17). El conflicto con la Unión Soviética es una condición que hay que tener en cuenta al analizar el sistema de autogestión yugoslava. . .

Para 1950 la organización socio-económica de Yugoslavia se había desarrollado lo suficiente como para considerarla un modelo de economía dirigida administrativamente o planificada en forma centralizada. Pero en 1950 se inicia una nueva orientación, ya que para fines de 1951 la economía de planificación centralizada había pasado a la historia.

En la segunda etapa, en forma paulatina la centralización como principio de organización fue reemplazada por la descentralización.

A mediados de 1950 se aprobó una ley por la que se crearon los consejos obreros. *"...El presidente Tito presentó el proyecto de ley a la Asamblea Federal en un discurso en el que dijo: El lema 'las fábricas para los trabajadores, la tierra para los campesinos' no es un lema de propaganda abstracta, sino un lema de significación profunda. Encierra en sí solo todo el programa de las relaciones socialistas en la producción, tanto en lo que atañe a la propiedad social como en lo que se refiere a los derechos y a los deberes de los trabajadores, y por lo tanto puede y debe llevárselo a la práctica si realmente queremos construir el socialismo. . ."* (18). El criterio que ha expresado el presidente Tito resume todo el proceso ocurrido en la segunda y tercera etapa, hasta alcanzar lo que algunos han llamado como Socialismo de autonomía. Dentro de ese proceso de cambio, fue necesario hacer una reforma a la LEY CONSTITUCIONAL (1953), quedando el texto del artículo cuarto en la siguiente forma: *"...La propiedad social de los medios de producción, la autonomía de los productores en la economía y la autonomía del pueblo trabajador en el municipio, la ciudad y el distrito constituyen la base de la organización social y política del país..."*. Con fundamento en tal reforma, el socialismo de autonomía adquirió mayor vigor. El Socialismo de autonomía yugoslavo busca realizar un sistema de autonomía social y democracia directa. La autogestión no solo abarcaba el aspecto económico, sino que trató de aplicarse a las actividades no lucrativas (aspectos políticos y sociales).

B. La autogestión en la empresa (19).

La estructura interna de la empresa yugoslava se basa en el principio de la separación de los poderes de gestión propiamente dichos y la dirección técnica y administrativa de los negocios. Dentro de la escala ascendente de los órganos colegiados de gestión, que asciende desde la "colectividad de trabajo" al consejo obrero y al comité de gestión, corresponde otra escala descendente de órganos de ejecución, cuyo punto de partida es el director de la empresa, descendiendo paulatinamente a los cuadros superiores, intermedios e inferiores de dirección.

1. La colectividad de trabajo.

La colectividad de trabajo es considerada como la depositaria del derecho de gestión. Abarca a todos los que participan en el proceso de producción, excluyéndose sólo a los ciudadanos que

---

(16) *Ibíd.*, p. 209.

(17) Branko Horvat. *"Socialismo y Economía en Yugoslavia"*. Ed. Periferia, Buenos Aires, Argentina, 1974, p. 11.

(18) *Ibíd.*, p. 15.

(19) Esta parte de la exposición en gran parte ha tenido como respaldo el libro de Leonardo Tomasetta, citado en la nota No. 15.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

eventualmente se encuentren privados de derechos políticos, los menores de dieciocho años y los "aprendices", quienes gozan de régimen especial. (En Yugoslavia el procentaje de los excluidos oscila alrededor de un promedio de apenas un 2.5 por ciento de la fuerza ocupada). La colectividad decide directamente en lo que se refiere a las admisiones y despidos. Por otra parte, del derecho de gestión es delegado en el consejo obrero, el cual es electo por la colectividad por un término de un año, pudiendo revocarse el nombramiento en cualquier momento.

Ejerce en forma predominante las funciones electorales, teniendo también la facultad de dirigir propuestas y sugerencias a los órganos colegiados de gestión. También tiene la facultad de asistir (sin derecho a voto, pero con derecho a voz) a las reuniones del consejo. Puede exigir que se utilice el referéndum en cuestiones atinentes a las retribuciones y a la distribución del beneficio obtenido en la empresa.

Por no disponer de un verdadero estatuto legal (limitación que constituye un defecto del sistema, pero que posiblemente busca darle mayor flexibilidad a su funcionamiento), las reuniones de la colectividad (que se celebran por convocatoria del consejo obrero y del comité sindical de la empresa) sólo tienen carácter consultivo, y sus resoluciones son interpretadas como simples recomendaciones a los órganos colegiados de gestión.

2. El Consejo Obrero.

El Consejo obrero es electo por la colectividad. Es el órgano deliberativo que tiene competencia sobre todas las decisiones referentes a la política general de la empresa. El número de sus integrantes varía según sea las dimensiones de la empresa, pero nunca puede participar el director o los demás dirigentes de los cuadros superiores.

Son escogidos mediante elección que se hace en la "colectividad de trabajo". Las elecciones se realizan por votación secreta, mediante listas propuestas, tanto por las organizaciones sindicales como por grupos de trabajadores (estos deben representar por lo menos el diez por ciento de la fuerza ocupada, con un máximo de cincuenta candidatos para las empresas de más de quinientos trabajadores).

Las listas, sumadas, configuran un elenco único de candidatos, pudiendo el elector otorgar preferencias por candidatos de distintas listas, siempre que respete el número máximo de puestos disponibles. La reelección está limitada, buscando de esta forma que no se formen "grupos dominantes" que podrían mantenerse en forma indefinida dentro del Consejo Obrero.

Entre las funciones del Consejo Obrero se cuentan las de elegir y revocar el nombramiento de quienes integran el comité de gestión; examinar los informes periódicos que debe presentar el comité de gestión; participar en la designación del director a través de las comisiones de concurso, etc.

El Consejo adopta directamente los planes financieros y de promoción, los programas de inversión y amortización. Aprueba el balance y las cuentas de la empresa. También se pronuncia sobre el reparto del beneficio de la empresa y sobre la adquisición o venta de maquinarias. Desde enero de 1958 el Consejo se encarga de los asuntos relativos al personal de la empresa.

Para el cumplimiento de las múltiples tareas que tiene el Consejo Obrero, que en las grandes empresas pueden resultar extraordinariamente complejas, se cuenta con la colaboración de comisiones especiales, las cuales trabajan bajo la directa responsabilidad del Consejo, siendo presididas por un miembro del Consejo.

3. El Comité de Gestión.

El comité de gestión es el órgano ejecutivo responsable por el funcionamiento de la empresa. Puede estar constituido por tres o por once miembros, según sea el caso, incluyendo siempre al director. La composición del comité debe establecerse de tal forma que por lo menos las tres cuartas partes de los miembros sean obreros que trabajan en la producción o, si se trata de empresas de servicios, obreros y empleados que aseguren la actividad económica fundamental. No más de un tercio de los miembros puede provenir del comité anterior, ni se puede formar parte del comité por más de dos años consecutivos.

No pueden formar parte del comité de gestión, el presidente del Consejo Obrero, el director de la empresa, el jefe de contabilidad, así como los miembros de las comisiones electorales. Las limitaciones mencionadas obedecen, entre otras razones, a la búsqueda de un equilibrio en el ejercicio del poder dentro de la empresa.

Los representantes del comité de gestión deben seguir desempeñando su trabajo habitual en la fábrica (para evitar el establecimiento de una "aristocracia obrera"), recibiendo siempre la misma remuneración que cualquier otro obrero. No gozan de particulares inmunidades, ni de horas libres que utilizar para el cumplimiento de sus funciones. Sólo pueden solicitar el reembolso del salario perdido por tomar parte en reuniones durante las horas de trabajo. Se busca al máximo evitar la institucionalización de privilegios.

El comité prepara y somete al Consejo el proyecto del plan anual de producción y de gestión, el reglamento de la empresa, las proposiciones de venta y adquisición de bienes de capital y el programa de inversiones. También decide sobre las cuestiones referidas a la gestión habitual de la empresa, haciendo el nombramiento de los dirigentes de los distintos servicios. El comité resuelve en primera instancia los recursos de los trabajadores, ejerciendo control sobre la actividad del director y sus subalternos.

4. El Director de la Empresa.

Hasta 1953, el director era un funcionario del

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

Estado, quien lo designaba a través de los órganos de PODER POLITICO, razón por la que no estaba sujeto a la disciplina interna de la empresa. Por efecto de la ley que determinó a la empresa como colectividad económica autónoma, el status del director se equipara al de un empleado con responsabilidades administrativas particulares, con una posición preeminente sobre todos los miembros del sector ejecutivo de la empresa. La única función pública que conserva todavía es la de ser reconocido como "guardián de la legalidad" en la gestión de la empresa como propiedad social.

La elección del director se hace por concurso público, recibiendo las ofertas una comisión en la que la mitad de los miembros es designada por el Comité Popular Municipal y la otra mitad por el consejo obrero de la empresa interesada. De las candidaturas recibidas, la comisión designa el candidato que parece responder mejor a las condiciones exigidas. El nombramiento corresponde al Comité Popular Municipal, que puede también no aprobar la designación de la comisión y abrir un nuevo concurso.

El nombramiento del director puede ser revocado, ya sea por la iniciativa del consejo obrero o por la del servicio de inspección competente (para las finanzas, el trabajo, la seguridad y la higiene). Sin embargo, la revocatoria sólo podrá ser solicitada en los casos que estén expresamente previstos por las leyes. Es interesante observar que aún dentro de un sistema socialista, la vida social se trata de orientar a través del respeto a la legalidad. Dentro del proceso de destitución, al afectado se le reconoce el derecho a defenderse, dándosele el derecho a interponer recursos.

El director es el principal agente ejecutivo de los órganos colegiados de gestión y es al mismo tiempo, jefe técnico y administrativo. Tiene el deber de organizar el trabajo de la empresa. Goza de gran autonomía en la dirección de los asuntos corrientes, sobre todo en los relativos al personal, para lo que no necesita, salvo expresas disposiciones de la ley, el previo consentimiento de los órganos sociales. Se le considera el jefe jerárquico absoluto de todo el personal, sin excluir el personal superior.

En las grandes empresas, el director ejercita sus actividades técnicas y administrativas con la ayuda de un colegio de directores pertenecientes a los servicios principales. Hasta 1954 los directores del personal superior eran nombrados por el director de la empresa, pero luego esa prerrogativa fue encomendada al comité de la empresa, que puede elegir entre el personal de la empresa o por concurso.

Como empleado de la empresa, el director debe someterse a los estatutos y reglamentos, al igual que el resto del personal. Participa en los resultados de la empresa con igual título que los demás trabajadores, y por ello tiene derecho a una parte alicuota del rendimiento de la empresa, proporcional a su retribución básica. Si el reglamento lo permite, puede gozar, en forma adicional, de premios e indemnizaciones habitualmente reservados para los trabajadores retribuidos por hora. En la práctica, que como siempre es donde resulta más difícil aplicar el modelo de autogestión, algunas empresas han tenido que recurrir a condiciones de remuneración "fuera de tarifa" no previstas expresamente por los reglamentos de la empresa.

C. Algunas críticas al sistema yugoslavo.

Las críticas que se hacen al sistema yugoslavo pueden servir para dos propósitos:

1.— Determinar los problemas que plantea la realización práctica de cualquier proyecto de carácter socio-político.

2.— Puede servir como "guía" para cualquier sociedad que busque formas de organización económica que puedan estar más cerca de los ideales democráticos (Gobierno del pueblo, por el pueblo y para el pueblo).

Para algunos autores, a pesar de los esfuerzos hechos por los dirigentes yugoslavos, éstos, a lo largo de todo el desarrollo de la experiencia, *"...fueron suficientemente precavidos como para salvar, al mismo tiempo que sus vidas, sus privilegios. Así el fenómeno político se transforma igualmente en fenómeno de clase; el instrumento del partido conserva su posición de dirigente, incluso dentro de la nueva estructura. La nueva clase con autoridad no pierde nada en esta operación, y por el contrario, gana en el plano interior una cierta estabilidad, y en el exterior un nuevo prestigio y una nueva ayuda económica. No es simplemente por azar que Djilas, miembro influyente de la nueva clase, ha hecho la crítica de su propia clase; se trata del mismo fenómeno dialéctico que obligará a la economía yugoslava a mantener constantemente un equilibrio sutil entre la mera verborragia y la realidad, entre las promesas y la coerción, etc. ..."* (20). La crítica que refleja la cita transcrita, aunque puede expresar un punto de vista personal, refleja el peligro de contentarse con simples "formas". Es necesario mantener siempre una visión crítica de la realidad, pensando que la lucha por una sociedad democrática nunca termina.

Gilles Martinet, en su libro sobre "LOS CINCO COMUNISMOS", menciona que en la experiencia yugoslava, la autogestión no ha suprimido el salario (21). Esta situación abre la posibilidad de que los fines que se propone la autogestión, alcancen una "realización" bastante limitada. En cuanto al mantenimiento de grupos privilegiados,

---

(20) Varios autores. *"La Autogestión, el Estado y la Revolución"*. Ed. Proyección, Buenos Aires, Argentina, 1969, p. 82 (Trabajos publicados por la revista "Noir et Rouge").

(21) Gilles Martinet. *"Los Cinco Comunismos"*. Ed. Tiempo Nuevo, Buenos Aires, Argentina, 1972, pp. 122-23.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

Edward Kardelj ha dicho que: *"...La preponderancia de los ingenieros y de los expertos en general, si no en número, por lo menos en cuanto a la participación activa en el consejo obrero central de las grandes empresas, constituye un hecho muy extendido, y quizás aun dominante. El saber, es una fuerza de producción que presenta para el obrero el mismo interés que la técnica o la tecnología. Es entonces normal que para reglamentar las cuestiones que exigen conocimientos superiores a los suyos, el obrero escuche a quienes saben más acerca de ellas y les otorgue fe..."* (22). La crítica de Kardelj hace referencia a un problema que no se resuelve con leyes o "estructuras", sino que está en íntima relación con una educación "popular" que alcance cada vez mejor nivel, ya que de esta forma el ciudadano tendrá amplitud de criterio al participar en la toma de decisiones. Según el criterio de Kardelj, las minorías mejor preparadas siguen teniendo una gran influencia, a pesar de lo que pueda establecer la "estructura formal".

También se considera que para el correcto desarrollo del sistema de autogestión, es incompatible el mantenimiento del sistema de PARTIDO UNICO. Para los que mantienen una "ortodoxia" de corte marxista, consideran que la autogestión, que a veces podría ser calificado como "socialismo de mercado", ha elegido un mal camino, ya que se ha alejado de los grandes objetivos del comunismo, aproximándose al capitalismo y a las concepciones burguesas.

A pesar de todas las críticas que puedan hacérsele al sistema yugoslavo, no existe duda de que se trata de un proyecto ambicioso que busca una nueva sociedad. A través de su experiencia se podrían establecer nuevos caminos para encontrar organizaciones sociales más justas.

CONTROVERSIA SOBRE LA PROPIEDAD

La ortodoxia predominante, desde un punto de vista marxista, sostiene el criterio que la política económica socialista debe orientarse hacia el control general por parte del Estado y debe ser hostil a la iniciativa privada. Dentro de este punto de vista, la autogestión vendría a ser contraria a la orientación que debe seguir un gobierno de corte socialista.

Algunos autores consideran que no es correcto identificar la propiedad privada con el capitalismo y propiedad estatal con socialismo, ya que los artesanos de las ciudades medievales eran dueños privados, y no eran capitalistas; en los antiguos reinos orientales la propiedad estatal era frecuente pero el régimen no tenía ninguna semejanza con el socialismo; en los países fascistas el Estado ejercía un control amplio sobre la vida económica y social pero estos países eran evidentemente capitalistas.

J. Djordjevic considera que: *"...la propiedad estatal de los medios de producción crea un monopolio del poder económico y político y... permite la unificación del poder económico y político bajo el control de un grupo social que personifica el Estado..."* (23). Tomando en sentido contrario los argumentos que se desprenden de la nota transcrita, se pueden determinar los propósitos fundamentales de la economía de autogestión.

Desde un punto de vista jurídico, para ubicar la autogestión, los yugoslavos han desarrollado el concepto de propiedad social, cuyo contenido es controversial, desde un punto de vista jurídico. El contenido de tal concepto, sobre el que no hay discusión, es que la propiedad social entraña la autonomía, sin que implique un derecho ilimitado sobre las cosas, incluyendo atributos de la propiedad extraídos tanto del derecho público como del derecho privado. La controversia mencionada anteriormente, ha sido uno de los temas, que dentro del campo jurídico, ha originado una gran cantidad de teorías sobre los alcances y contenidos de la propiedad, incluyendo la propiedad social.

Dentro de esta polémica sobre la propiedad, René Dumont, considera que la fórmula "COLECTIVIZACION DE LOS MEDIOS DE PRODUCCION", puede llevar al "simplismo". No tomar como criterio del socialismo verdadero esa colectivización parece dogmático y merecería ser extremadamente matizado. Debe explicitarse más detalladamente semejante decisión. "La oportunidad de dicha colectivización depende en primer lugar de las técnicas de producción, del estado de fuerzas productivas..." (24). El criterio de R. Dumont refleja el hecho de que aunque los ideales deben ser siempre claros y fundamentados, también debe buscarse criterios adecuados que puedan adaptarse a cada realidad social. *"...Resulta fácil hablar de colectivización, pero más difícil es realizarla correctamente, eficientemente y, por ende,*

(22) *Ibíd.*, pp. 123-24.

(23) *Supra* nota 17, p. 58.

(24) René Dumont y Marcel Mazoyer. *"Desarrollo y Socialismos"*. Ed. Tiempo Nuevo, Caracas, Venezuela, 1971, p. 84.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

con un consecuente incremento de producción. Queda por precisar, para cada estadio de desarrollo, lo que se puede colectivizar eficazmente y cómo intentar realizarlo en las mejores condiciones de eficiencia. . ." (25). En materia social lo más difícil es la relación entre teoría y práctica, y los problemas que plantea Dumont son aplicables a cualquier experiencia social que busque superar lo que ya está constituido, en especial en lo que se refiere a la forma en que se organiza la propiedad sobre los medios de producción.

ALGUNOS CAMBIOS PARALELOS PARA ALCANZAR EL SISTEMA DE AUTOGESTION

La instauración de una economía de trabajadores implica un cambio profundo en el rol que cumple el Estado en la sociedad actual.

El Estado debe ser participativo y descentralizado. El Estado debe perder su carácter de ente que únicamente interviene desde arriba. Para ello requiere la creación de múltiples organismos de participación, con una descentralización de las decisiones. La tarea que se plantea no es fácil, ya que por un lado requiere que los que detentan el poder, se desprendan de él y queden con un poder más incierto y cuestionado, y por otro lado, se corre el riesgo de caer en el asambleísmo y la inoperancia.

Por otra parte, el Estado debe adecuarse a las funciones de administrador de un plan.

También el Estado debe ser el gran contralor del proceso de participación. Debe velar porque en todos los niveles se cumplan las normas que regulan una adecuada participación de todos los miembros de cada comunidad. Esto implica la creación de un mecanismo, probablemente en el seno del Poder Judicial, que resuelva los conflictos o sancionar los abusos que se pudieran presentar.

Dentro de un proceso en que se busca una mayor participación, el Estado debe buscar no sólo informar sobre las metas y políticas a desarrollar, sino también sobre los resultados de las diferentes decisiones, planteando también formas alternativas en la solución de problemas.

Es necesario que dentro del proceso de participación de los trabajadores, buscando un sistema de autogestión, se produzca un adecuado desarrollo de la organización social y política. No puede tomarse la transformación de manera aislada, circunscribiéndose sólo al campo económico.

¿AUTOGESTION EN COSTA RICA?

La autogestión se plantea como una forma de organización de la empresa, dentro de un proceso que en su culminación llega a revolucionar no sólo el aspecto económico de una sociedad, sino que abarca el aspecto político y social.

Por lo limitadas que han sido las experiencias concretas que han hecho las sociedades en lo que se refiere a la autogestión, no es posible hacer un análisis comparativo entre la experiencia yugoslava y algún país de Hispanoamérica, ya que aunque algunos PARTIDOS POLITICOS latinoamericanos plantean la "autogestión", tales objetivos no se han podido concretar en experiencias que podrían dar fundamento para hacer un estudio comparativo.

En Costa Rica, a pesar de que se ha logrado un gran avance en el campo social y económico, las estructuras fundamentales de nuestra sociedad mantienen un carácter predominantemente vertical. Como un indicador para demostrar tal afirmación, en cuanto a la distribución del ingreso, dice el Dr. OSCAR ARIAS S., Ministro de Planificación, lo siguiente: *". . . El cuadro diez muestra la distribución del ingreso en el país. Como puede notarse, el diez por ciento más pobre gana sólo un dos por ciento del ingreso nacional, en tanto que el diez por ciento más rico gana más de un tercio; en otras palabras, el diez por ciento de las familias de ingreso más alto tiene un ingreso anual dieciséis veces mayor que el recibido por el diez por ciento de las familias más pobres. . ."* (26). La nota transcrita considero que es un buen indicador para darle cierto respaldo al supuesto de que Costa Rica mantiene en su estructura socio-económica un carácter predominantemente vertical. Considero que para otro estudio resultaría interesante profundizar tal afirmación. Fundado en la impresión de que Costa Rica, a pesar de todos los progresos que se han logrado, sigue siendo un país en el que la participación en cualquier campo, en especial el económico, es bastante limitada, podemos plantear como una posibilidad, una organización económica a base de

(25) *Idem.*

(26) O. Arias Sánchez. "*¿Quién Gobierna Costa Rica?* ". Ed. Costa Rica, San José, Costa Rica, 1976, p. 69.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

la autogestión, teniendo como marco un proyecto de sociedad en el que podamos estar más cerca de los ideales democráticos.

Las dificultades que pueden existir en nuestro país para aplicar un modelo tan ambicioso como el de la AUTOGESTION, no se refiere a una limitación legal, sino que las limitaciones están en relación con los propósitos que tienen los Partidos Políticos predominantes, los cuales no han planteado, en forma clara, el objetivo de constituir una economía de autogestión. Por otra parte, en el sector de los trabajadores, todavía existe un limitado desarrollo de sus capacidades, tanto de negociación como de solidaridad, siendo poco factible que puedan plantear una mayor participación en la gestión de la empresa. También debe tomarse en cuenta, sin que constituya un gran descubrimiento, que los "grupos dominantes", por la posición ventajosa que ostentan, no estarían muy anuentes a plantear una organización económica tan "revolucionaria" como sería la autogestión, máxime si se compara lo que ésta plantea con el contenido del régimen de propiedad vigente (art. 45 de la Constitución Política de Costa Rica).

La participación en la producción es un objetivo que podrían plantear los trabajadores. Para alcanzar tal objetivo, si se hace dentro del marco jurídico vigente, tendría que hacerse un plan gradual (con objetivos de corto, mediano y largo plazo), que pudiera culminar finalmente con una economía de autogestión. Tal cambio debería abarcar otros aspectos que no sean sólo el económico. La posibilidad que he planteado, establece una de las grandes preguntas que le surgen al jurista: ¿Es posible un cambio profundamente revolucionario, respetando las normas fundamentales del régimen jurídico vigente? La pregunta puede tener respuesta negativa o afirmativa, ambas con muy buen fundamento, pero lo más importante es no detenerse a contemplar el camino, pensando que todo lo que se ha hecho está bien, y que cualquier cambio debe rechazarse. Es necesario siempre mirar hacia adelante, orientando toda nuestra acción hacia la realización de ideales que nunca alcanzarán realización perfecta.

Para finalizar esta exposición, con respecto a las ideas que he planteado, creo necesario pensar que los juristas debemos tener una mente amplia, ya que si nos aferramos a criterios inflexibles, corremos el riesgo de convertir del DERECHO en simple instrumento de OPRESION y no de justicia. La Justicia nunca puede realizarse a través de hombres que han sufrido una parálisis intelectual, es indispensable que no se pierda de vista que el DERECHO debe estar al servicio del hombre, ya que de otra forma haríamos imposible la realización de los ideales que se propone cualquier ordenamiento jurídico. Por eso puedo decir, tal como lo hace HELDER CAMARA, que: *". . .Pienso en juristas que no se mueven en abstracciones, que no viven en las nubes, sino que pisan con pie firme el suelo, humilde, glorioso y resbaladizo de los hombres. . ."* (27).

BIBLIOGRAFIA CONSULTADA

"Autogestión y Desarrollo". Ramón DOWNEY y otros. Ed. del Pacífico S.A., IDEP, Santiago, Chile, 1973.

"Socialismo y Economía en Yugoslavia". Branko JORVAT. Ed. Periferia, Buenos Aires, Argentina, 1974.

"La Autogestión, el Estado y la Revolución". Ed. Proyección, Buenos Aires, Argentina, 1969.

"Participación y Autogestión". Leonardo TOMASETTA. Amorrortu, Buenos Aires, Argentina, 1975.

"Participación e Integración Nacional". Varios autores, Ed. del Pacífico S.A., IDEP, Santiago, Chile, 1974.

"Autogestión en Yugoslavia". Ed. Zero S.A. Madrid, España, 1971.

"Autogestión en Checoslovaquia". Ota Sik. Ed. Zero S.A., Madrid, España, 1971.

"Desarrollo y Socialismos". René DUMONT y Marcel MAZOYER. Ed. Tiempo Nuevo, Caracas, Venezuela, 1971.

"Los Cinco Comunismos". G. Martinet. Ed. Tiempo Nuevo, Buenos Aires, Argentina, 1972.

"La Sociedad Democrática". Varios autores. Ed. Nova Tierra, Barcelona, España, 1964.

"Confrontación, diálogo y compromiso". José AUMENTE. Ed. Nova Tierra, Barcelona, España, 1966.

"Los Trabajadores en la Sociedad Contemporánea". Varios autores. Ed. Nova Tierra, Barcelona, España, 1966.

"Populorum Progressio - Texto y Comentario". Pedro URIARTE, Bilbao, España, 1967.

"Checoslovaquia: Un socialismo en evolución". A. DUBCEK y otros. Ed. Fontanella, Barcelona, España, 1969.

"Participación Integral". J. GINES y otros. Ed. del Pacífico S.A., Santiago, Chile, 1974.

"Manifiesto al Servicio del Personalismo". E. MOUNIER, Ed. Taurus, Madrid, España, 1972.

"El Pensamiento de Emmanuel Mounier". C. MOIX. Ed. Estela, Barcelona, España, 1969.

"El Nuevo Socialismo". M. DOBB. Ed. Oikos-Tau S.A., Barcelona, España, 1973.

"Propiedad y Federación". P.J. PROUDHON. Ed. Narcea, Madrid, España, 1972.

"¿Quién Gobierna Costa Rica?". Oscar Arias S. Ed. Costa Rica, San José, Costa Rica, 1976.

(27) Helder Camara. *"Para llegar a tiempo"*. Ed. Sígueme, Salamanca, España, 1972, p. 37.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL
"FERNANDO COTO ALBÁN"

APUNTES SOBRE LOS MEDIOS DE DEFENSA EN EL PROCESO CIVIL FRANCES

Lic. Diego BAUDRIT CARRILLO. Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica.

PLAN:

I. EL PROCESO CIVIL ORDINARIO. . . . 60
A. La introducción de la instancia. . . . 60
B. La instrucción del proceso. . . . 61
C. Fin de la instancia. . . . 61

II. LOS MEDIOS DE DEFENSA EN EL PROCESO CIVIL ORDINARIO. . . . 61
A. Las defensas de fondo. . . . 61
B. Las excepciones. . . . 62
1) Categorías de excepciones. . . . 62
a) Las excepciones de incompetencia. . . . 62
b) Las excepciones de litispendencia y conexidad. . . . 62
c) Las excepciones dilatorias. . . . 62
ch) Las excepciones de nulidad. . . . 62
2) Oportunidad para presentar las excepciones. . . . 63
3) Resolución de las excepciones. . . . 63
C. Los "fins de non-recevoir". . . . 63
1) Naturaleza. . . . 63
2) Casos. . . . 63
3) Oportunidad, resolución. . . . 63

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

El Derecho Procesal Civil costarricense se sitúa dentro del sistema procesal hispanoamericano, según la clasificación de Couture (1). Ese sistema encuentra sus orígenes en el Fuero Juzgo y las Siete Partidas y se llega a consolidar en la Ley de Enjuiciamiento Civil española del siglo pasado. En forma paralela se ha formado el sistema francés, que nace con la ordenanza de Moulins y llega al nuevo "Code de procédure civile" que rige desde el 1 de enero de 1976 (2).

Las diferencias entre esos dos sistemas, el contraste de sus instituciones, permite reflexionar sobre los aciertos y las desventajas de uno y otro. Con ese propósito presentamos este esquema de instituciones de Derecho Procesal Civil francés.

En el proceso civil ordinario francés la organización de los medios de defensa destaca en ese contraste por la originalidad de algunos de sus elementos. En este trabajo describiremos su cuadro general y para ubicarlas dedicaremos la primera parte a un bosquejo del proceso civil ordinario.

I. EL PROCESO CIVIL ORDINARIO.

En derecho francés el proceso civil ordinario tiene cuatro características fundamentales. Es **contradictorio**, en cuanto cada una de las partes debe tener la libertad de atacar y de defenderse y la posibilidad de conocer y discutir todos los argumentos de hecho y de derecho, todos los medios de prueba que se presenten al tribunal (3). Es **mixto**, por ser a la vez oral y escrito, con predominio sin embargo de la oralidad. Es **público**, toda persona puede asistir a las audiencias, salvo cuando por motivos de discreción la ley suprime este carácter. Y, en fin, depende de **la dirección de las partes** a pesar que el impulso procesal de oficio juega una importante función y está representado principalmente en el magistrado encargado de la instrucción del proceso (4).

Normalmente el proceso se desarrolla ante un tribunal colegiado, el tribunal de gran instancia. La corte de apelación, también de formación colegiada, conoce en segunda instancia del asunto. El recurso de casación ("pourvoi") por regla general está abierto a toda resolución contra la que se hayan agotado todos los recursos ordinarios o carezca de ellos, y está dentro de la competencia de la corte de la materia. El proceso civil tiene en primera instancia tres etapas bien marcadas: la introducción de la instancia, la instrucción y el fin de la instancia. Nos limitaremos a la descripción de esa primera instancia sin ocuparnos de la apelación y la casación.

A. La introducción de la instancia.

El proceso se inicia por lo general por medio de una demanda, que se forma mediante una notificación que dirige el actor al demandado, citándolo a comparecer ante el juez. Esa notificación, en la cual no interviene aún el tribunal sino un funcionario llamado "ujier de justicia", indica el objeto de la demanda y sus motivos. Tal notificación ("assignation") limita las pretensiones del actor y fija la competencia del tribunal (5).

El demandado debe designar un abogado ("constitution") en un plazo perentorio. Ese acto se formaliza cuando el abogado designado comunica su nombramiento al abogado del actor.

El tribunal conoce por primera vez del proceso cuando una de las partes le remite copia de la "assignation", lo que debe hacerse dentro de un término de cuatro meses, bajo pena de caducidad del acto. El asunto es entonces registrado al inscribirse en el repertorio general, se le abre un expediente y el presidente del tribunal fija el día y la hora en que las partes, representadas por sus abogados, deben presentarse para una primera conferencia.

En esa primera conferencia el presidente del tribunal examina el asunto con los abogados, y puede continuarse de diferentes maneras. Si los abogados han intercambiado sus conclusiones, es decir si el demandado ha contestado formalmente la demanda sin otras incidencias y el asunto es de puro derecho, el presidente ordena enviarlo directamente a la audiencia. Si ello no procede, el presidente puede, según el caso, decidir que los abogados intercambien nuevamente sus conclusiones

---

(1) COUTURE (Eduardo J.), "*Fundamentos del Derecho Procesal Civil*", 3a. edición, Depalma, Buenos Aires, 1973, p. 20.

(2) Idem, p. 21.

(3) WEILL (Alex), "*Droit civil (Introduction générale)*", 3a. ed., Dalloz, París, 1973, p. 347. WIEDERKEHR (Georges), "*Le principe du contradictoire*", Recueil Dalloz 1974, Chron, p. 95.

(4) Las características las señala en el orden apuntado MOTULSKY (Henri), "*Ecrits I, etûdes et notes de procédure civile*", Dalloz, París, 1973, p. 39.

(5) Debe advertirse que por disposición legal la calificación jurídica que dé el actor al objeto de su acción no vincula al tribunal. Se ha considerado que la pretensión expuesta por las partes no es sino la expresión del resultado económico o social correspondiente a una categoría jurídica que se pide, y que está constituido por un conjunto de hechos (MOTULSKY, op. cit., p. 14). El Código Procesal ordena al juez "dar o restituir su exacta calificación a los hechos y actos litigiosos sin limitarse a la denominación que las partes hubieren propuesto" (art. 12, párr. 2, la traducción es nuestra).

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

para presentarse ante él en otra oportunidad, o bien lo que es más corriente, disponer la instrucción del asunto.

B. La instrucción del proceso.

La instrucción es la *"fase de la instancia en el curso de la cual las partes precisan y prueban sus pretensiones y en el curso de la cual el tribunal reúne los elementos que le permitirán resolver sobre ellas"* (6) y la dirige un magistrado especialmente designado para ello. Dicho juez tiene como principales tareas vigilar el desarrollo leal de los procedimientos, sobre todo en cuanto a la puntualidad del intercambio de las conclusiones definitivas en que las partes deben precisar detalladamente sus pretensiones, y en cuanto a la comunicación entre las partes de todas las piezas que ellas hagan valer en el pleito. Ese magistrado tiene la facultad de establecer a su criterio los plazos en que deben llevarse a cabo los actos procesales.

El juez ordenará en su caso la recepción de la prueba pericial, documental y testimonial, así como cualquier otra medida de instrucción.

Cuando ese magistrado considere finalizada esta fase del proceso, ordenará la clausura de la instrucción. Antes de esa resolución él puede en todo momento oír a los abogados y a las partes mismas, así como proponer y constatar la conciliación.

Al clausurarse la instrucción se reputa el asunto en estado de ser juzgado (7). Con ese efecto el expediente se transmite al presidente del tribunal, quien fijará la fecha de la audiencia.

Este último trámite puede ser iniciado con la lectura de un reporte del juez, que contiene lo esencial de las pretensiones de las partes y un resumen de la instrucción, indicando los elementos del asunto que deben ser aclarados en el debate. Tal reporte no es obligatorio hoy día.

El debate propiamente dicho está a cargo de los abogados. Nuevamente se expresan las pretensiones de las partes y se desarrollan ampliamente los argumentos que las apoyan. Si se ha ordenado, puede recibirse en la audiencia toda o parte de la prueba testimonial. Es una regla que preside el debate que la parte demandada expresa siempre de última sus argumentos. Cuando se ha agotado el uso de la palabra por parte de actor y demandado, el presidente clausura el debate y, en su caso, otorga la palabra al representante del Ministerio Público quien expresa sus conclusiones sin ser replicado.

C. Fin de la instancia.

Concluido el debate el pleito pasa a ser decidido por el tribunal, que puede pronunciar la sentencia ("jugement") inmediatamente, o retirarse de la sala para deliberar y volver a comunicar el fallo, o bien disponer que la deliberación tendrá lugar ulteriormente y que la sentencia será rendida en una fecha que es fijada en ese mismo pronunciamiento.

Dentro del marco de la instancia presentado pasamos a describir los medios de defensa y su mecanismo (8).

II. LOS MEDIOS DE DEFENSA EN EL PROCESO CIVIL ORDINARIO.

Todo demandado tiene el derecho de oponerse en justicia a las pretensiones del actor. Ese derecho no es sino el derecho a la acción, idéntico al derecho del actor (9). El ejercicio de ese derecho del demandado se efectúa a través de los medios de defensa. Los autores franceses (10) estiman que existen cuatro tipos de ellos: las defensas de fondo, las excepciones, los "fins de non-recevoir" y las demandas reconvencionales. Los tres primeros son las defensas propiamente dichas y a los que limitaremos esta descripción, ya que la demanda reconvencional lleva en términos generales al demandado a asumir la posición relativa de actor.

A. Las defensas de fondo.

La defensa de fondo o defensa en sentido estricto es el medio que tiene el demandado para atacar directamente la pretensión de su adversario. Al utilizarlo el demandado niega el derecho del actor y pide un examen a fondo por parte del tribunal. Con una defensa de fondo el demandado acepta francamente el combate judicial y tiende a

---

(6) GUILLIEN (Raymond) y VINCENT (Jean), *"Lexique de termes juridiques"*, DALLOZ, París, 1974, p. 196.

(7) De allí la denominación de "juge de la mise en état" del magistrado dicho.

(8) Las principales obras consultadas para este resumen son: VINCENT (Jean), *"Procédure civile"*, 18a. ed. Dalloz, París, 1976, pp. 560 a 623; CATALA (Pierre) y TERRE (François), *"Procédure civile et voies d'exécution"*, 2a. ed. PUF Collection Thémis, París, 1976, pp. 283 a 340; WEILL, op. cit. pp. 345 a 353; y MOTULSKY, op. cit. especificamente el artículo "La réforme du Code de procédure civile par le décret du 13 octobre 1965 et les principes directeurs du procès".

(9) COUTURE, op. cit., pp. 67 y 90; MOTULSKY, op. cit., p. 96 en que señala que "la defensa constituye. . . el ejercicio de una acción" y cita en el mismo sentido a Chiovenda, Carnelutti, Morel, Cornu y Foyer y a Terré.

(10) VINCENT, op. cit., p. 58; CATALA y TERRE, op. cit., p. 224; LARGUIER (Jean), *"Procédure civile"*, 6a. ed. Mémentos Dalloz, París, 1976, p. 56.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

hacer rechazar la pretensión que lo ha forzado a comparecer (11).

Las defensas de fondo pueden oponerse en cualquier estado de causa, esto es antes de clausurarse el debate tanto en primera como en segunda instancia. Por considerarse una pretensión son resueltas en la sentencia definitiva.

Se cita como ejemplo típico de una defensa de fondo el pago que alega el demandado a quien se le reclama una suma de dinero (12). También lo es la que presenta el demandado en una investigación de paternidad cuando concluye que la prueba evacuada no es pertinente a la pretensión (13).

B. Las excepciones.

El término excepción tiene un sentido diferente para los autores de derecho civil y para los procesalistas. Para los civilistas es comprensivo de todos los medios de defensa, mientras que para los procesalistas es específico para designar un obstáculo, lo más a menudo temporal, a la acción y dirigido contra los procedimientos por considerarlos irregulares (14).

Existen diferentes categorías de excepciones, que tienen también diferencias en cuanto a la oportunidad de presentarse y el modo de resolverse.

1) Categorías de excepciones.

El Código Procesal Civil califica como "excepciones de procedimiento" las de incompetencia, de litispendencia y conexidad, las dilatorias y las de nulidad.

a) **Las excepciones de incompetencia** llamadas *"declinatorias de competencia"* (15), señalan una irregularidad sea en cuanto a la competencia de atribución o a la competencia territorial. Su presentación debe ser motivada y no son admisibles si no se indica cuál es la jurisdicción competente en el criterio de quien las presenta.

b) **Las excepciones de litispendencia y de conexidad**, también llamadas *"declinatorias"* (16), se refieren a un conflicto de competencia y no a su ausencia. La litispendencia es alegada cuando un mismo pleito se tramita ante dos jurisdicciones distintas. La conexidad cuando dos asuntos son conocidos por jurisdicciones diferentes y tienen una tal relación que por "interés de buena justicia" deben ser juzgados en conjunto.

c) **Las excepciones dilatorias** reciben ese nombre por cuanto tienden a suspender momentáneamente el curso del proceso. Puede prevalerse de ellas el demandado que goza de un plazo para practicar inventario y deliberar (17), también el que detenta el beneficio de discusión o de división o cualquier plazo de espera señalado por la ley (18).

ch) **Las excepciones de nulidad** se oponen a los actos procesales irregulares en cuanto a la forma o en cuanto al fondo que tienen tal sanción prevista por la reglas de procedimiento. Sólo es admitida, pues, la nulidad expresamente prevista por los textos legales y haya causado un efectivo perjuicio a la parte que la alega. Se consideran nulidades de fondo las que se refieren a la ausencia de capacidad para comparecer ante la justicia, a la falta de poder (mandato) del actor o de quien se dice su representante.

2) Oportunidad para presentar las excepciones.

Como regla general todas las excepciones deben ser presentadas simultáneamente y antes de cualquier defensa de fondo o "fin de non-recevoir". Sin embargo se presenta el caso de la declinatoria de conexidad que puede ser presentada en todo estado de causa, y el de las excepcio-

---

(11) CATALA y TERRE, op. cit., p. 226.

(12) VINCENT, op. cit., p. 59. LARGUIER, op. cit., p. 56.

(13) CATALA y TERRE, op. cit., p. 226.

(14) VINCENT, op. cit., p. 59; CATALA y TERRE, op. cit., p. 224; LARGUIER, op. cit., p. 56; GUILLIEN y VINCENT, op. cit., p. 156; y MOTULSKY, op. cit., p. 141.

(15) VINCENT, op. cit., p. 403.

(16) VINCENT, op. cit., p. 404.

(17) Es el caso del heredero que acepta bajo beneficio de inventario y es demandado por una obligación del de cujus antes de practicarlo. El heredero goza de un plazo de tres meses para inventariar a partir de la apertura de la sucesión y de cuarenta días, cuando finaliza ese plazo, para aceptar o renunciar la herencia (art. 795 C.C. francés). Si la demanda es presentada en esos plazos el heredero puede excepcionarse. Cf. DUPONT DELESTRAINT (P.), *"Droit civil. . . successions"*, Mémentos Dalloz, París, 1977, p. 94.

(18) *La discusión* es el beneficio que tiene el fiador subsidiario y que toma la forma de excepción cuando éste pide que se persigua primero al deudor (COLIN y CAPITANT por JOLLIOT DE LA MORANDIERE, *"Droit civil"*, T. III, 3a. ed., Dalloz, París, 1967, p. 277). El beneficio de *división* lo acuerda el art. 2026 del C.C. francés al fiador que es perseguido por un acreedor en presencia de cofiadores, ese fiador puede pedir que se prorrateé previamente el total de la deuda (ídem, p. 278). *La citación al garante* es otra excepción dilatoria.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

nes de nulidad que por su propia naturaleza pueden presentarse a todo lo largo de la instancia, siempre que existan irregularidades de forma en los actos procesales o si surge una incapacidad o defecto de poder de las partes o de sus representantes.

3) Resolución de las excepciones.

La competencia para la admisión de las excepciones está dividida. Tratándose de las dilatorias y de nulidades formales presentadas en el curso de la instrucción, el magistrado encargado de ésta es el competente único para decidir sobre ellas. En cambio, en lo que toca a las declinatorias de competencia, litispendencia y conexidad y excepciones por nulidad de fondo, aun cuando se presenten en el curso de la instrucción, quien debe resolverlas es el tribunal en pleno (19).

C. Los "fins de non-recevoir".

Estos medios de defensa, cuya denominación no encuentra traducción apropiada en español, tienen una naturaleza diferente a los ya descritos. Nos referimos a ella, a los casos considerados como tales tipos de defensa y en último lugar a su oportunidad y a su resolución.

1) Naturaleza.

Los "fins de non-recevoir" son en cierto sentido similares a las llamadas excepciones mixtas del sistema procesal hispanoamericano (20). Por una parte parecen defensas de fondo en cuanto tienden a que se declare sin lugar la pretensión del actor, y por otra parte parecen excepciones de procedimiento en cuanto el demandado no discute el fondo de la demanda sino que pide su paralización (21). El demandado que opone un "fin de non-recevoir" pide al tribunal que no dé curso a la demanda y que la declare inadmisible (22).

Motulsky en un agudo análisis revela la estrecha relación que existe entre el concepto de acción y el de "fin de non-recevoir", al señalar el carácter abstracto de la acción (derecho o poder de obtener una decisión de justicia sobre el fondo de un asunto), que la aisla conceptualmente de los problemas relativos a la regularidad del procedimiento (que serían objeto de una excepción) y de los de la legitimidad de la pretensión (que se expresarían mediante las excepciones de fondo), y el dominio del "fin de non-recevoir" que abarca todo factor procesal que no concierne estrictamente a la marcha del proceso y que soslaya el problema de la justicia de la pretensión y de la realidad del derecho sustancial reclamado (23).

El nuevo Código Procesal Civil fija esas características del "fin de non-recevoir" al precisar que lo constituye *"todo medio que tienda a hacer declarar inadmisible la demanda del adversario, sin examen del fondo, por falta de derecho de actuar"* (24).

2) Casos.

Son "fins de non-recevoir" la prescripción, la caducidad, la cosa juzgada, la falta de calidad (25) y la falta de interés (26). Otros casos los encontramos en el derecho de familia: la reconciliación de los esposos en el evento de una previa demanda de divorcio y los hechos que cierran el camino de una investigación de paternidad (27). Puede decirse, entonces, que es la ley la que precisa qué situaciones son "fins de non-recevoir". Empero la jurisprudencia ha admitido que por vía de convención pueden crearse estos medios de defensa, particularmente en el caso de los contratos de seguro (28) y en aquellos en que se subordina la acción a una tentativa de conciliación (29). Por otra parte son consideradas "fins de non-recevoir" situaciones de carácter procesal como la presentación tardía de los recursos (30).

3) Oportunidad, resolución.

Los "fins de non-recevoir" pueden oponerse en todo estado de causa y compete su resolución al

---

(19) VINCENT, op. cit., p. 603. En cuanto al régimen anterior a la reforma de 1971, MOTULSKY, op. cit., p. 141.

(20) COUTURE, op. cit., p. 117.

(21) VINCENT, op. cit., p. 62.

(22) CATALA y TERRE, op. cit., p. 225. COUTURE, op. cit., p. 106.

(23) MOTULSKY, op. cit., p. 358.

(24) Art. 122 C.C. francés, la traducción es nuestra.

(25) Sea el título jurídico que se invoca.

(26) En el sentido de que debe ser jurídico, personal, directo y actual.

(27) Son: inmoralidad notoria de la madre en el periodo legal de concepción, comercio carnal de la madre con varios individuos, imposibilidad física del demandado de ser el padre, no paternidad probada por examen de sangres o cualquier otro método científico (art. 340—1 C.C. francés). Cf. CARBONNIER (Jean), *"Droit civil"*, T. 2, 10a. ed., PUF Coll. Thémis, París, 1977, p. 393.

(28) VINCENT, op. cit., p. 63.

(29) Civ. 24 oct. 1951, citada por VINCENT, op. cit., p. 63 y MOTULSKY, op. cit., p. 360.

(30) VINCENT, op. cit., p. 63.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

tribunal en pleno. En el evento de ser declarados con lugar la demanda se califica como inadmisible ("irrecebable"). El tribunal, en todo caso, tiene la posibilidad de condenar al demandado a pagar daños y perjuicios cuando el "fin de non-recevoir" (aún justificado) se ha presentado con intenciones dilatorias.

* * * * *

El proceso puede terminar antes de la sentencia sobre el fondo si es acogido un "fin de non-recevoir" y puede verse suspendido por un plazo determinado o paralizado por un tiempo indefinido si tiene éxito una excepción de procedimiento. Sólo en la sentencia se dispondrá sobre las defensas de fondo que se hubieran presentado. De allí resulta que sólo la defensa de fondo, al ser acogida o rechazada por el tribunal, puede llegar a constituir cosa juzgada. Sólo la defensa de fondo es objeto de sentencia, lo que señala una notable diferencia entre ella y el "fin de non-recevoir". Este último es el "instrumento idóneo" para debatir antes de la sentencia definitiva los presupuestos procesales de la pretensión, según la fórmula de Couture (31).

****

(31) COUTURE, op. cit., p. 106.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

LAS NULIDADES EN EL NUEVO PROCESO PENAL

Dr. Luis Gmo. Herrera C.

1. Qué sistema ha adoptado nuestro Código: En el viejo Código de Procedimientos Penales se estableció un "sistema" que no llegó a alcanzar una verdadera sistematización, de tal forma que hiciera aplicable en forma efectiva todos los principios que rigen en la teoría de las nulidades. Este cuasi-sistema condujo a nuestros tribunales a contradecirse en sus resoluciones, por lo que hubo de aplicarse en forma supletoria el "sistema del Código de Procedimientos Civiles", que tampoco ofrecía óptimas condiciones.

Me pregunto cuál es el sistema adoptado por el Código vigente. Sabemos que la doctrina ha elaborado varios sistemas, cada uno calificado por los especiales principios que los rigen. Enseguida paso a enumerar los más importantes:

1) El que libra la consecuencia de los vicios de forma a la sola apreciación de los jueces, quien a su arbitrio podrá o no declarar la invalidez del acto procesal (judicialista);
2) Sistema de la especificidad. Unicamente puede declararse la nulidad de los actos procesales, expresamente previstos por la ley;
3) El que considera implícita en cada prescripción la sanción de nulidad: toda contravención a la ley procesal importa la nulidad del acto;
4) No hay nulidad sin perjuicios (aplicación del principio francés "pas de nullité sans Grief" —no hay nulidad si no hay perjuicio—;
5) El que toma en cuenta la esencia del acto; y
6) No hay nulidad si el acto procesal ha conseguido el fin propuesto por la ley.

De la "regla general" contenida en el artículo 144 del C.P.P. se desprende que nuestra legislación ha adoptado —en principio— el sistema de la especificidad. Digo en principio, porque no puede un sistema bastarse a sí mismo, sin recurrir a los demás principios que los otros sistemas ofrecen, a tal punto que el mejor sistema será el que pueda integrar en forma coherente y racional, todos los principios que conviven en el seno de la TEORIA DE LAS NULIDADES PROCESALES, nacidos en su mayoría en el ámbito del Derecho Procesal Civil. No obstante esa regla general (art. 144), veremos que se adoptan casi todos los principios, lográndose un sistema que mantiene el equilibrio entre las potestades del juez y la de las partes procesales. Pese a ello, algunos jueces se han dado a la tarea de interpretar este nuevo y novedoso sistema, llegando incluso a afirmarse que solamente existen nulidades absolutas, por estar expresamente previstas en la ley. Pero, demostraremos en el curso del estudio lo contrario.

2. CLASIFICACION: Tradicionalmente los tratadistas han clasificado las nulidades en absolutas y relativas; clasificación que ha sido adoptada por casi todas las legislaciones modernas. Entre los autores que comparten esta clasificación están: Brenes Córdoba, De La Plaza, Carnelutti, Chiovenda, Liebman, Guasp, Clariá Olmedo, etc.

Algunos autores también han introducido una tercera categoría, la llamada "inexistencia jurídica", cuyos efectos son de mayor gravedad que los de la nulidad absoluta, puesto que no admiten subsanación (1). Entre ellos Couture, Alsina, Chiovenda, Rosenberg, etc. Un ejemplo de inexistencia jurídica sería el siguiente: una sentencia penal dictada por un particular, sin estar legalmente constituido como tribunal.

Otros autores han elaborado otras clasificaciones en atención a los efectos de la nulidad, a la cualidad del vicio, etc.; así, se habla de nulidades

(1) En algunas resoluciones de nuestros tribunales se ha confundido la nulidad absoluta con la inexistencia jurídica (Sent. de la S. 1a. C. de 9:55 hrs. del 31 de octubre de 1933 y No. 158 de 1952; Cas. de 14:40 hrs. del 30 de marzo de 1943 y No. 50 de 1971 del T.S.C.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

propias y derivadas (Chiovenda); defectuosidad e incorrección (Rosenberg); invalidez e ilicitud (Guasp) e irregularidad e inadmisibilidad (Carnelutti).

Nuestro Código adoptó la clasificación tradicional, sea, dividir las nulidades en absolutas y relativas, siguiendo así la legislación cordobesa (2), e incorporando como hemos dicho, los principales principios que gobiernan los sistemas que atrás hemos enumerado. Adoptar en forma excluyente solamente una de esas dos categorías, significa paralizar la evolución del derecho procesal. No puede un ordenamiento jurídico en una u otra forma evitar esta clasificación, pues es la única que nos garantiza la efectividad del proceso penal, sin que caigamos en el viejo y abandonado sistema de la nulidad por la nulidad misma, que fue superado hace años por la doctrina moderna y las legislaciones más avanzadas.

Observamos que en el artículo 144 se establece la "regla general" (nulidades expresas) en virtud de la cual únicamente pueden declararse nulos, aquellos actos o resoluciones que en forma expresa lo prescriba la ley procesal. No obstante esta regla, en el artículo 145 se introduce una excepción, que en la práctica alcanza la categoría de una verdadera regla. En efecto, en este artículo se regula la "conminación genérica", al disponerse que se *"entenderá siempre prescrita bajo pena de nulidad la inobservancia de las disposiciones concernientes:"*

"1) Al nombramiento, capacidad y constitución de jueces o tribunales". En consecuencia, cualquier tribunal que no esté constituido de acuerdo con lo que establece el artículo 153 en relación con los artículos 35 y 39 de la Constitución Política y la Ley Orgánica del Poder Judicial, no podrá jurídicamente ejercer la facultad jurisdiccional, y en consecuencia todos los actos que realice serán siempre nulos y en algunos casos inexistentes, jurídicamente hablando, por cuanto no admiten convalidación. En este caso del inciso 1, la sanción de nulidad se da fundamentalmente en protección del principio de legalidad y de la defensa.

"2) A la intervención del Ministerio Público en el proceso, y a su participación en los actos en que ella sea obligatoria. . .". En relación con esta disposición, el Tribunal que presido conoció de un caso, en que se omitió darle al M.P. la audiencia del artículo 467, resolviéndose, que no había nulidad absoluta, por cuanto la participación no era esencial u obligatoria, ya que incluso podía mantener "silencio" (res. 249 de 1978 del Tribunal Superior de Limón). La esencialidad en este caso no es la misma que negarle su participación en el Debate, o elevar la causa a juicio sin acusación, habiéndose omitido darle la audiencia del art. 339 para que emitiera el respectivo dictamen, etc. La obligatoriedad en este caso hay que entenderla como esencialidad, sea, en aquellos casos en que sin su participación, el acto no puede configurarse válidamente.

"3) A la intervención, asistencia y representación del imputado, en los casos y formas que la ley establece". Esta disposición ha sido el escudo de los defensores inescrupulosos que gustan de paralizar los procedimientos. Han encontrado en ella la impunidad de los delitos. Pero no es así. La norma debe ser interpretada y ubicada dentro de todo el contexto jurídico. Se refiere a la sanción de nulidad (absoluta o relativa) cuando en forma evidente se han violado tanto el derecho de defensa material o técnico. Por ejemplo, dejar al imputado sin defensor durante la instrucción o en el Debate, no informarle sobre el derecho de abstención a declarar con sus consecuencias legales, u obligarlo a declarar por la fuerza (intimidación física o moral), etc. Estos últimos casos manifiestan una violación esencial del derecho de defensa, cuyas consecuencias sería la sanción de nulidad absoluta. No obstante, puede darse la posibilidad de infringirse esta disposición, pero con posibilidades de subsanación, por estarse en presencia de nulidades relativas.

3. **DECLARACION:** La nulidad, como hemos dicho, es una sanción de carácter procesal, que la ley impone en forma expresa o implícita para aquellos casos en que los actos y resoluciones procesales se han realizado sin cumplir con los requisitos y formalidades que la Constitución y la ley establecen. La declaratoria judicial es fundamental para que el acto redargüido de nulo, deje de producir sus efectos jurídicos, como ocurre en el caso de

---

(2) Acogen esta clasificación en forma expresa: C.P.C. de Portugal, art. 202; artículo 74 C.P.C. de México "Las actuaciones serán nulas cuando les falte alguna de las formalidades esenciales, de manera que quede sin defensa cualquiera de las partes. . ."; art. 209 C.P.P. del Perú; arts. 229 a 233 del C.P.C. de Venezuela.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

la nulidad absoluta y la relativa, ya que en el caso de la inexistencia jurídica, no es necesaria esta declaración, pues ni tan siquiera el acto ha nacido viciado, sino que no ha existido jamás. Hay que tener presente que si no se hace la declaratoria antes de que la sentencia adquiera firmeza, los mismos se convalidan, y en este punto hay uniformidad de la doctrina así como de nuestra jurisprudencia, la que ha dicho que todas las nulidades deben declararse dentro del juicio en que se producen, pues la sentencia con autoridad de cosa juzgada las convalida (3), sin que exista la posibilidad de que el propio Tribunal decrete la nulidad de sus fallos (4).

Para una mejor comprensión del artículo 146, haremos un análisis detallado de las varias disposiciones en ella contenida.

a) Subsanación de oficio: *"El tribunal que compruebe una causa de nulidad tratará, si fuere posible, de eliminarla inmediatamente"*. Vemos que ante todo obliga al juez a buscar los diversos remedios (subsanatorios) que la ley y la doctrina ofrecen para la subsanación de los actos viciados de nulidad, sin necesidad de declarar ésta, la que queda como última solución. Claro está, este principio rige para las nulidades relativas, las que por naturaleza son subsanables.

b) *"Si no lo hiciere, podrá declarar la nulidad a petición de parte"*. Aquí se confirma una vez más la existencia de nulidades relativas, por cuanto la revisión se hace a petición de parte, y será parte legitimada para solicitar la nulidad, aquellas que no hayan concurrido a causarla y que tengan interés en la observancia de las disposiciones legales, *"salvo los casos en que proceda declararla de oficio"*, sea, cuando existen nulidades absolutas.

c) En el párrafo segundo se establece que *"deberán* (imperativo) *ser declaradas de oficio, en cualquier estado y grado del proceso, las nulidades previstas en el artículo anterior, que impliquen violación de normas constitucionales, o cuando así se establezca expresamente"*. Esta disposición ha sido mal interpretada por muchos, creyendo que nuestro Código sólo contempla las nulidades absolutas, por lo que hay que interpretarla a la luz de nuestro ordenamiento jurídico procesal penal y civil y de la doctrina. Como he dicho con anterioridad, los casos contemplados por el art. 145 (nulidad genérica), solamente debe declararse cuando en forma esencial se violen disposiciones de la constitución política, como ocurre en los casos ejemplares que antes mencioné, por lo que entonces se procede a hacer la declaratoria de oficio de las nulidades (absolutas) y también aquellas establecidas en forma expresa, que reúnen la condición de absolutas. Quiere decir, que no todas las nulidades establecidas en forma expresa en el Código deben ser declaradas de oficio, porque sería hacer del proceso *"una misa jurídica, ajena a sus actuales necesidades"* (Couture); es decir, se declaran nulidades en forma expresa, tanto de carácter absoluto como relativas. La regulación expresa resulta ser entonces, la principal característica del sistema adoptado.

En consecuencia, el juez aplicando los principios que rigen en una u otra nulidad (absoluta o relativa), determinará si procede la declaratoria de oficio. Para esto hay que tener presente que el Código regula aproximadamente cuarenta casos de nulidad, pero que no todas son absolutas.

Esta distinción, de que venimos hablando se desprende incluso de la misma redacción en cada caso concreto, pues en los casos de nulidad absoluta en general, se utilizan frases imperativas: nombramiento de defensor (art. 189): *"La inobservancia de este precepto producirá la nulidad de los actos que menciona el artículo 191"*; libertad de declarar el imputado (art. 276): *"La inobservancia de este precepto hará nulo el acto. . ."*; nulidad de la sentencia (art. 400): *"La sentencia será nula. . ."*. Por el contrario en otros casos en que no siempre debe declararse de oficio, el legislador utiliza frases no imperativas, como lo vemos en los siguientes ejemplos: idioma (art. 91): *"bajo pena de nulidad"*; fundamento de resoluciones (art. 106): *bajo pena de nulidad. . ."*; etc. Pero no obstante lo dicho, no puede tomarse esto último como una regla absoluta, sino apenas como un in-

---

(3) Cas. de 15:08 del 27 de diciembre de 1939, de las 10:45 hrs. del 7 de junio de 1947; de las 10:30 hrs. del 26 de abril de 1950, Nos. 53 y 70 de 1952, No. 135 de 1953, 55 de 1956 y 19 de 1959. Igualmente resulta convalidada una sentencia civil en que se alega falta de jurisdicción por no haber sido recurrida en forma legal (cas. 15 p.m. del 19 enero 1949). No puede el Tribunal decretar la nulidad de sus sentencias (sent. 793 de 1968, T.S.C.). Vencidos los tres días para pedir adición o aclaración del tribunal de grado, pierde éste la jurisdicción, y en consecuencia es improcedente el incidente de nulidad (Res. del T.S.C. Nos. 335 y 799 de 1969, 115 de 1972 y Cas. No. 335 de 1969.

(4) El art. 209 párrafo 6 del C.P.P. contiene una norma muy peligrosa, que permite a los jueces decretar de oficio o a petición de parte las nulidades después de la sentencia, en "cualquier momento".

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

dicativo u orientador, pues en definitiva la nulidad se decretará o no con base en todos los principios integrados en el capítulo VII.

4. LEGITIMACION: El art. 147 nos da un criterio más para diferenciar las nulidades absolutas de las relativas, pues de lo contrario no se justificaría la existencia legal de esta disposición, pues si todas las nulidades fueran absolutas, no habría necesidad de ligitimar a nadie, pues el Tribunal tendría siempre que declararlas de oficio y además, porque todas las partes intervinientes estarían siempre legitimadas para alegar la nulidad.

Dos requisitos establece la ley como necesarios para legitimar a una parte para solicitar una nulidad:

a) "que no hayan concurrido a causarla", y
b) que "tengan interés en las disposiciones legales respectivas".

El primer requisito se explica por lógica jurídica, pues no se puede autorizar para pedir la nulidad, a quien en forma intencional o culposa ha concurrido a causarla, pues sería abrir la puerta a la intolerancia de los litigantes, que no ven más posibilidad de defensa que en la interrupción de la marcha del proceso.

El segundo de los requisitos, sea el "interés", es el que se exige para el planteamiento de cualquier gestión ante los órganos judiciales, es decir, que quien la plantea, haya sido afectado en sus intereses jurídicos, dentro del proceso mismo, sea la violación de los poderes y facultades que la ley le otorga en su condición de parte. El siguiente ejemplo nos aclarará mejor el punto: la audiencia del artículo 323 sólo interesa al Ministerio Público, por lo que no podría el imputado ni su defensor, alegar la nulidad por la omisión de la misma. Esta omisión no afecta los derechos del imputado ni de la defensa. No obstante ésto, esta contraposición de intereses no puede tomarse como regla absoluta, a tal punto que el Ministerio Público solamente tenga que solicitar la nulidad de actos que afecte disposiciones que se refieren en forma exclusiva al Ministerio Público, pues también hay que admitir que este último también está legitimado para velar por la no violación de los derechos esenciales del imputado, pues aparte del ejercicio de la acción penal, también le corresponde velar por la recta aplicación de las leyes de la República (5).

5. OPORTUNIDAD Y FORMA DE LA OPOSICION: Sabemos que el proceso en general se nos aparece como un instrumento de actuación del derecho, cuya existencia surge en un determinado tiempo, el que cobra vida en la realización de los varios procedimientos de que está constituido, conforme a las leyes. En el proceso, intervienen un número determinado de sujetos, a quienes las leyes conceden derechos y deberes, sujetando la actuación de éstos a los diversos pasos o etapas de que se sustenta el proceso, y en éste, cada acto o resolución tiene su justificación legal y moral. A cada acto corresponde una oportunidad procesal (un tiempo legal) para su celebración, bajo la sanción, en la mayoría de los casos de caducidad, inadmisibilidad o nulidad. Un ejemplo es la solicitud de nulidades en el proceso civil, en donde la parte legitimada para pedirla, debe hacerlo un mes después de producido el motivo cuando éste constare en el expediente o un mes después de que la parte legitimada llega a tener conocimiento de él (art. 385 del C.P.C.).

Igualmente, la solicitud de nulidades en el proceso penal, está sujeta a ciertas condiciones de admisibilidad y de oportunidad. Vamos a analizar ambas situaciones.

1. OPORTUNIDAD: a) Las nulidades producidas en la instrucción deben ser pedidas durante ésta, sea, antes de su conclusión o clausura, la que se produce antes de que el juez instructor dicte la providencia o el auto elevando la causa a juicio (art. 348 C.P.P.), o bien durante el término de citación a juicio, que en el caso de los juicios de instrucción formal es de diez días (art. 349 C.P.P.) y en los de citación directa de cinco (art. 416).

b) Las nulidades producidas *"en los actos preliminares del juicio"*, sea desde que el Tribunal recibe la causa elevada a juicio hasta antes de su apertura, y las mismas deben pedirse *"inmediatamente después de la lectura"* del Requerimiento de Elevación a Juicio, con lo cual queda abierto el Debate; es decir, en la oportunidad procesal que indica el

(5) En relación con el interés, como requisito del ejercicio de una acción, pero que resulta aplicable a nuestro concepto, Hugo Alsina ha dicho que "el interés consiste únicamente en que, sin la intervención del órgano público, el actor sufriría un perjuicio. Por consiguiente, la cuestión de saber si media un interés justificado constituye una situación de hecho, debiendo tenerse en cuenta que, si bien todo interés merece la protección judicial, por mínimo que sea, no puede el juez ampararlo cuando el procedimiento sólo tiene un propósito vejatorio". (*"Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial"*. 2a. ed., Ediar S.A., Buenos Aires 1963, tomo I, p. 393).

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

artículo 370, o después de la intimación que en los casos de citación directa, debe hacer el juez (art. 418).

c) Las nulidades producidas en el Debate, sea, en el plenario, que está comprendido entre el momento de la apertura (art. 370) y antes de cerrarse el mismo (párrafo final del art. 389), deben pedirse *"inmediatamente después de cumplirse el acto que pueda causarla"*.

d) *"Las producidas durante la tramitación de un recurso ante el Tribunal de Alzada, inmediatamente después de abierta la audiencia prescrita por los artículos 469"* o en los tres días siguientes a dicha audiencia en que debe pronunciarse el tribunal *"o en el alegato escrito"*. Esto último debe entenderse en el alegato a presentar en dicha audiencia.

Lo que sí hay que tener presente en relación con las cuatro situaciones expuestas, es que las mismas se refieren a nulidades relativas, por cuanto las absolutas (o declarables de oficio) pueden plantearse en cualquier estado y grado del proceso, sea, hasta antes de cerrarse el Debate. El único requisito es que quien la alega esté legitimado conforme lo hemos expuesto, pues después de cerrado el debate y hasta antes de que el Tribunal dicte la sentencia, solamente éste puede declarar las nulidades oficiosamente.

e) RECURSO DE CASACION: Hemos incluido como quinta posibilidad, ya que en virtud de este recurso extraordinario (art. 472 inciso 2), las partes pueden atacar los actos viciados de nulidad absoluta o relativa. El recurso de casación basado en un motivo de nulidad (vicio de actividad) o *"error in procedendo"* procede cuando no se han observado las normas que el Código de Procedimientos Penales establece bajo la sanción de nulidad (absolutas o relativas). No obstante que el vicio puede ser causante de nulidad absoluta o relativa, en el primer caso, sea el de la nulidad absoluta (declarables de oficio), no es necesario que el recurrente (debidamente legitimado) haya planteado el incidente de nulidad ni haya hecho la *"reserva de recurrir en casación"*; mientras que en el caso de las nulidades relativas, es condición procesal necesaria para alegar el motivo de casación, que el recurrente hubiera reclamado la nulidad en las oportunidades a que se refiere el artículo 148 *"SI ERA POSIBLE"*, pues de no haber tenido la posibilidad (jurídica o física) de reclamar la nulidad, basta que haya hecho la respectiva *"reserva de recurrir en casación"* (6). Pero en todo caso hay que tener muy presente que estas nulidades (relativas) deben alegarse en las oportunidades procesales correspondientes (cuando exista la posibilidad de hacerlo) y paralelamente hacerse la "reserva". Sino se alega la nulidad, ésta queda subsanada (artículo 149) sin posibilidad de alegarlas nuevamente como motivos de casación, aunque se hubiese hecho solo la reserva.

Las nulidades denunciables en el recurso de casación (por la forma), procede únicamente en los casos expresamente previstos como tales (art. 144) y en los casos de conminación genérica (art. 145), pues *"La enumeración de los vicios de actividad de que hemos hablado hasta aquí, tiene carácter taxativo. . ."* (7).

2. **Forma de pedir la nulidad:** El párrafo final del artículo 148 prescribe el procedimiento en virtud del cual los interesados (legitimados) pueden gestionar en las oportunidades a que se referie el artículo en estudio, estableciendo para tal efecto el incidente, bajo pena de inadmisibilidad. Debemos recordar que aparte del incidente la doctrina reconoce otros medios para alegar e invocar la nulidad: entre los recursos ordinarios la apelación y la revocatoria (8), el recurso de nulidad, el recurso extraordinario de casación (véase supra e) p. 10), la excepción procesal (por ejemplo las excepciones de los incisos 1, 2, 3 y 4 del C.P.C. y la de los incisos 1 y 2 del art. 329 del C.P.P.), y la acción ordinaria (verbigracia, la anulación del remate a que se refiere el artículo 472 del C.P.C.). Salvo en casos como este último, expresamente previsto en la ley, no se puede admitir en nuestra legislación la acción ordinaria como medio de anulación de procedimientos de otros juicios, pues ya en aquellos las partes disfrutaron de todos los recursos que la ley da para plantear las mismas (9).

---

(6) La falta de reserva es suficiente para rechazar el recurso de casación (Cas. 22 F. S.2a. P. de 1976).

(7) CALAMANDREI, Piero, "Casación Civil", Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires 1959, p. 80.

(8) En otras legislaciones existe el recurso independiente de nulidad, por ejemplo en Perú (arts. 292 a 301 del C.P.P.), pero en otras legislaciones se ha ido confundiendo el agravio con la nulidad, razón por la cual Couture hace una crítica, pues el recurso de nulidad ha ido perdiendo autonomía procesal ("Fundamentos del Derecho Procesal Civil", Editorial Palma, Buenos Aires, 1951, p. 278).

(9) Nuestra jurisprudencia ha sido constante en mantener este criterio: Cas. de 12 m.d. de 1891; res. de la S. 1a. C. de 10:50 hrs. del 2 de julio 1943; cas. de 15:08 del 27 de diciembre de 1939 y de las 10 a.m. del 13 de marzo de 1940.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

La naturaleza de este incidente es de previo y especial pronunciamiento, aunque en forma expresa no lo diga la ley, pues por los efectos que pueden derivarse de una declaratoria de nulidad, puede afectar todo el proceso o parte de él, salvo el caso de la realización de los actos independientes, cuya existencia no depende del acto calificado de nulo, sea, por no tener conexión ni antes, contemporáneamente ni después con el acto atacado de nulidad.

En conclusión, las formas de pedir la nulidad relativa y la absoluta son el incidente propiamente dicho, las excepciones (falta de competencia o falta de jurisdicción y falta de acción en sus tres formas) y el recurso de casación (art. 471 inc. 2). No obstante en el caso de las nulidades absolutas, éstas pueden ser pedidas al interponerse cualquiera de los recursos ordinarios (apelación o revocatoria).

6. SUBSANACION: Se han utilizado como sinónimos "convalidación" y "subsanación". No obstante algunos autores se han dado a la tarea de diferenciarlos, pero en mi concepto es de poca importancia, pues cualquiera de los dos que se use, produce los mismos resultados, y ambos buscan lo mismo, evitar la anulación de las actuaciones, que como hemos dicho, debe ser aplicada como una sanción extraordinaria. Hay que evitar al máximo la anulación, por cuanto lo contrario significa un desgaste de energía humana y de recursos económicos, aparte de los graves atrasos que se producen en la marcha del proceso. De ahí, que nuestro Código Procesal Penal, en el artículo 146 párrafo primero establezca la facultad general judicial, para impedir las nulidades innecesarias. Antes que nada el tribunal debe tratar de eliminar el vicio, lo cual se puede hacer mediante la realización del nuevo acto, cumplimiento de otro que agregue el requisito omitido, o ya sea reponiendo los procedimientos.

En el artículo 149 se establecen tres reglas que conducen a la subsanación automática e inexorable de los actos viciados de nulidad relativa, no así de las absolutas o declarables de oficio (10). Las tres formas de subsanación son las siguientes:

a) Cuando el M.P. o las partes legitimadas no interpongan el respectivo incidente de nulidades en las oportunidades a que se refiere el art. 148 ya analizado, el acto se convalida;
b) Cuando los que tengan derecho a oponerlas (legitimación) hayan aceptado expresa o tácitamente los efectos del acto. Resulta lógico, que si un acto procesal ha producido los efectos queridos por la ley, y los mismos han sido aceptados por quienes podían salir afectados, el mismo quede convalidado (11); y
c) Si no obstante su irregularidad el acto hubiera conseguido el FIN con respecto a todos los interesados. Sobre este particular toda la doctrina moderna está de acuerdo, por cuanto en realidad, la sanción de nulidad lo que busca en el fondo es que los actos válidos alcancen el fin que la ley les ha asignado. Por eso Carnelutti ha dicho, dada la importancia de la finalidad del acto, que *"el alcanzar la finalidad no obstante el vicio del acto, constituye un equivalente del requisito que falta, el cual sana el vicio o, en otras palabras, convalida el acto viciado"* (12).

Sí es interesante observar que nuestro Código condiciona esta tercera forma convalidatoria, al hecho (o requisito) de que la finalidad se cumpla con respecto a todos los interesados, manteniéndose así el lógico equilibrio que entre todas las partes de un proceso debe existir.

7. EFECTOS DE LA DECLARATORIA DE NULIDAD: En el artículo 150 se regulan los diversos efectos que se derivan de la declaratoria judicial de nulidad, sea, aquellos efectos que repercuten con la nulidad misma sobre otros actos del mismo proceso, ya sea por tener alguna relación de conexidad con el acto viciado. Veremos cada uno.

a. Actos sucesivos: *"La nulidad de un acto cuando fuere declarada, hará nulos todos los actos consecutivos que de él dependan"*. Se explica este

---

(10) No obstante recordemos que la doctrina admite la convalidación de nulidades absolutas al dictarse la sentencia con autoridad de cosa juzgada (véase supra p. 5).

(11) El T.S. de Limón en resolución de las 16:45 hrs. del 18 de abril de 1978, resolvió, que si se había omitido dar una audiencia sobre un incidente presentado por el interesado y luego éste apeló de la resolución de fondo que resolvió la articulación, declarándosele desierto el recurso, significa que aceptó los efectos del acto en forma tácita y en consecuencia no puede haber nulidad.

(12) CARNELUTTI, Francisco, *"Instituciones del Proceso Civil"*, EJEA, Buenos Aires 1959, vol. I., p. 546.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

efecto en virtud de que como se dijo con anterioridad, casi todos los actos procesales están encadenados como eslabones, a tal punto que cada acto se convierte en un verdadero requisito del acto subsiguiente.

No obstante que este artículo no lo expresa en forma explícita, sí debemos decir, que la nulidad acarrea únicamente la de los actos que de él dependan, no así la de los llamados actos independientes, los cuales conservan su validez (13), es decir, que la nulidad de actos posteriores se da *"por cuanto para su existencia regular, necesitan del cumplimiento eficaz de éste para tener en él su origen exclusivamente, su presupuesto lógico necesario o su única razón que lo determina"* (14).

b. Además el tribunal al declarar la nulidad, *"establecerá. . . a qué actos anteriores o contemporáneos alcanza la nulidad por conexión con el acto anulado"*. En este caso, los actos anulados por "conexión" no son requisitos como en el caso de los actos sucesivos, sino que la nulidad resulta por extensión, en vista de que los actos anteriores o concomitantes, dependen su existencia del acto anulado por la relación dentro del proceso.

c. Finalmente el artículo incluye en el inciso tercero una facultad judicial de renovación o rectificación de los actos de la resolución anulados. Lógicamente si se ha declarado la nulidad de uno o varios actos o resoluciones, debe el juez proceder a renovar esos actos por otros que sí adquieran validez y eficacia jurídica, o bien, rectifique los actos viciados, lo que se hace con un nuevo acto que agregue el requisito omitido (15).

8. **RESPONSABILIDAD Y SANCIONES:** El artículo 151 se refiere en forma exclusiva a la imposición de sanciones disciplinarias a aquellos funcionarios judiciales inferiores, cuando en alzada se declara la nulidad. El régimen de sanciones está regulado en forma exclusiva en la Ley Orgánica del Poder Judicial (artículos 211 y 216 párrafo 1). Lo que sí omite la disposición, es en lo referente a la responsabilidad civil derivada de dicha nulidad. Algunos autores se han planteado el problema (16) diciendo que el Estado no resulta responsable, sino en forma personal el funcionario que actúa con dolo o culpa en la producción del vicio.

Concretamente en la partida de costas, creemos que se puede aplicar en el Derecho Procesal Penal, la norma del artículo 1031, que dispone que *"Cuando se anule un proceso o parte de él, se condenará al funcionario que resulte único culpable de la nulidad, al pago de las costas de lo anulado"*, y debe entenderse, cuando las hay en realidad, ya que en materia penal, todos los actos están exentos de impuestos estatales.

El problema fundamental con la declaratoria de una nulidad, es el que se pueda mantener al imputado por mayor tiempo en reclusión. Sin duda alguna, caso de ocurrir ésto, el funcionario debe ser sancionado y si se le han causado daños (patrimoniales o morales), el Estado debe responder en forma subsidiaria.

****

(13) Sobre este punto están de acuerdo Carnelutti, ob. cit. p. 534; Alsina, ob. cit. p. 671; Sentís Melendo, *"El Proceso Civil"* EJEA, Buenos Aires 1957, p. 124; Clariá Olmedo, Tratado de Derecho Procesal Penal, Ediar, Bs. A. 1964, t. IV., p. 248 ss.

(14) CLARIA OLMEDO, ob. cit., p. 250.

(15) Sobre el concepto de "rectificación" puede consultarse a Carnelutti, ob. cit., p. 539.

(16) ROCCO, Ugo, *"Teoría General del Proceso Civil"*, Editorial Porrúa S.A. México, 1959, ps. 316-7; Carnelutti, ob. cit., p. 316.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL
"FERNANDO COTO ALBÁN"

DOMICILIO Y AUSENCIA

(Notas sobre los artículos 42 a 61 del Código Civil, según reforma de 7 de noviembre de 1973).

Dr. Víctor Pérez Vargas

CONTENIDO:

PARTE I: EL DOMICILIO. 74
Ideas generales. 74
Domicilio y residencia. 74
Domicilio legal - domicilio voluntario. 75
Domicilio civil - domicilio político. 76
Unidad del domicilio de las personas físicas. 76
Domicilio de las personas jurídicas. 76
Cambio de domicilio. 76
Domicilio especial. 77
Renuncia del domicilio. 77
Reglas especiales. 77

PARTE II: LA AUSENCIA. 78
Notas históricas. 78
Ausencia. Sentido técnico. 78
Valor en juego. 78
Grados. 78
1) Medidas provisionales anteriores a la declaratoria de ausencia. 79
2) La declaración de ausencia y sus efectos. 80
3) La presunción de muerte y sus efectos. 81

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

PARTE I

EL DOMICILIO

Ideas generales.

Existen reglas jurídicas para la determinación de los lugares donde se pueden hacer efectivas las situaciones jurídicas (entendidas como valoraciones jurídicas de posibilidad o necesidad de comportamientos) públicas o privadas; se entiende aquí "lugar" como sinónimo de ámbito territorial socio-jurídico.

La división en zonas que se realiza en todo el país condiciona estas reglas. El origen de esta zonificación puede encontrarse en los comunes intereses que ligan a los sujetos que habitan un ámbito espacial determinado, intereses que pueden ser de muy diversos tipos, pero que jurídicamente pueden ser divididos en dos grandes categorías: compartidos, que tienden a adquirir carácter público y complementarios o privados que normalmente se manifiestan por medio de la contratación.

Estas distintas agrupaciones socio-territoriales son centros de poder que a su vez pueden encontrarse comprendidos en otros ámbitos espaciales que son centros de poder más fuertes (ejemplos de ello pueden encontrarse en toda la historia: imperio-reyes; tribus indígenas tributarias de otras; gobierno colonial hispanoamericano-Reino español, etc.) con lo que se revela el substrato del principio de la jerarquización administrativa. De este modo, administrativamente, unos centros dependen de otros (ejemplo: Provincia, cantón, distrito). Los sujetos pueden así ubicarse en ámbitos geográficos de división administrativa (1). Del mismo modo la administración de justicia está organizada otorgando a sus funcionarios (Jueces, Alcaldes, etc.) una "competencia territorial" para la resolución de los conflictos de intereses dentro de una determinada zona.

Lo interesante es que con base en la división territorial administrativa del país se establece el domicilio de los sujetos al efecto de que ahí puede exigírseles el cumplimiento de sus obligaciones públicas y privadas. En esto consiste su importancia práctica (2).

Domicilio y residencia.

El sentido jurídico-técnico del concepto de domicilio no siempre coincide con el uso corriente de este término. En el lenguaje común domicilio es el lugar donde uno vive, siendo por ello sinónimo de residencia (3). Etimológicamente la palabra tiene un significado análogo por su derivación del latín "domus" que significa casa (4). Sin embargo, repetimos, jurídicamente domicilio no coincide necesariamente con residencia (5).

Una persona, pues, puede residir temporal-

---

(1) Puede consultarse la División Territorial Administrativa de Costa Rica.

(2) Se ha resumido la importancia práctica del domicilio considerándose que éste tiene sentido en función de diversos intereses: identificación de la persona y determinación de las medidas de publicidad relativas al estado de dicha persona, envío de notificaciones y determinación de la competencia de los tribunales, ejercicio de ciertos derechos, determinación de ley aplicable en caso de conflicto. RIPERT BOULANGER. *Tratado de Derecho Civil*; Tomo II, Vol. I. La Ley-ed. Buenos Aires, 1963, pág. 68. Se ha dicho también que el interés fundamental es el de facilitar la individualización de la persona, además de otros aspectos tales como los relativos a la publicidad de los actos referentes al estado civil (edictos en caso de matrimonio) V. MAZEAUD, MAZEAUD. *Lecciones de Derecho Civil* Parte I. Vol. II, Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires, 1959, págs. 160 y 161. Otro autor resume estos diferentes aspectos en función de la necesidad de fijar la sede jurídica de la persona, donde se le considera presente para el cumplimiento de sus derechos y obligaciones, CLEMENTE DE DIEGO, *Instituciones de Derecho Civil Español*. S. MARTIN. Madrid, 1959, pág. 222. Se citan como efectos del domicilio: el envío de comunicaciones, la determinación de la competencia, el ejercicio de ciertos derechos, la publicidad de los actos relativos a las personas, etc. PLANIOL, Marcel. "*Traité élémentaire de Droit Civil*"; Tome Premier. Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence. París, 1920, pág. 198. En general se habla de un interés del ordenamiento a localizar a las personas. SANTORO PASSARELLI, F.; *Doctrinas Generales del Derecho Civil* Ed. Rev. de Derecho Privado. Madrid, 1964, pág. 8. Otros aspectos importantes son los relativos al lugar de apertura de la sucesión, a la presunción de ausencia, al voto, etc. RUGGIERO, Roberto, *Instituciones de Derecho Civil*, Ed. Reus. Madrid. págs. 389-391. Algunos autores con base en un enfoque relacionista hablan de la importancia del domicilio para la regulación de las relaciones de la vida jurídica. CANDIAN, Aurelio, *Instituciones de Derecho Privado*. UTEHA, México, 1961, pág. 61. Analiza estos efectos MESSINEO, Francesco. "*Manual de Derecho Civil y Comercial*," Ediciones Jurídicas América-Europa; Buenos Aires, 1971, pág. 133.

(3) V. MAZEAUD, MAZEAUD. Op. cit. págs. 160, 161.

(4) BRENES CORDOBA, Alberto. "*Tratado de las Personas*". Imprenta Trejos Hermanos, San José, 1925, pág. 81. En latín "domicilium" significa "morada".

(5) PLANIOL. Op. cit., pág. 196. MESSINEO, op. cit., pág. 134. La distinción se ha hecho en el sentido de que domicilio es el lugar donde la persona tiene su sede principal mientras que la residencia es su morada habitual. TORRENTE, Andrea, "*Manuale di Diritto Privato*. Giuffrè-Ed. Milano, 1970, pág. 82. La diferencia se ha hecho también en base a la fijeza o estabilidad del domicilio que no siempre se desplaza junto con la persona, lo que sí

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

mente en un lugar y tener su domicilio en otro (ej.: un funcionario que debe permanecer cierto tiempo estudiando una determinada zona del país, una persona que trabaja en una zona y va solamente los fines de semana a su casa, un estudiante de provincia que reside durante el tiempo lectivo en San José para asistir a la Universidad, etc.) (6).

En una forma un tanto aproximativa podríamos dar una definición de domicilio con base en las ideas hasta ahora examinadas. Esto sería un concepto abstracto que expresa una "relación" establecida por el Derecho (a través de la referida calificación de orden administrativo) entre un sujeto y una zona determinada (7).

Tradicionalmente se ha dicho que el domicilio es una cuestión de Derecho y no de hecho. A nuestro juicio la distinción es incorrecta pues toda cuestión de Derecho es necesariamente al mismo tiempo una cuestión de hecho. Sería más aceptable distinguir entre cuestiones de Derecho y cuestiones jurídicamente irrelevantes (8). Sería más correcto pensar en el domicilio como la calificación que atribuye el derecho a una situación de relevancia social.

Por contraposición se ha pensado que la Residencia, en cambio, no es un concepto jurídico sino que su contenido es "de hecho" (9). Sería más correcto decir, sin embargo, que la residencia es una situación o hecho carente de específica relevancia para los efectos jurídicos del domicilio (aunque sí sea relevante para otros efectos jurídicos, por ejemplo, laborales cuando se refieren a la residencia del trabajador en una determinada zona de trabajos, contractuales como en el caso de la regulación de arrendamientos urbanos, etc.). Ella consiste en la estadía más o menos duradera de una persona en un lugar (10).

Domicilio legal - domicilio voluntario.

Dada la referida separación conceptual entre domicilio y residencia no es contradictoria o inconsecuente la regla de que el domicilio del incapaz de actuar es el domicilio de su representante legal necesario (curador, tutor, etc.) (11). Nos encontramos en esta hipótesis con lo que se denomina domicilio **legal**, en contraposición al domicilio **voluntario** que es el que puede escoger cualquier sujeto capaz de actuar (12). Expresa al respecto nuestro Código Civil:

art. 46: *"Los menores y los mayores en curatela tendrán por domicilio el de sus representantes legales".*

---

ocurre con la residencia. RIPERT Y BOULANGER. Op. cit. págs. 63—65. Así, mientras que el domicilio es la sede estable de la persona, esta estabilidad no se tiene en la residencia. Tal estabilidad no se deduce sólo de la presencia física sino de la intención. ESPIN CANOVAS, Diego. *"Derecho Civil Español"*. Ed. Rev. Der. Priv. 1968, pág. 244.

(6) V. CANDIAN, Op. cit. pág. 61.

(7) El uso del concepto de "relación establecida por el Derecho" no debe hacer pensar en una adopción de la idea original de *Zacharie* propagada luego por *Aubry y Rau* de que el domicilio se explica como una relación jurídica entre un sujeto y un lugar, pues, a nuestro juicio, la relación jurídica es necesariamente intersubjetiva. Sobre estas ideas de Zacharie y Aubry y Rau puede consultarse PLANIOL, op., cit. pág. 196. RIPERT Y BOULANGER. Op. cit. pág. 62. Habla también del domicilio como vínculo de Derecho RUGGIERO, Op. cit. pág. 394; éste autor afirma que no es simplemente un vínculo de Derecho sino que además reposa en un elemento de hecho, sentando por cierto con esto las bases de la teoría de la duplicidad de elementos (material y formal) en todo fenómeno jurídico hoy principalmente afirmada por PUGLIATTI.

(8) Se ha dicho, en cambio que "el domicilio no es una cuestión de hecho, sino de derecho, pues, por una presunción legal se supone que ahí se encuentra el sujeto, independientemente de su presencia efectiva". TRABUCCHI. *"Istituzioni di Diritto Civile"*. Cedam, Padova. 1972, pág. 105. A mi juicio sería más correcto decir que la presencia efectiva del sujeto en el domicilio no es un elemento de la figura primaria de esta institución jurídica. La figura causal, producida la cual tiene eficacia el domicilio, está constituida por fenómenos jurídicos temporales de otra índole; principalmente podemos pensar en la centralización de intereses jurídicamente relevantes en una zona. La presencia efectiva del sujeto en el domicilio es normalmente irrelevante para que opere esta institución.

(9) Así: TORRENTE. Op. cit. pág. 83, TRABUCCHI, Op. cit., pág. 105, RIPERT Y BOULANGER, op. cit. pág. 65. PLANIOL, op. cit. pág. 213.

(10) Así: RIPERT Y BOULANGER, op. cit. 65. MAZEAUD, MAZEAUD, op. cit. pág. 157.

(11) BRENES CORDOBA, op. cit. pág. 82.

(12) "Este es el domicilio legal en contraposición al domicilio voluntario" TORRENTE, op. cit. pág. 83. Así el domicilio del menor es el de la persona que ejercita sobre él la patria potestad. TRABUCCHI, op. cit. pág. 86. El domicilio voluntario se distingue del legal en que el primero es libremente determinado por el individuo, mientras que el segundo es establecido por ley para algunas personas. TRABUCCHI, op. cit. pág. 106. Se habla por esto de dos tipos de determinación del domicilio; legal y voluntaria. RIPERT Y BOULANGER, op. cit. págs. 75 y 76. Se ha hablado también de domicilio legal por dependencia, MAZEAUD, MAZEAUD, op. cit., pág. 167. A este domicilio legal se le ha denominado también domicilio *necesario*. ESPIN CANOVAS, op. cit. pág. 246. Aclarando el concepto de domicilio legal DEMOLOMBE decía que "esta calificación no debe ser considerada como una simple presunción legal que cae frente a la manifestación de una voluntad en sentido contrario, sino que ella está más bien dictada imperativamente por el legislador. V. GRIOLET VERGE. *Nouveau Code Civil* I. Au Bureau de la Jurisprudence Generale París, 1900, 1905, pág. 297. Normalmente los calificativos de legal y de necesario se usan como sinónimos. SANTORO PASSARELLI, op. cit., pág. 9. RUGGIERO, op. cit., pág. 399 BARBERO, Domenico. *Sistema del Diritto Privato Italiano*. Vol. Primo. Utet. Torino, 1965, pág. 173. En otras legislaciones, por ejemplo en España, existe el domicilio legal (o necesario) en los siguientes casos:

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

Domicilio civil - domicilio político.

En términos generales domicilio es pertenencia a una zona que el Derecho asigna a cada persona para específicos fines jurídicos. Es la sede jurídica de la persona (13). Los fines referidos son principalmente civiles y políticos. Por ello se ha hablado de domicilio civil (por ejemplo el lugar para demandar) y de domicilio político (el lugar para votar en elecciones públicas) (14).

Unidad del domicilio de las personas físicas.

Nuestro Código Civil define el domicilio civil de la persona física como "el lugar donde ha establecido la sede principal de sus negocios e intereses. A falta de éste, el lugar donde se halle", (art. 42 C.C.).

El concepto de "sede principal" tiene un sentido amplio (15) y el sujeto es libre en lo relativo a su escogencia a pesar de que lo determine el Estado, pues las personas pueden cambiarlo si lo quieren; sin embargo nadie puede tener más de un domicilio; recordemos que se habla de sede principal (16). En algunas legislaciones, sin embargo, es permitida la pluralidad de domicilios (17).

Domicilio de las personas jurídicas.

Con relación a las personas jurídicas existe la regla de que su domicilio "es el lugar donde está situada su dirección o administración, salvo lo que se dispusiere por sus estatutos o leyes especiales. . ." (art. 43).

Cambio de domicilio.

Dada esta libertad que tienen los sujetos en cuanto a la determinación del domicilio voluntario (18) veamos cómo queda constatado el hecho de que una persona cambia de domicilio. En principio basta comunicarlo a la autoridad administrativa del lugar que se abandona y a la del lugar al que se llega o bien, puede deducirse de circunstancias que revelen indudablemente que se ha tratado de un nuevo "establecimiento". Doctrinalmente se exigen dos requisitos, uno intencional y otro material (19).

"Art. 44 C.C.: El cambio de domicilio para las personas físicas se efectúa por su traslado a otro lugar con intención de fijar allí la sede de sus negocios e intereses. La prueba de la intención resulta de declaración hecha, tanto del funcionario competente del lugar que se abandona, como del lugar donde se traslada el domicilio. A falta de declaración expresa, la prueba de la intención dependerá de las circunstancias". La eficacia opera desde que se hace el traslado y se manifiesta la intención de trasladarse, sin que sea necesario esperar un determinado tiempo (20).

---

1) El de las mujeres casadas que no estén separadas legalmente de sus maridos, que será el que éstos tengan (art. 64).
2) El de los hijos constituidos en potestad, que será el de sus padres (art. 64).
3) El de los menores o incapacitados sujetos a tutela, que será el de los guardafores (art. 64).
4) El de los comerciantes en todo lo que concierne a actos mercantiles.
5) Empleados donde trabajen.
6) Militares donde presten servicio.
ESPIN CANOVAS, op. cit. pág. 247.

(13) Esta definición fue originalmente planteada por BAUDRY-LACANTINERIE. V. GRIOLET VERGE, op. cit., pág. 294. En el mismo sentido se ha hablado de "asiento legal de la persona" V. MAZEAUD, MAZEAUD, op. cit. 157. V. tamb. PLANIOL, op. cit., pág. 196. La figura primaria tiene como elemento el lugar donde la persona tiene la sede principal, de sus negocios e intereses. SANTORO PASSARELLI, op. cit., pág. 8.

(14) Este último está determinado por las leyes electorales que normalmente atienden al domicilio civil. En Francia está fijado por el Code des lois admin. anotees, T. I. X, V Elections. V. GRIOLET VERGE. Op. cit., pág. 295.

(15) Se ha dicho que es el "lugar donde una persona ha establecido el asiento principal de su vivienda y sus negocios" RIPERT Y BOULANGER. Op. cit., pág. 62. Establecimiento principal significa el centro de los negocios, de la actividad, de los intereses de la persona". MAZEAUD, MAZEAUD. Op. cit., pág. 165. V. tamb. RUGGIERO. Op. cit., pág. 395.

(16) El concepto de "*sede principal*" es un concepto exclusivo, en el sentido de que toda persona tiene solamente un domicilio general. GRIOLET VERGE. Op. cit. pág. 296. Cada persona tiene sólo un domicilio y necesariamente ha de tener un domicilio. MAZEAUD, MAZEAUD. Op. cit., pág. 158.

(17) Por ejemplo en El Salvador, Chile, Uruguay; pero, en nuestro país se sigue el sistema francés de la unidad de domicilio. V. RIPERT y BOULANGER, op. cit., pág. 60. En estos ejemplos se trata de domicilios especiales.

(18) PLANIOL. Op. cit., pág. 211.

(19) Así: RIPERT Y BOULANGER, op. cit., pág. 73, MAZEAUD, MAZEAUD. Op. cit., pág. 159, ESPIN. Op. cit., 244, GRIOLET VERGE, op. cit., pág. 301. Se ha dicho que para el domicilio es necesario el hecho del traslado y el animus. TRABUCCHI, op. cit., pág. 105.

(20) BRENES CORDOBA. op. cit., pág. 85.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

Domicilio especial.

A pesar del principio de la unitariedad del domicilio el Derecho permite domicilios especiales (21) para determinados fines (22) (pero solamente, repetimos, se puede tener un domicilio general) (23). La fijación del domicilio especial se hace negocialmente y para ser eficaz debe constar en documento público (sea escritura pública ante notario o documento privado reconocido judicialmente). Debe anotarse que solamente vale entre las partes contratantes (aunque pueda constar para terceros en el Registro Público) (24). Dice al respecto el Código Civil en su artículo 45: "Se podrán establecer domicilios especiales por ley o por acto jurídico. En este último caso la elección es válida si se hace en documento público; y si lo fue en documento privado, desde que éste sea reconocido. No puede dejarse a un tercero el encargo de elegir un domicilio especial.

Renuncia del domicilio.

La renuncia del domicilio, si no va acompañada de elección de alguno especial, autoriza a la otra parte para accionar en el domicilio que tenía el renunciante cuando celebró el contrato o en el suyo".

Vemos que además de la fijación negocial referida de un domicilio especial es permitida la renuncia a domicilio, para el efecto de que el sujeto pueda ser demandado judicialmente en un lugar distinto a aquel en que tiene su domicilio (25). El anterior principio se encuentra limitado pues sólo podrá ser demandado en el domicilio que tenía este sujeto cuando celebró el contrato o en el domicilio del acreedor. Así, la renuncia a domicilio no significa que el acreedor pueda exigir el cumplimiento de la obligación en cualquier lugar (26).

Reglas especiales.

Además de los principios expuestos, en materia de domicilio, existen algunas reglas especiales (27).

En materia de sucesiones será el último que tuvo el causante, o si no se conoce, el lugar donde esté la mayor parte de sus bienes, art. 48 C.C.: "El domicilio de la sucesión de una persona es el último que ésta tuvo; y en el caso de no poderse saber cuál era, el lugar donde esté la mayor parte de sus bienes". En relación con las personas jurídicas (sociedades, asociaciones, etc.) será el que fije su estatuto o leyes particulares y si no se ha fijado, entonces el domicilio es donde funcione su gerencia, administración o junta directiva.

En cuanto a los contratos llevados a cabo por sucursales de personas jurídicas se tiene por domicilio el lugar en que se encuentren estas agencias o sucursales (28). Expresa el Código Civil (art. 43: "Cuando tenga agentes o sucursales permanentes en lugares distintos de aquel en que se halle la dirección o administración se tendrá también como su domicilio el lugar de la sucursal o agencia respecto a los actos o contratos que ejecuten o celebren por medio del agente".

Otra regla especial existe con respecto a "las personas recluidas en un establecimiento carcelario, correccional o de otra índole —quienes— tendrán por domicilio el de dicho establecimiento, mientras permanezcan en él" (art. 47 C.C.).

---

(21) Este domicilio especial puede llamarse también domicilio de *elección* y sirve para fijar la competencia de los tribunales. RIPERT Y BOULANGER, op. cit. También se les ha llamado domicilios *secundarios* y se ha dicho que ellos constituyen una atenuación al principio de la unidad del domicilio MAZEAUD, MAZEAUD. Op. cit., pág. 173. Lo denomina electivo o *especial para ciertos actos*. SANTORO PASSARELLI op. cit., pág. 9. V. tamb. BARBERO, op. cit., pág. 173. RUGGIERO, op. cit., pág. 399, 400. PLANIOL, op. cit. pág. 197.

(22) Sólo rige para ciertos efectos relativos a determinadas relaciones jurídicas, ESPIN, op. cit., pág. 246.

(23) Se trata de domicilios especiales para determinados negocios; el general, en cuanto principal es único. TORRENTE. Op. cit., pág. 83.

(24) BRENES CORDOBA. Op. cit., pág. 86.

(25) BRENES CORDOBA, op. cit., pág. 86.

(26) Vemos en esta hipótesis la importancia de la noción de domicilio en materia de procedimientos civiles. V. TORRENTE. Op. cit., p. 84. Sirve pues para fijar la competencia. COLIN Y CAPITANT. Op. cit., vol. I. pág. 902.

(27) BRENES CORDOBA, op. cit., págs. 86, 87.

(28) Los tribunales franceses han considerado a las sucursales de una sociedad como domicilios especiales. MAZEAUD, MAZEAUD, op. cit., pág. 158. Este criterio no parece correcto pues no es una fijación negocial para un determinado efecto jurídico, por lo que no puede considerarse como domicilio especial. Esta regla relativa a las sucursales simplemente se justifica por razones prácticas.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

PARTE II

LA AUSENCIA

Notas históricas.

De la ausencia en sentido jurídico, en las fuentes romanas encontramos solamente esporádicas alusiones (Constantino, Cód. 5, 17, 7; Justiniano, Nov. XXII, 14, Paulo Dig. 23, 2, 10), pero no existe acerca de la misma un tratamiento sistemático. Ya en la Edad Media encontramos algunos tentativos de regulación comprensiva de la materia. Con los glosadores se ponen las bases de la posterior regulación (Bartolo, Alciato, Menochio, Fabro), pero no es sino hasta la codificación francesa que se produce la contribución sustancial para la reconstrucción del instituto (29).

Ausencia. Sentido técnico.

El término "ausencia" en el sentido que tiene en el vocabulario corriente no coincide plenamente con el concepto técnico jurídico del mismo nombre (30). Por ausencia se entiende, en su empleo usual, la falta de presencia de un sujeto en un lugar (31). En cambio, jurídicamente, es "el estado de una persona que desaparece del lugar de su domicilio, sin que se tenga noticia de su paradero y cuya existencia, por lo mismo, llega a ser incierta" (32).

Valor en juego.

Esta situación de hecho tiene relevancia jurídica pues, dudándose de la misma existencia de un sujeto que es titular de situaciones jurídicas activas o pasivas, el Derecho interviene regulando lo relativo a los intereses de este sujeto y de los demás sujetos jurídicamente relacionados con él, que por el hecho mismo de esta incerteza (33) serían generadores de un estado de inseguridad jurídica que podría poner en peligro los mismos intereses de estos sujetos y los de otros sujetos con ellos ligados (34).

Grados.

Frente a estos peligros, el Derecho interviene gradualmente en consideración al grado paulatinamente más elevado de probabilidad de que el ausente haya fallecido. Así, mientras más tiempo pasa, las medidas van siendo cada vez menos provisionales. Se distinguen, en función de este criterio tres períodos: la presunción de ausencia, la declaración de ausencia y la presunción de muerte (35).

"Durante el primero, todas las medidas que se toman revisten carácter provisional; el mismo capítulo I del título IV del Código Civil se titula: *"Medidas Provisionales Anteriores a la Declaratoria de Ausencia"*; atienden a lo más urgente, pues se supone que de un momento a otro el individuo puede regresar, o por lo menos tenerse noticias de su estancia en alguna parte. En el segundo, como ya esas probabilidades se han debilitado bastante a

---

(29) V. MARONGIU, Antonio. Assenza. Premessa storica. Enciclopedia del Diritto. Vol. III, Giuffrè-ed. Milano, 1958. págs. 406 y ss.

(30) Se ha hablado de dos acepciones del término ausencia: una amplia entendiéndose por ella la situación de una persona que está fuera de su domicilio, pero cuya existencia es cierta y una estricta que es el estado jurídico de la persona que ha dejado su domicilio y cuyo paradero y existencia se ignora. CLEMENTE DE DIEGO, op. cit., pág. 225.

(31) BRENES CORDOBA, op. cit., pág. 89. BAUDRY-LACANTINERIE, op. cit., pág. 869. En Derecho en cambio, ausente es quien no está en su domicilio y hay incertidumbre acerca de su existencia. RIPERT-BOULANGER, op. cit., pág. 21. ESPIN CANOVAS, op. cit., pág. 251. MESSINEO, op. cit., pág. 136.

(32) Contrariamente por "ausente" en el sentido corriente, se entiende la persona que no está cuando se reclama su presencia; BAUDRY-LACANTINERIE; *Traité Théorique et practique de Droit Civil; Des personnes;* Librairie de la société du recueil Gal. des Lois et des Arréts. París. 1902, pág. 869. En cambio, jurídicamente, la no presencia, en cuanto tal, no modifica el estado de una persona, pues se le supone jurídicamente presente en su sede jurídica, en su domicilio. BAUDRY-LACANTINERIE, op. cit., pág. 870. RIPERT Y BOULANGER, op. cit., pág. 21. PLANIOL, op. cit. pág. 214.

(33) Lo que caracteriza la ausencia es la incertidumbre acerca de si el sujeto está vivo o muerto. BAUDRY-LACANTINERIE, op. cit., pág. 869. TRABUCCHI, Istituzioni di Diritto Civile. Cedam. Padova. 1966, págs. 74, 75.

(34) Con las medidas de la ausencia se tiende a conciliar los intereses del ausente con los de otras personas presentes, en especial aquellos subordinados a la muerte del ausente, y el interés de la colectividad a la buena administración y a la circulación de la riqueza. La ausencia, genera problemas de diversa y variada índole, tales como los relativos a los bienes dejados por el ausente, los derechos de sus presuntos herederos, las medidas tomadas para la protección de sus hijos, etc. RIPERT Y BOULANGER, op. cit., pág. 22. MESSINEO, op. cit., pág. 136.

(35) BRENES CORDOBA, op. cit., pág. 90. Algunos han hablado de dos categorías de ausentes: los presuntos ausentes y los ausentes declarados. BAUDRY-LACANTINERIE. Op. cit., pág. 869. Tradicionalmente se ha dicho que el diverso tratamiento jurídico en estos distintos períodos se justifica con base en las variaciones entre la preponderancia de la presunción de existencia sobre la de inexistencia en el primer caso ocurriendo lo inverso en el último caso. Frente a estas ideas se dice que en realidad aquí no existe una presunción legal de existencia o inexistencia.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

causa del transcurso de un espacio de tiempo muy suficiente para que se haya podido operar el regreso u obtener conocimiento del paradero del ausente, las disposiciones que en cuanto a sus asuntos se toman son más formales, por tratarse de una situación de mayor estabilidad. Y en el tercero, por fin, como todas las probabilidades están en el sentido de haber muerto la persona, las medidas tomadas lo son en el concepto de definitivas y únicamente se deja la puerta abierta a la remota posibilidad de que pudiendo estar viva aún, se presente a tomar posesión de sus bienes" (36).

1) MEDIDAS PROVISIONALES ANTERIORES A LA DECLARATORIA DE AUSENCIA.

La presunción de ausencia (37) justifica las medidas provisionales en el sentido de que en el caso en que se produzca originalmente la hipótesis de hecho de la ausencia (que una persona desaparezca de su domicilio y no se tengan noticias suyas) (38) sin que el sujeto haya dejado apoderado (39) en caso de urgencia (40) a solicitud de parte de interesada (41) o de la Procuraduría General de la República (42) se le nombrará un curador (43), para determinado negocio o para la administración de todos si fuere necesario (44).

Cuando la persona haya desaparecido dejando apoderado, pero el poder conferido caduca o es insuficiente pueden también tomarse las citadas medidas.

Expresa literalmente el artículo 49 C.C.: "Cuando una persona desaparece del lugar de su domicilio sin dejar apoderado y se ignora su paradero o consta que se halla fuera de la República, en caso de urgencia y a solicitud de parte interesada o de la Procuraduría General de la República, se le nombrará un curador para determinado negocio, o para la administración de todos si fuere necesario.

Eso mismo se observará cuando, en iguales circunstancias, caduque el poder conferido por el ausente o sea insuficiente para el caso".

Dicho curador es nombrado por el juez quien preferirá a ciertos sujetos que el Código Civil enumera: el cónyuge presente, siempre que no esté separado de hecho o de derecho, los herederos presuntivos y en falta de estos a los que mayor interés tengan en la conservación de los bienes (45) (ver art. 50 C.C.).

Al efecto (o sea, con relación a esta curatela provisional) son aplicables en lo consecuente las reglas generales en materia de curatela, por ejemplo la de que el cónyuge no está obligado a dar fianza, ni a rendir de su administración más cuenta que la final.

"En cualquier tiempo después de la desapari-

---

pues no hay tal si la ley no lo expresa. BAUDRY-LACANTINERIE. Op. cit., pág. 875. Se ha hecho notar que el ausente no está ni vivo ni muerto a los ojos de la ley (EMMERY) y que simplemente se trata de un estado de incertidumbre (BIGOT PREAMENEU). Op. ult. cit., p. 876. Este estado legal de incertidumbre nace desde el día de la desaparición del sujeto. GRIOLET VERGE. Op. cit. pág. 326. PLANIOL. Op. cit. pág. 216.

(36) BRENES CORDOBA, op. cit., pág. 90.

(37) El término desaparición se prefiere en el nuevo Código Civil Italiano al de presunción de ausencia, pues en la desaparición no hay nada presunto sino que se trata de la constatación de un hecho. BARBERO, Domenico. *Sistema del Diritto Privato italiano*, Vol. primo, UTET, Torino, 1965, pág. 175.

(38) Con la presunción de ausencia dudas serias comienzan a surgir sobre la existencia del ausente. En este período se autorizan ya legalmente ciertas medidas consecutivas relativas a sus bienes. BAUDRY-LACANTINERIE, op. cit., pág. 873, MESSINEO, op. cit., pág. 136. BARBERO, op. cit., pág. 176.

(39) Cuando una persona desaparece pero deja un apoderado no se produce un caso de ausencia en sentido técnico-jurídico, pues el hecho de dejar un representante hace suponer que la desaparición es temporal y que el sujeto regresará, por lo que no se produce la incerteza (típica del fenómeno "ausencia") sobre la existencia misma del sujeto.

(40) Se habla de urgencia en el sentido de que no puede esperarse (para el manejo de uno o varios de sus asuntos) que el sujeto regrese a su domicilio.

(41) Ejemplos de partes interesadas que pueden promover este procedimiento con sus posibles herederos, sus acreedores, etc. "Si nadie toma esta iniciativa, el desaparecido no es considerado tal, esto, con daño de él, consiste sobre todo en la falta de ejercicios o en la pérdida de derechos (en especial patrimoniales) salvo la posibilidad de la gestión ajena de sus negocios" MESSINEO, op. cit. p. 137.

(42) Esta facultad en manos del Ministerio Público se justifica en motivos de orden y seguridad, para evitar que los bienes permanezcan abandonados a la disposición de personas sin derecho alguno sobre los mismos.

(43) Que es un representante legal. La medida citada también resulta aplicable al sujeto que se encuentra fuera de la República por idénticas razones, pues sus intereses no pueden dejarse descuidados, tanto por motivos de orden público como de orden privado. BRENES CORDOBA, op. cit., pág. 91. V. tamb. BAUDRY-LACANTINERIE, op. cit. págs. 871. MESSINEO, op. cit. pág. 136, TRABUCCHI, op. cit., pág. 75.

(44) Estas medidas se justifican en forma excepcional, por la urgencia de salvaguardar sus intereses, BAUDRY-LACANTINERIE, op. cit. pág. 871. El ordenamiento se preocupa principalmente por la conservación del patrimonio de la persona desaparecida. TORRENTE, op. cit., pág. 87 (ed. 1968).

(45) En la interpretación de esta regla hay dos posibilidades: la de considerar que la citada enumeración implica la preferencia de los que se encuentran citados antes, o la de que se trata de un grupo de sujetos entre los que el juez podrá decidir. En nuestro medio la norma ha sido interpretada en el primer sentido BRENES-CORDOBA, op. cit.,

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

ción de una persona sin haberse recibido noticias suyas, el Patronato Nacional de la Infancia podrá tomar las medidas que juzgue convenientes para proteger a sus hijos menores (46), pasados seis meses después de la desaparición del ausente, sin haberse recibido noticias suyas, se proveerá de tutor a sus hijos menores cuando proceda la tutela" (art. 52 C.C.) (47).

2) LA DECLARACION DE AUSENCIA Y SUS EFECTOS:

Conforme transcurre el tiempo, la incertidumbre sobre la efectiva existencia del ausente aumenta (48). El Derecho faculta a cualquier interesado para demandar la "declaración de ausencia" cuando este tiempo alcanza dos años (49). Si bien dos años puede parecer excesivo (50) dadas las crecientes facilidades en los medios de comunicación (51), se ha querido fijar este número en razón de la importancia de las medidas que este pronunciamiento implica. Sin embargo, si el ausente ha dejado apoderado deberá esperarse diez años a partir de su desaparición. Tal regla se justifica en base a que la persona que se ausenta dejando apoderado hace suponer que su desaparición no implica posibilidad de duda acerca de su existencia, pues si ha dejado un representante no ha hecho abandono de sus asuntos ni de su domicilio. Tal suposición cesa cuando han transcurrido diez años de ausencia.

Expresa el párrafo 1 del art. 53 C.C.: "Cualquier interesado podrá demandar la declaración de ausencia pasados dos años después del día en que desapareció el ausente sin que haya habido noticias suyas o después de recibidas las últimas, pero si dejó apoderado general para todos o la mayor parte de sus negocios, no se podrá pedir la declaración de ausencia mientras no hayan transcurrido diez años desde la desaparición del ausente o desde sus últimas noticias".

Sin embargo, por la mayor incertidumbre acerca de la existencia del sujeto, que puede generar el hecho de que la última noticia que se haya tenido fue la de que la persona se encontraba en peligro de muerte o en èstado de enfermedad grave, en tal caso los plazos se reducen a la mitad (52). "Estos plazos se reducirán a la mitad cuando las últimas noticias que se tuvo del ausente fueron de que se encontraba gravemente enfermo o en peligro de muerte" (párrafo 2 art. 53).

Después de cinco años contados a partir del momento de la desaparición, o desde sus últimas noticias (agrega sin necesidad el Código), el apoderado deberá rendir garantía suficiente de administración para poder mantenerse en el ejercicio de sus poderes (Ver párrafo 3 art. 53 C.C.).

Con la declaración de ausencia se toman algunas medidas temporales (53); así, se ponen los bienes en posesión provisional de los herederos,

---

pág. 91 (habla de "por su orden") sin embargo de la forma legal se puede deducir que se preferirá al cónyuge presente y a los herederos presuntivos sobre los demás interesados (se dice "en falta de estos") pero no hay motivo para exigir que el cónyuge deba ser escogido preferentemente sobre los demás posibles herederos. Esta es una cuestión que más bien debe ser apreciada por el juez en cada caso porque es posible encontrar hipótesis en las que sea más acertado entregar esta curatela a un hijo, a un hermano, etc. por exigirlo, por ejemplo, hechos que demuestren la discordia conyugal tales como la separación de hecho, la existencia de un juicio pendiente de divorcio o separación judicial.

(46) Se ha sugerido ampliar esta regla en el sentido de que sea aplicable al caso de que aunque el ausente hubiere dejado algún encargado, el mismo haya hecho abandono de su cargo o esté imposibilitado para cumplirlo. BRENES CORDOBA, op. cit., pág. 92. La persona que abandona por su propia culpa el encargo debe ser asimilada a la hipótesis legal relativa a los parientes llamados a tutela que por su culpa no la ejerzan, que pierden el derecho de heredar al pupilo si muere sin testamento. La razón de esta asimilación se encuentra en la identidad de sentido de las hipótesis que la constituyen, igual en ambas: hay un abandono de un encargo de cuidado de menores. La diferencia formal entre la tutela legítima y el referido encargo no puede conllevar un olvido de la identidad de interés en juego. Se trata de hipótesis de falta de legitimación pasiva.

(47) En esta regla vemos el principio de que el transcurso del tiempo provoca un aumento de la incerteza pues han de esperarse seis meses para tomar la medida de designar tutor a sus hijos.

(48) TRABUCCHI, op. cit., pág. 75.

(49) Dada la declaración de ausencia, las situaciones jurídicas subordinadas a la muerte se conceden provisionalmente a sus herederos, BAUDRY-LACANTINERIE, op. cit., pág. 873, V. RIPERT Y BOULANGER, op. cit., pág. 24. Es por ello que se ordena la apertura de testamento si éste existe. TORRENTE, op. cit., pág. 87.

(50) En Italia son también dos años. MESSINEO, op. cit., pág. 137, comentario del art. 49 del Código Civil Italiano. TRABUCCHI, op. cit., pág. 75. TORRENTE, op. cit., pág. 87.

(51) Se afirma que la creciente facilidad de las comunicaciones ha hecho disminuir los casos de ausencia. RIPERT Y BOULANGER, op. cit., pág. 23. V. tamb. PLANIOL, op. cit. pág. 215.

(52) No debe confundirse la ausencia con la desaparición; esta última se caracteriza por las circunstancias de peligro que la acompaña (guerra, naufragio, incendio). En tales hipótesis en algunos países se ha regulado en el sentido de que basta la inscripción en el registro de defunciones. TRABUCCHI. Op. cit., pág. 77.

(53) Sobre este carácter provisional RIPERT Y BOULANGER, op. cit., pág. 24. MESSINEO, op. cit., pág. 137 cita entre estos efectos provisionales: la puesta en posesión temporal de los bienes, el ejercicio temporal de los derechos correspondientes como consecuencia de la muerte del ausente, por parte de los titulares, la temporal exoneración del cumplimiento de las obligaciones respecto de las cuales la muerte del ausente produciría la liberación, previa

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

legatarios, donatarios y todos los que tengan sobre los bienes del ausente derechos dependientes del evento de su muerte. Deben rendir fianza o garantía suficiente para asegurar los resultados de su administración. En la fijación de herederos se tomará en cuenta el momento de la desaparición del ausente (54) (Ver art. 54 C.C.).

Entre los efectos que produce la declaración de ausencia está la disolución de las sociedades que terminarían con el fallecimiento del ausente (art. 55 C.C.).

Los poseedores provisionales de los bienes son frente al ausente "administradores" y frente a terceros "herederos". Tienen la representación judicial y extrajudicial del ausente, respecto a los bienes que tuvieren en posesión. Sus facultades se encuentran limitadas en el sentido de que no podrán transigir ni comprometer en árbitros los negocios del ausente mayores de mil colones sin previa autorización judicial, que se puede obtener con un procedimiento análogo a las diligencias de utilidad y necesidad (55).

Estos sujetos que han estado en posesión provisional de los bienes pueden ver alterada su situación en el hecho de la reaparición del ausente; para tal caso rigen las siguientes disposiciones: si la restitución se hace antes de cinco años a partir de la "entrada en posesión" deben devolver un quinto de los frutos líquidos percibidos, si se hace después de este término sólo deben devolver un décimo y después de diez años solamente deben devolver los bienes pero no los frutos, (ver art. 57 C.C.).

Durante la posesión provisional de los bienes los inmuebles sólo pueden enajenarse o hipotecarse por causa de necesidad o utilidad, judicialmente declarada (art. 58 C.C.).

En el caso de que el ausente reaparezca durante la posesión provisional cesan los efectos de la ausencia (56). "Si el ausente reaparece o se prueba su existencia, durante la posesión provisional, cesarán los efectos de la declaración de ausencia, sin perjuicio, si hay lugar, de dictarse las medidas prescritas en el capítulo primero de este título. Si el ausente reaparece o se prueba su existencia después de la posesión definitiva, recobrará los bienes en el estado en que se hallen y el precio de los que hubieren sido enajenados" (art. 59 C.C.).

En nuestro ordenamiento no ha sido tomada en consideración la declaración de ausencia como momento a partir del cual, transcurridos 300 días, no deba operar la presunción de paternidad. Realmente no parece lógico que la paternidad de los hijos que tenga la mujer durante esta época se deba atribuir al marido ausente (57).

3) LA PRESUNCION DE MUERTE Y SUS EFECTOS:

Si la ausencia se ha prolongado por veinte años desde la desaparición o por diez después de la declaración o de las últimas noticias o si han pasado ochenta años contados desde la fecha de nacimiento del ausente (58) se declarará a instancia de parte interesada la presunción de muerte, producida la cual se dará la posesión definitiva de los

---

(en todo caso) prestación de caución o de otras cautelas. V. TRABUCCHI, op. cit., pág. 75. Por esos motivos los efectos de la declaración de ausencia no pueden equipararse a los derivados de la extinción del sujeto V. TORRENTE, op. cit. pág. 38. BARBERO, op. cit., pág. 178.

(54) Esta regla tiene importancia en el caso de que algún heredero fallezca después de la desaparición del ausente; en tal caso, los herederos de este último pueden intervenir como herederos por representación (artículo 574 C.C.).

(55) "Los poderes atribuidos a los puestos en la posesión temporal de los bienes consisten en la administración y en el goce. . . pero con prohibición de enajenación, de hipoteca o de prenda, salvo el caso de utilidad o necesidad evidente a reconocerse por el tribunal. . .". MESSINEO, op. cit., pág. 138. El ausente continúa siendo titular de los bienes, de ahí la normal inadmisibilidad de los actos de disposición TRABUCCHI, op. cit., pág. 76.

(56) "El retorno del ausente o la prueba de que vive todavía durante el período de ausencia (posesión temporal) restablece todo derecho de él, haciendo cesar los efectos de la declaración de ausencia". MESSINEO, op. cit., pág. 138. Los efectos cesan con cualquier hecho que elimine el estado de incerteza, BARBERO, op. cit., pág. 179. Por ejemplo, si el ausente regresa, si no regresa pero se prueba que está vivo, si la ausencia es voluntaria, si se prueba la muerte.

(57) Ya, sobre este problema, don Alberto Brenes Córdoba, hace 50 años, afirmaba: ". . .resulta irregular que declarada la ausencia del marido, los hijos que posteriormente tenga su mujer se conceptúen legítimos, pues aunque la ley permite que los herederos del ausente puedan combatir la filiación que aquellos se atribuyen, mientras no haya reclamo, claro es que permanecen en un estado que no les corresponde. . .". BRENES, op. cit. supra 4, pág. 205. La ausencia declarada (l'absence declarée du mari) y la misma desaparición (disparition) son considerados en la nueva ley francesa como momentos que determinan una cesación de la operatividad de la presunción (loi du 3 janvier 1971) V. CAMELBEKE. Micheline. Les reformes du droit de la famille en France au cours de la derniere decennie. Riv. Il diritto di famiglia e delle persone. No. 3 de 1974 Giuffrè-ed. Milano, pág. 794.

(58) Como vemos, se puede declarar la presunta muerte sin necesidad de que esta haya sido precedida por la declaración de ausencia. MESSINEO, op. cit., pág. 139. BARBERO, op. cit., pág. 180.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

bienes (59) sin necesidad de fianza a los herederos presuntivos (60).

Aquí se aplica la misma regla de que para fijar la calidad de heredero se atenderá al momento de la desaparición (61); el Código habla de "herederos presuntivos al tiempo de la desaparición o de las últimas noticias y a los demás interesados de que habla el artículo 54, quedando cancelada la garantía dada para la posesión provisional".

"En cualquier época en que se pruebe la muerte del ausente se deferirá la herencia entre sus herederos. El tenedor de los bienes hereditarios deberá devolverlos con los frutos establecidos en el art. 57 salvo que hubiere prescrito la herencia por el transcurso del término ordinario, que se contará desde la declaración de presunción de muerte o desde el fallecimiento del ausente si hubiere ocurrido después de la declaración".

Con relación al matrimonio una interesante innovación del Código de Familia se encuentra en la introducción de la ausencia legalmente declarada como motivo para que sea declarado el divorcio (art. 48 inc. 6 C.F.) (62).

****

(59) En este tercer período se pone a los interesados en posesión definitiva de los bienes. Ya la existencia de la persona es absolutamente incierta. Las garantías de restitución se eliminan. BAUDRY-LACANTINERIE, op. cit., pág. 874. En este sentido la presunción de muerte sí produce efectos análogos a los que trae la extinción del sujeto. TORRENTE, op. cit., pág. 88.

(60) BAUDRY-LACANTINERIE. Op. cit., pág. 874.

(61) La muerte presunta se hace coincidir con el día a que se remonta la última noticia, o sea, al día a que se remonta la desaparición (retroactividad) MESSINEO, op. cit., pág. 138. TRABUCCHI, op. cit., pág. 76.

(62) Sobre este tema V. CARROZZA, Antonio. *Scioglimento del matrimonio dello scomparso.* Rivista di diritto matrimoniale italiano, No. 2 y 3 dell'anno 1952, pág. 5. En Albania la nueva ley matrimonial contiene la declaración de ausencia como motivo para la disolución del matrimonio (art. 55) BRUNELLI, Giovanni, *Divorzio e nullita di matrimonio negli Stati d'Europa.* Giuffrè-ed. Milano, 1958, pág. 104. En Bulgaria, en cambio se permite solicitar el divorcio si "por grave perturbación del matrimonio determinada por ausencia no es posible la continuación de la vida conyugal" op. cit. ult. pág. 176. En Checoeslovaquia se requiere sentencia firme de declaración de muerte de un cónyuge como motivo de disolución del matrimonio, op. cit., ult. p. 189. En Yugoeslavia la declaración de muerte presunta disuelve el matrimonio, op. ult. cit., pág. 323. En Noruega también la declaración de muerte produce este efecto op. cit. ult. pág. 341.